



Assemblée générale

Distr. générale
18 avril 2022
Français
Original : anglais

Commission du droit international

Soixante-treizième session

Genève, 18 avril-3 juin et 4 juillet-5 août 2022

Troisième rapport sur les principes généraux du droit présenté par Marcelo Vázquez-Bermúdez, Rapporteur spécial*

Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction	3
Première partie : la question de la transposition	6
Deuxième partie : les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international	10
Troisième partie : les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international	16
I. Les principes généraux du droit dans leur fonction supplétive de lacunes du droit	18
II. Les principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international	31
A. L'absence de hiérarchie entre les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit	31
B. Possible coexistence des principes généraux du droit et des règles conventionnelles et coutumières	33
C. Le jeu du principe de la <i>lex specialis</i>	38
III. Certaines fonctions spécifiques des principes généraux du droit	42
A. Les principes généraux du droit comme fondement autonome de droits et d'obligations	43
B. Les principes généraux du droit comme moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles de droit international	47

* Le Rapporteur spécial tient à remercier M. Alfredo Crosato et M^{me} Xuan Shao de leur inestimable concours à l'occasion de l'établissement du présent rapport



C. Les principes généraux du droit comme moyen de concourir à la cohérence de l'ordre juridique international droit	54
Quatrième partie : suite des travaux	58

Introduction

1. À sa soixante-dixième session, la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail actuel¹.

2. À sa soixante et onzième session, en 2019, la Commission a tenu un débat général² sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial³. D'un second débat général⁴ tenu par la Commission à sa soixante-douzième session en 2021 sur la base de son deuxième rapport⁵, le Rapporteur spécial a conclu en résumé notamment que :

a) la Commission prendrait comme point de départ de ses travaux sur le présent sujet l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, envisagé à la lumière de la pratique des États, de la jurisprudence, ainsi que de la doctrine intéressant la matière ;

b) les membres de la Commission se sont accordés à voir dans l'expression « nations civilisées » employée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour un archaïsme que la Commission pourrait remplacer dans ses travaux par celle de « l'ensemble des nations », résultant du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ;

c) les membres de la Commission ont convenu qu'il fallait concilier souplesse et rigueur s'agissant de choisir la méthode à utiliser pour déterminer les principes généraux du droit ;

d) s'agissant de la première catégorie de principes généraux du droit, à savoir les principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux, de l'avis général, il convenait de procéder, à titre d'approche de base, à une analyse en deux étapes pour déterminer : i) s'il existe un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde et ii) si ledit principe a été transposé dans le système juridique international ;

e) la seconde catégorie de principes généraux du droit continuait de susciter des divergences de vues. Réaffirmant qu'il fallait nettement distinguer ces principes généraux des autres sources du droit international, en particulier du droit international coutumier, les membres de la Commission se sont accordés à redire qu'il fallait procéder selon une méthode claire et objective pour déterminer les principes généraux du droit secrétés par le système juridique international ;

f) les membres de la Commission ont généralement souscrit à l'approche suivie dans le deuxième rapport touchant le rôle des moyens auxiliaires visés à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans la détermination des principes généraux du droit ;

g) les membres de la Commission ont exprimé l'opinion que les principes généraux du droit ont un caractère supplétif en ce sens qu'ils ont pour vocation de combler les lacunes du droit international et de prévenir les situations de *non liquet*. De même, les membres de la Commission ont généralement fait observer qu'il n'existait aucune hiérarchie entre les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁶.

3. À la suite du débat en plénière et au sein du Comité de rédaction, la Commission a provisoirement adopté les projets de conclusion 1, 2 et 4, avec les commentaires y

¹ A/72/10, par. 267.

² A/CN.4/SR.3488 à 3494.

³ A/CN.4/732.

⁴ A/CN.4/SR.3536 à 3546.

⁵ A/CN.4/741 et Corr. 1.

⁶ A/CN.4/SR.3545.

relatifs⁷, le Comité de rédaction ayant en outre adopté provisoirement le projet de conclusion 5⁸.

4. Les États ayant eu l'occasion de formuler des observations sur les travaux de la Commission lors du débat au sein de la Sixième Commission à la soixante-seizième session de l'Assemblée générale, diverses délégations ont convenu de substituer l'expression « l'ensemble des nations » à celle de « nations civilisées »⁹. Les délégations ont également généralement souscrit à l'idée de procéder selon la méthode en deux étapes pour déterminer les principes généraux du droit découlant

⁷ A/76/10, par. 238 et 239. Les projets de conclusion se lisent comme suit :

« Conclusion 1

Champ d'application

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

Conclusion 2

Reconnaissance

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

Conclusion 4

Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

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

- a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et
- b) la transposition de ce principe dans le système juridique international. »

⁸ Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction, du 3 août 2021, p. 9 à 12. (On trouvera le texte originel proposé par le Rapporteur spécial dans le rapport A/CN.4/741 et Corr.1, par. 112.) Le projet de conclusion se lit comme suit :

« Conclusion 5

Détermination de l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde

1. Pour déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.
2. L'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit inclure les différentes régions du monde.
3. L'analyse comparative inclut un examen des lois et jurisprudences nationales, ainsi que d'autres documents pertinents. »

⁹ Voir les déclarations de l'Afrique du Sud (A/C.6/76/SR.23, par. 66) ; du Chili (A/C.6/76/SR.23, par. 151) ; de la Chine (A/C.6/76/SR.23, par. 84) ; du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.23, par. 38) ; de l'Inde (A/C.6/76/SR.24, par. 31) ; de l'Irlande (A/C.6/76/SR.24, par. 60) ; de l'Italie (A/C.6/76/SR.25, par. 15) ; de la Jordanie (A/C.6/76/SR.24, par. 129) ; de la Lettonie (A/C.6/76/SR.24, par. 134) ; de la Malaisie (A/C.6/76/SR.24, par. 88) (mais craignant que l'expression n'englobe pas les organisations internationales) ; de Micronésie (États fédérés de) (A/C.6/76/SR.24, par. 75) ; du Niger (A/C.6/76/SR.25, par. 27) ; des Philippines (A/C.6/76/SR.25, par. 34) ; du Portugal (A/C.6/76/SR.23, par. 78) (relevant également que l'expression « l'ensemble des nations » ne couvre sans doute pas les organisations internationales) ; de la République de Corée (A/C.6/76/SR.24, par. 105) ; de la Roumanie (A/C.6/76/SR.24, par. 51) ; de la Sierra Leone (A/C.6/76/SR.23, par. 47) et de la Slovaquie (A/C.6/76/SR.24, par. 99). Certaines délégations ont suggéré d'utiliser d'autres expressions, comme « États », « communauté internationale », « communauté des États » ou « communauté internationale des États ». Voir les déclarations de l'Afrique du Sud (A/C.6/76/SR.23, par. 66) ; de l'Autriche (A/C.6/76/SR.23, par. 143) ; du Brésil (A/C.6/76/SR.25, par. 42) ; du Cameroun (A/C.6/76/SR.25, par. 3) ; du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.23, par. 38) ; des États-Unis (A/C.6/76/SR.23, par. 92) ; de la Fédération de Russie (A/C.6/76/SR.24, par. 139) ; du Pérou (A/C.6/76/SR.25, par. 55) et de la Slovaquie (A/C.6/76/SR.24, par. 99).

des systèmes juridiques nationaux consacrés dans les projets de conclusion adoptés provisoirement par la Commission¹⁰. Ouverts à l'idée qu'il existe des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, nombre d'États ont estimé qu'il faudrait en examiner la question plus avant et distinguer nettement entre ces principes généraux et les autres sources du droit international, en particulier la coutume¹¹. Certaines délégations ont exprimé l'avis que les principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne pouvaient provenir que des systèmes juridiques nationaux¹². S'accordant à dire qu'il existe des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, d'autres États ont invité la Commission à préciser la manière de dégager ces principes¹³.

5. À sa soixante-douzième session, la Commission a demandé de nouveau aux États de lui rendre compte chacun de sa pratique touchant les principes généraux du droit. Le Rapporteur spécial saurait gré aux États de lui communiquer tous autres éléments d'information en leur possession, toutes contributions revêtant un intérêt capital pour les travaux de la Commission.

6. Venant compléter le texte de l'ensemble de projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial sur le sujet, le présent rapport traite de certaines questions soulevées lors du débat consacré au deuxième rapport, ainsi que d'autres non encore envisagées par la Commission. Le Rapporteur spécial envisage dans la première partie la question de la transposition de principes communs aux différents systèmes juridiques du monde dans le système juridique international, entreprend dans la deuxième partie d'éclairer certaines questions touchant la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, s'intéresse dans la troisième partie aux fonctions des principes généraux

¹⁰ Voir les déclarations de l'Algérie (A/C.6/76/SR.25, par. 17) ; de l'Allemagne (A/C.6/76/SR.24, par. 6) ; de l'Autriche (A/C.6/76/SR.23, par. 144) ; du Brésil (A/C.6/76/SR.25, par. 43) ; du Chili (A/C.6/76/SR.23, par. 152) ; du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.23, par. 40) ; de l'Équateur (A/C.6/76/SR.17, par. 83) ; de l'Espagne (A/C.6/76/SR.25, par.11) ; de l'Estonie (A/C.6/76/SR.24, par. 45) ; de la Grèce (A/C.6/76/SR.23, par. 120) ; de l'Inde (A/C.6/76/SR.24, par.32) ; de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/76/SR.25, par. 28) ; de l'Irlande (A/C.6/76/SR.24, par. 62 et 63) ; d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 98 et 99) ; de l'Inde (A/C.6/76/SR.24, par. 32) ; de la Lettonie (A/C.6/76/SR.24, par. 134) ; de la Malaisie (A/C.6/76/SR.24, par. 89) ; du Mexique (A/C.6/76/SR.23, par. 148) ; de la Nouvelle-Zélande (A/C.6/76/SR.23, par. 123) ; des Philippines (A/C.6/76/SR.25, par. 34) ; du Portugal (A/C.6/76/SR.23, par. 79) ; de la Roumanie (A/C.6/76/SR.24, par. 51) ; de la Sierra Leone (A/C.6/76/SR.23, par. 48) et de la Turquie (A/C.6/76/SR.25, par. 51).

¹¹ Voir les déclarations de l'Allemagne (A/C.6/76/SR.24, par. 5 et 11) ; de l'Australie (A/C.6/76/SR.23, par. 63 et 64) ; de l'Autriche (A/C.6/76/SR.23, par. 145) ; du Chili (A/C.6/76/SR.23, par. 155) ; de la Chine (A/C.6/76/SR.23, par. 85) ; de la Croatie (A/C.6/76/SR.17, par. 63) ; de l'Estonie (A/C.6/76/SR.24, par. 46) ; de la Fédération de Russie (A/C.6/76/SR.24, par.143) ; de la Grèce (A/C.6/76/SR.23, par. 121) ; de l'Irlande (A/C.6/76/SR.24, par. 64) ; du Japon (A/C.6/76/SR.24, par. 15) ; de la République de Corée (A/C.6/76/SR.24, par. 106) ; de la Micronésie (A/C.6/76/SR.24, par. 78) ; de la Nouvelle-Zélande (A/C.6/76/SR.23, par. 124) ; des Philippines (A/C.6/76/SR.25, par. 38) ; de la République de Corée (A/C.6/76/SR.24, par. 106) ; du Royaume-Uni (A/C.6/76/SR.24, par.73) et de la Slovénie (A/C.6/76/SR.24, par. 40).

¹² Voir les déclarations de l'Algérie (A/C.6/76/SR.25, par. 19) ; de la France (A/C.6/76/SR.20, par. 50) ; de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/76/SR.25, par. 31) ; d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 100 à 106) ; de la Jordanie (A/C.6/76/SR.24, par. 130) ; de la République tchèque (A/C.6/76/SR.24, par. 23) de la Roumanie (A/C.6/76/SR.24, par. 50) et de la Slovaquie (A/C.6/76/SR.24, par. 101).

¹³ Voir les déclarations de l'Afrique du Sud (A/C.6/76/SR.23, par. 67 et 68) ; du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.23, par. 40) ; de l'Équateur (A/C.6/76/SR.17, par. 83) ; de l'Espagne (A/C.6/76/SR.25, par.7) ; des Pays-Bas (A/C.6/76/SR.24, par. 112) et du Niger (A/C.6/76/SR.25, par. 26).

du droit, ainsi qu'à leurs rapports avec d'autres sources du droit international et suggère, pour terminer, dans la quatrième partie, la voie à suivre pour la suite des travaux sur le sujet.

Première partie : la question de la transposition

7. Le Rapporteur spécial ayant fait observer dans son deuxième rapport qu'il ressort de la pratique des États, de la jurisprudence internationale et de la doctrine que pour déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il faut procéder à une analyse en deux temps¹⁴, les membres de la Commission ont généralement souscrit à cette approche et la Commission a provisoirement adopté le projet de conclusion 4, et le commentaire y relatif¹⁵. Il résulte dudit projet de conclusion que pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, il est nécessaire d'établir : a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et b) la transposition de ce principe dans le système juridique international. La Commission s'est penchée sur la question de la transposition en plénière mais, faute de temps, le Comité de rédaction n'a pu examiner à fond le texte du projet de conclusion y relatif proposé dans le deuxième rapport (projet de conclusion 6)¹⁶. Néanmoins, le débat en plénière ainsi que les vues exprimées par les États à la Sixième Commission étant venus jeter un éclairage important sur la question de la transposition, le Rapporteur spécial croit utile de revenir brièvement sur cette problématique dans le présent rapport.

8. Le débat en plénière a mis en évidence un certain nombre de questions touchant le texte du projet de conclusion 6 proposé qui a suscité des divergences de vue parmi les membres de la Commission. Certains membres ont généralement souscrit à l'approche du projet de conclusion 6¹⁷, cependant que d'autres membres, aux yeux desquels il était inutilement complexe, ont estimé que ledit projet de conclusion pourrait se borner à poser que tout principe commun aux différents systèmes juridiques du monde devait être « transposable » dans le système juridique international, le commentaire y relatif venant en proposer des exemples¹⁸. Relevant que le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne mentionnait pas l'élément de transposition, un membre a exprimé l'avis que la condition de reconnaissance découlant de cette disposition ne devait par conséquent pas jouer s'agissant de déterminer si tel principe issu de l'ordre interne était transposable dans l'ordre juridique international¹⁹. D'autres membres ont estimé que les principes généraux du droit étant une source de droit non écrite, aucun acte de

¹⁴ A/CN.4/741 et Corr.1, deuxième partie.

¹⁵ Voir *supra* note 8.

¹⁶ A/CN.4/741 et Corr.1, par. 112. Le projet de conclusion proposé se lit comme suit :

« Projet de conclusion 6

Constat de la transposition dans le système juridique international

Un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international :

- a) s'il est compatible avec les principes fondamentaux du droit international ;
- b) si sont réunies les conditions de sa bonne application dans le système juridique international. »

¹⁷ Voir les interventions de M. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, p. 5 et 6) ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 8 et 9) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3541, p. 13) ; M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3543, p. 3) et M. Saboia (A/CN.4/SR.3541, p. 4).

¹⁸ Voir les interventions de M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 5) et M. Tladi (A/CN.4/SR.3538, p. 3 et 4).

¹⁹ Voir l'intervention de M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 7).

transposition officiel ne s'imposait²⁰. On a également exprimé le point de vue opposé selon lequel quelque acte officiel ou exprès pourrait s'avérer nécessaire pour qu'un principe général du droit puisse voir le jour²¹.

9. En outre, plusieurs membres ont douté de l'opportunité de la condition posée par le projet de conclusion 6 qui veut que tout principe commun aux différents systèmes juridiques du monde soit compatible avec les « principes fondamentaux du droit international », cette expression étant vague et peu claire à leurs yeux²². Sur ce point, certains membres ont exprimé l'avis que, loin d'être circonscrite auxdits « principes fondamentaux du droit international », cette condition de compatibilité mise à la transposition de tout principe s'appliquait également à d'autres règles du droit international plus spécifiques et plus spécialisées²³. En ce qui concerne la seconde condition mise à la transposition de tout principe par le projet de conclusion 6, à savoir que soient réunies les conditions de la bonne application du principe considéré dans l'ordre international, la formulation en a été jugée pas tout à fait claire par certains membres²⁴, qui se sont demandés par exemple pourquoi le fait que l'application en soit difficile devrait-il faire obstacle à ce que tel principe prenne place dans le droit international et s'il y avait une différence entre les deux conditions posées par le projet de conclusion proposé.

10. Les délégations se sont également prononcées sur ces questions lors du débat à la Sixième Commission. Certains États ont généralement souscrit à l'approche du projet de conclusion 6, tel que proposé dans le deuxième rapport²⁵. Diverses délégations ont demandé des précisions touchant le sens des expressions « principes fondamentaux du droit international »²⁶ et « bonne application »²⁷. Une délégation a déclaré qu'un acte de transposition officiel ou exprès n'était pas requis pour que se dégage un principe général du droit²⁸. De l'avis d'une autre délégation, la transposition de principes n'étant pas mentionnée expressément à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il

²⁰ Voir les interventions de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9) et M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 5).

²¹ Voir les interventions de Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 12 et 13) et M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, p. 6).

²² Voir les interventions de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9) ; M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15) ; M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, p. 16) ; M. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, p. 7) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 7) ; M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 5) ; M. Ouazzani Chahdi (A/CN.4/SR.3541, p. 9) ; M. Park (A/CN.4/SR.3539, p. 17) ; M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 5) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3542, p. 13) ; M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 7) ; Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 12) et M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, p. 6).

²³ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) ; M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, pp. 16-17) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 7) et M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, pp. 6-7).

²⁴ Voir les interventions de M. Cissé (A/CN.4/SR.3541, p. 12) ; M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9) ; M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 5) ; M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3542, p. 10) ; M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 7) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 12).

²⁵ Voir les déclarations de l'Autriche (A/C.6/76/SR.23, par. 144) ; du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.23, par. 40) et de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/76/SR.25, par. 28).

²⁶ Voir les déclarations de l'Allemagne (A/C.6/76/SR.24, par.10) ; de l'Australie (A/C.6/76/SR.23, par. 63) ; du Cameroun (A/C.6/76/SR.24, par. 168) ; du Chili (A/C.6/76/SR.23, par. 154) ; de la Grèce (A/C.6/76/SR.23, par. 120) ; de la Jordanie (A/C.6/76/SR.24, par. 129) ; de la Pologne (A/C.6/76/SR.24, par. 117) et du Vietnam (A/C.6/76/SR.24, par. 55).

²⁷ Voir la déclaration de la Grèce (A/C.6/76/SR.23, par. 120).

²⁸ Voir la déclaration de l'Irlande (A/C.6/76/SR.24, par. 63).

conviendrait d'examiner plus attentivement la question de savoir si la transposition jouait un rôle dans ce contexte²⁹.

11. Toutes les vues et interrogations exprimées, ainsi que toutes les suggestions faites lors du débat et dont il a dûment tenu compte, inspirent quelques observations au Rapporteur spécial.

12. Premièrement, le Rapporteur spécial convient avec l'idée générale qu'il conviendrait de simplifier le texte du projet de conclusion 6, le but étant d'éviter de lui donner un caractère par trop prescriptif et de se ménager une certaine souplesse s'agissant de déterminer les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux. Le Comité de rédaction sera en mesure d'examiner diverses variantes de libellé pour y parvenir pendant la soixante-treizième session de la Commission en 2022.

13. Deuxièmement, se pose la question de savoir si la reconnaissance mentionnée au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice joue un rôle dans le contexte de la transposition et, dans l'affirmative, comment établir l'existence de cette reconnaissance. S'agissant de la première question, il ressort du deuxième rapport que l'analyse en deux temps est une opération double visant à montrer que pour avoir été reconnu par l'ensemble des nations, tel principe général du droit fait partie du droit international³⁰. Il faudrait ainsi considérer que la reconnaissance opère à la fois dans l'ordre interne et dans l'ordre international. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne suffirait pas de dire qu'il est satisfait à la condition de reconnaissance résultant du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour dès lors que tel principe est connu de différents systèmes juridiques internes. Il existe d'importantes différences entre les systèmes juridiques nationaux et l'ordre juridique international, les règles et principes internes étant dictés par les exigences et caractéristiques propres à l'ordre interne. Il semble donc bon d'exiger la reconnaissance sous quelque forme de ce que tel principe commun aux différents systèmes juridiques du monde peut trouver application dans l'ordre international.

14. Concernant la seconde question, celle de savoir comment établir qu'il est satisfait à la condition de reconnaissance dans le contexte de la transposition de tout principe, on a rappelé lors du débat tenu par la Commission en 2021 que les principes généraux du droit « se dégagent dans le cadre d'un processus non formalisé »³¹. Le Rapporteur spécial incline à souscrire à cette opinion qui cadre avec le caractère essentiellement non écrit de cette source du droit international et avec la solution dégagée par la jurisprudence et la pratique des États. Dans les exemples proposés dans les premier et deuxième rapports, on a généralement dressé constat de la transposition de tel principe de droit interne (*in foro domestico*) en interrogeant les conditions existantes et certains principes et règles du droit international, un acte de transposition formel ou exprès de la part des États ou d'autres acteurs n'étant pas jugé nécessaire. De l'avis du Rapporteur spécial, aux fins de la transposition de tout principe commun aux différents systèmes juridiques du monde, la reconnaissance par l'ensemble des nations prescrite par le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est une condition implicite à laquelle on doit satisfaire en appréciant si le principe en question est susceptible de trouver application dans l'ordre juridique international.

15. Une troisième observation intéresse les critères bien déterminés devant permettre d'établir qu'il y a transposition. Ayant soigneusement examiné les observations faites par les membres de la Commission et les États à la Sixième

²⁹ Voir la déclaration de la Pologne (A/C.6/76/SR.24, par. 117).

³⁰ A/CN.4/741 et Corr.1, par. 20.

³¹ Voir l'intervention de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9).

Commission, le Rapporteur spécial n'ignore pas les interrogations suscitées par le texte des alinéas a) et b) du projet de conclusion 6 et est ouvert à l'idée d'approfondir la réflexion sur diverses variantes de libellés au sein du Comité de rédaction. Toutefois, ainsi que l'avis en a été exprimé dans le deuxième rapport³², avis partagé par plusieurs membres de la Commission, on n'oubliera pas que les critères de transposition ne doivent pas établir de hiérarchie entre les sources énumérées au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice en subordonnant l'apparition de tel principe général du droit à sa compatibilité avec chaque règle conventionnelle et coutumière dans le contexte dans lequel il doit trouver application. Ainsi qu'on le verra plus en détail dans la troisième partie, les principes généraux du droit ont pour fonction première de suppléer les lacunes du droit international conventionnel et coutumier et doivent avoir une existence indépendante pour remplir cette fonction comme il se doit.

16. Certains membres de la Commission ont fait des propositions touchant les conditions de transposition posées dans le projet de conclusion 6. C'est ainsi que l'on a suggéré de poser par exemple que tout principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ne devait pas être incompatible avec « les éléments fondamentaux du système juridique international »³³, les « valeurs et principes partagés par la communauté internationale » ou les « normes et principes fondamentaux partagés par la communauté internationale »³⁴ et « les règles du droit international général » ou « les règles du droit international général sur lesquelles, dans le système juridique international, le droit positif régissant la matière est fondé », et suggéré également qu'un principe pourrait ne pas se prêter à application dans tel contexte spécifique du système juridique international mais s'y prêter dans tels autres³⁵. De plus, on a dit que « l'essentiel [était] que le principe soit adaptable aux fins de son application dans [le système juridique international] »³⁶, que tel principe de droit interne (*in foro domestico*) ne pouvait être transposé que s'il était « applicable dans le système juridique international »³⁷ et que les conditions nécessaires devaient exister pour que tel principe trouve application dans l'ordre juridique international³⁸. On a également exprimé l'avis que « l'absence d'objections de la part des États pourrait constituer un point de départ »³⁹. On a en outre considéré que le projet de conclusion 6 devrait se borner à disposer que tout principe commun aux différents systèmes juridiques du monde doit être transposable, les critères de la transposition pouvant être précisés dans le commentaire y relatif⁴⁰.

17. Gardant à l'esprit ces propositions et observations, le Rapporteur spécial tient à souligner une fois de plus qu'il faut concilier rigueur et souplesse en envisageant la question de la transposition de principes généraux du droit, le but étant de procéder selon une méthode fondée sur des critères objectifs tout en faisant l'économie de lourdeurs inutiles de peur de dégager des principes généraux impuissants à remplir leur fonction.

³² A/CN.4/741 et Corr.1, par. 84.

³³ Voir l'intervention de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9).

³⁴ Voir l'intervention de M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 8).

³⁵ Voir l'intervention de M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, p. 16 et 17).

³⁶ Voir l'intervention de M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 7).

³⁷ Voir l'intervention de M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, p. 16).

³⁸ Voir l'intervention de M. Cissé (A/CN.4/SR.3541, p. 12).

³⁹ Voir l'intervention de M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, p. 6).

⁴⁰ Voir l'intervention de M. Tladi (A/CN.4/SR.3538, p. 5).

Deuxième partie : les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international

18. Ainsi qu'il est dit plus haut au paragraphe 4, la seconde catégorie de principes généraux du droit proposés par le Rapporteur spécial dans ses premier et deuxième rapports, c'est-à-dire les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, a continué de susciter des divergences de vues parmi les membres de la Commission et les États au sein de la Sixième Commission. Le débat se poursuivant, le Rapporteur spécial juge utile de faire quelques observations sur cet important aspect du sujet.

19. La seconde catégorie de principes généraux du droit a suscité des prises de position similaires à celles exprimées lors du débat initial sur le sujet. D'une manière générale, il se dégage trois grands courants d'opinion parmi les États au sein de la Sixième Commission et les membres de la Commission : premièrement, les tenants de l'idée de l'existence de cette catégorie de principes qui souscrivent en tout ou en partie à l'approche suivie par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport⁴¹ ; deuxièmement, ceux qui, sans exclure ou doutant qu'il existerait une telle seconde catégorie de principes, préconisent de poursuivre la réflexion sur la question⁴² ; et, troisièmement, ceux qui nient qu'il existe une seconde catégorie de principes généraux du droit relevant du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice⁴³.

20. La troisième partie du deuxième rapport avait suscité un certain nombre d'interrogations. Divers membres de la Commission ont en particulier exprimé l'avis qu'il fallait distinguer plus nettement entre la seconde catégorie de principes généraux du droit et les autres sources du droit international, en particulier le droit international coutumier⁴⁴. On a exprimé la crainte que la pratique des États en cette matière ne soit pas suffisante pour permettre de dégager de solides conclusions sur la question (plus d'un membre ayant exprimé l'avis que les exemples fournis dans le deuxième rapport concernaient en fait, dans nombre de cas, des règles conventionnelles, des règles du

⁴¹ Voir les interventions de M. Cissé (A/CN.4/SR.3541, p. 9) ; M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 8) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15) ; M. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3543, p. 10) ; M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, p. 17) ; M. Hassouna (A/C.4/SR.3541, p. 7) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, p. 6) ; M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 5 et 6) ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 9) ; M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3542, p. 10 et 11) ; M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3543, p. 3) ; M. Saboia (A/CN.4/SR.3541, p. 3) et M. Valencia Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 8 et 9). Voir également *supra* note 12.

⁴² Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 8) ; M. Ouazzani Chahdi (A/CN.4/SR.3541, p. 9) ; M. Park (A/CN.4/SR.3539, p. 18) ; M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 9) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3542, p. 14) ; M. Tladi (A/CN.4/SR.3538, p. 4) ; Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 11 à 13) ; M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, p. 7). Voir également *supra* note 10.

⁴³ Voir les interventions de M. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, p. 12) ; M. Murase (A/CN.4/SR.3542, p. 12) ; M. Petrić (A/CN.4/SR.3544, p. 4) et M. Rajput (A/CN.4/SR.3542, p. 5). Voir également *supra* note 11.

⁴⁴ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, p. 6) ; M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3542, p. 9) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3542, p. 4) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 14). Voir également les déclarations de l'Afrique du Sud (A/C.6/76/SR.23, par. 67) ; de l'Algérie (A/C.6/76/SR.25, par. 19) ; de l'Australie (A/C.6/76/SR.23, par. 64) ; du Chili (A/C.6/76/SR.23, par. 155) ; de la Croatie (A/C.6/76/SR.17, par. 63) ; de l'Estonie (A/C.6/76/SR.24, par. 46) ; de la Fédération de Russie (A/C.6/76/SR.24, par. 143) ; de l'Italie (A/C.6/76/SR.25, par. 15) ; du Japon (A/C.6/76/SR.24, par. 15) ; de l'Irlande (A/C.6/76/SR.24, par. 65) ; de Micronésie (États fédérés de) (A/C.6/76/SR.24, par. 78) ; de la Nouvelle-Zélande (A/C.6/76/SR.23, par. 124) ; des Philippines (A/C.6/76/SR.25, par. 38) ; de la Pologne (A/C.6/76/SR.24, par. 118) et du Royaume-Uni (A/C.6/76/SR.24, par. 74).

droit international coutumier ou des principes généraux du droit dérivés de systèmes juridiques nationaux)⁴⁵. En outre, divers États et membres de la Commission ont estimé que les critères énumérés dans le projet de conclusion 7⁴⁶ aux fins de la détermination de cette catégorie de principes généraux n'étaient pas assez stricts, ce qui les rendrait trop faciles à invoquer⁴⁷. On a également fait remarquer que les trois méthodes proposées dans le projet de conclusion 7 n'étaient pas faciles à distinguer l'une de l'autre⁴⁸. De plus, on a dit qu'il fallait se garder de requalifier les règles du droit conventionnel et du droit international coutumier, ou des normes de *jus cogens*, en principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, ce qui pourrait en atténuer l'autorité et la portée⁴⁹. Enfin, on a souligné que la Commission devrait indiquer clairement en quoi elle faisait œuvre de codification du droit international existant et en quoi ses travaux relevaient de l'entreprise de développement progressif du droit international⁵⁰, étant rappelé que s'agissant d'un sujet qui concernait les sources du droit international, la Commission avait seul mandat de codification⁵¹.

21. Concernant l'alinéa a) du projet de conclusion 7, certains membres de la Commission et certaines délégations à la Sixième Commission ont fait observer que la proposition pourrait conduire à l'application de dispositions conventionnelles à des États non parties au traité considéré, contrairement au principe selon lequel un traité est inopposable aux tiers⁵². On a également jugé l'expression « autres instruments

⁴⁵ Voir les interventions de M. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, p. 13) ; M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15) ; M. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, p. 7 et 8) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 7) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, p. 6) ; M. Park (A/CN.4/SR.3539, p. 18) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3541, p. 14 et 15, et A/CN.4/SR.3542, p. 3) ; M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 6 et 8) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3542, p. 13 et 14) ; M. Tladi (A/CN.4/SR.3538, p. 4 et 5) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 13). Voir également les déclarations de l'Algérie (A/C.6/76/SR.25, par. 19) ; du Chili (A/C.6/76/SR.23, par. 155) ; des États-Unis (A/C.6/76/SR.23, par. 94) ; d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 100) et du Royaume-Uni (A/C.6/76/SR.24, par. 74).

⁴⁶ Le projet de conclusion 7 proposé dans le deuxième rapport (A/CN.4/741 et Corr.1, par.112) se lit comme suit :

« Projet de conclusion 7

Détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir :

- a) que le principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux ;
- b) que le principe est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ;

ou

- c) que le principe est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. »

⁴⁷ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 12) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 17) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 7) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3542, p. 4) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 13). Voir également la déclaration du Royaume-Uni (A/C.6/76/SR.24, par. 74).

⁴⁸ Voir également l'intervention de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9).

⁴⁹ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 6) ; M. Petrić (A/CN.4/SR.3544, p. 4).

⁵⁰ Voir la déclaration de l'Australie (A/C.6/76/SR.23, par. 64).

⁵¹ Voir l'intervention de M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 5).

⁵² Voir les interventions de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 16 et 17). Voir également les déclarations de l'Allemagne (A/C.6/76/SR.24, par. 12) ; d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 103) et du Vietnam (A/C.6/76/SR.24, par. 56).

internationaux » trop vague ou par trop inclusive⁵³. Certains membres de la Commission ont indiqué que les règles et principes consacrés dans des traités n'étaient rien d'autre que [des règles coutumières] ou, si les conditions étaient réunies, des règles de droit international coutumier⁵⁴. On s'est également demandé si le projet de conclusion ne risquait pas d'ériger des sources d'obligation non obligatoires en principes impératifs⁵⁵. Pour certains membres, les exemples de pratique invoqués à l'appui du projet de conclusion n'étaient pas pertinents⁵⁶. On a également exprimé l'avis que les alinéas a) et b) du projet de conclusion 7 sembleraient faire double emploi⁵⁷. De plus, on s'est demandé si les traités donnant naissance à un principe de droit général devaient revêtir un caractère spécial ou si tout type de traité pourrait sécréter un tel principe⁵⁸.

22. Concernant l'alinéa b) du projet de conclusion 7, certains membres de la Commission ont souscrit à la proposition du Rapporteur spécial⁵⁹. On a cependant considéré qu'il fallait examiner plus avant le projet de conclusion, son libellé et la méthode déductive qui y était proposée étant trop vagues et imprécis et susceptibles d'interprétations subjectives⁶⁰. On s'est également demandé si tel principe sous-tendant un traité ou une règle coutumière pourrait véritablement être regardé comme distincte de ladite règle et n'en faisant pas partie⁶¹. À cet égard, un membre de la Commission a estimé qu'il fallait mieux préciser en quoi la méthode de détermination proposée différait de l'interprétation des traités⁶².

23. En ce qui concerne l'alinéa c) du projet de conclusion 7, certains membres de la Commission ont souscrit à l'approche retenue dans le deuxième rapport⁶³. On a également cru voir de fait dans cette proposition le fondement possible d'une seconde catégorie de principes généraux du droit⁶⁴. On a toutefois craint que le libellé du projet de conclusion ne soit imprécis et source d'incertitude juridique et d'interprétations subjectives et que la méthode déductive de détermination des principes en question ne soit pas convenablement décrite⁶⁵. Pour certains membres de la Commission, les

⁵³ Voir les interventions de M. Grossman (A/CN.4/SR.3542, p. 17) et M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 5). Voir également la déclaration d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 103).

⁵⁴ Voir les interventions de M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 10) ; M. Petrić (A/CN.4/SR.3544, p. 4) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3542, p. 14) ; M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 8) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 14).

⁵⁵ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 12) ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 10) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 14).

⁵⁶ Voir les interventions de M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 10) ; M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 8) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 13).

⁵⁷ Voir l'intervention de M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 5).

⁵⁸ Voir l'intervention de M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 6 et 7).

⁵⁹ Voir les interventions de M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 6) et M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 8).

⁶⁰ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 12) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 7 et 8) ; M. Park (A/CN.4/SR.3539, p. 18) ; M. Petrić (A/CN.4/SR.3544, p. 4) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3541, p. 14) ; M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 8) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 14). Voir également les déclarations de l'Allemagne (A/C.6/76/SR.24, par. 14) et d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 104).

⁶¹ Voir les interventions de M. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, p. 12) ; M. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, p. 7) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 17) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3542, p. 14) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 14).

⁶² Voir l'intervention de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 17).

⁶³ Voir les interventions de M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 6) ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 10) et M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3538, p. 8).

⁶⁴ Voir l'intervention de Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3539, p. 14).

⁶⁵ Voir les interventions de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 9) ; M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, p. 17) ; M. Hassouna (A/CN.4/SR.3541, p. 7) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3544, p. 8) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 17) ; M. Petrić (A/CN.4/SR.3544, p. 4) ;

exemples de principes cités dans le deuxième rapport concernaient des règles conventionnelles et coutumières⁶⁶. On a en outre exprimé l'avis que certains de ces exemples ne proposaient que des principes de logique et de raisonnement juridique ou de techniques juridiques et non une source autonome de droit international⁶⁷.

24. Attentif aux interrogations exprimées et n'ignorant pas que les membres de la Commission et les États au sein de la Sixième Commission divergent sur le point de savoir s'il existe des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et, dans l'hypothèse où l'on conclurait à l'existence d'une telle catégorie de principes généraux du droit relevant du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, sur le point de savoir comment expliquer la méthode de détermination desdits principes, le Rapporteur spécial tient à souligner une fois de plus qu'il est également important de distinguer nettement entre la seconde catégorie de principes généraux du droit et les autres sources du droit international, en particulier le droit international coutumier⁶⁸. En effet, ayant valeur supplétive et vocation à combler des lacunes du droit, les principes généraux du droit ne devraient pas être regardés comme un moyen de contourner la méthode de détermination des règles du droit international coutumier.

25. Le Rapporteur spécial reconnaît que la pratique suscitée par les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux est moins abondante que celle secrétée par les principes généraux du droit issus du système juridique international. On notera que les États et les juridictions internationales invoquent ou appliquent parfois tels ou tels principes sans en préciser la source, de sorte qu'il est malaisé d'isoler la pratique pertinente pour établir la méthode de détermination de la seconde catégorie de principes généraux du droit. En outre, il est rare que l'on vise dans la pratique le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut dans ce contexte⁶⁹. De même, la doctrine s'intéressant d'ordinaire davantage aux principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux, la question doit être envisagée en toute prudence.

26. Le Rapporteur spécial considère également que les travaux de la Commission sur le présent sujet, qui intéressent les sources du droit international, doivent venir clarifier différents aspects des principes généraux du droit, l'objectif étant de proposer des orientations à l'usage de toutes personnes appelées à faire application de ces principes. Le Rapporteur spécial n'a pas l'intention de faire œuvre de développement progressif en cette matière, encore moins de tenter de créer une nouvelle source de droit international.

27. Des développements qui précèdent le Rapporteur spécial conclut que la pratique, la jurisprudence et la doctrine autorisent à dire qu'il existe une seconde

M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 8) et Sir Michael Wood (A/C.4/SR.3539, p. 14). Voir également les déclarations de l'Allemagne (A/C.6/76/SR.24, par. 14) et d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 106).

⁶⁶ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 11) et M. Reinisch (A/CN.4/SR.3542, p. 8).

⁶⁷ Voir les interventions de M. Forteau (A/CN.4/SR.3538, p. 12) et M. Šturma (A/CN.4/SR.3542, p. 14).

⁶⁸ À ce propos, voir en outre Kleinlein, « Customary international law and general principles: rethinking their relationship », in B. D. Lepard (dir. publ.), *Reexamining Customary International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2017), p. 131 à 158.

⁶⁹ Constitue une exception une récente sentence arbitrale dans laquelle le tribunal a visé expressément le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Voir *Infinito Gold Ltd. c. République du Costa Rica*, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), affaire n°ARB/14/5, sentence du 3 juin 2021, par. 326 et suiv. Toutefois, voir également *ibid.* opinion individuelle sur la compétence et le fond jointe à la sentence par l'arbitre Brigitte Stern, par. 75 à 98.

catégorie de principes généraux du droit relevant du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et qu'il est du devoir de la Commission de traiter de la question. Plusieurs membres de la Commission ainsi que les États au sein de la Sixième Commission souscrivent à la thèse qu'il existe des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. En outre, divers membres de la Commission ont exprimé l'avis que le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour n'était sans doute pas limité aux principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux mais ont estimé qu'il fallait approfondir la réflexion sur la question. En effet, cette disposition n'indique nullement qu'ont valeur de principes généraux du droit les seuls principes issus des systèmes juridiques nationaux et qu'il faut donc interroger la pratique pour comprendre comment interpréter ladite disposition.

28. Les membres de la Commission ont déclaré à cet égard notamment que « [s]i, pour trancher un différend dont ils sont saisis et pour lequel aucune règle précise ne s'applique, des praticiens du droit, des juges par exemple, tentent de discerner des éléments abstraits communs aux différentes règles du système juridique concerné, et si l'on peut considérer les principes généraux du droit comme étant le fruit de ce processus, il semble n'y avoir aucune raison de conclure que des principes abstraits ne peuvent être extraits des règles juridiques internationales et que des principes généraux du droit ne peuvent exister dans le système juridique international. Conclure de la sorte signifierait que le système juridique international ne pourrait pas recourir aux catégories abstraites utilisées par tous les systèmes juridiques pour s'acquitter de l'une des fonctions essentielles du droit : le règlement des différends et le maintien de la paix sociale »⁷⁰ ; que « l'existence de cette catégorie de principes généraux du droit est attestée par la possibilité d'identifier certaines caractéristiques primordiales du système juridique international. Ces principes peuvent servir à régler des situations qui n'ont pas d'équivalent dans les systèmes nationaux et resteraient autrement sans solution »⁷¹ ; que « avant que l'on puisse déterminer [les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international] en recourant à la méthode proposée par le Rapporteur spécial dans le projet de conclusion 7, il est nécessaire de clarifier [deux conditions préalables] : la première est l'apparition en droit d'une matière appelant réglementation, la seconde la non-existence en la matière de principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux [...] Il est clair que les principes de Nuremberg, par exemple, constituent des "principes du droit international" formés dans le cadre du système juridique international, puisqu'ils ne découlent pas des systèmes juridiques nationaux [étant cité précisément à titre d'exemple le Principe II : "Le fait que la loi interne n'impose pas de peine pour un fait qui constitue un crime en droit international ne décharge pas la personne qui a commis le fait de sa responsabilité au regard du droit international"] »⁷² ; que « [l]es principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international [...] peuvent être le signe de la maturité et de la complexité croissantes du droit international, qui semblait moins dépendre du droit interne pour combler ses lacunes »⁷³ ; que « le texte du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, *les travaux préparatoires* et l'historique du paragraphe n'étaient pas, loin s'en faut, l'argument selon lequel seule la catégorie de principes découlant des systèmes juridiques nationaux est visée au paragraphe 1 c) de l'article 38. De fait, le caractère général du texte ne peut donner lieu qu'à une interprétation extensive et libérale du concept de "principes généraux de droit" qui n'est pas limité aux seuls principes découlant des systèmes juridiques nationaux. Ils sont en effet des

⁷⁰ Voir l'intervention de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 7 et 8).

⁷¹ Voir l'intervention de M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3542, p. 15).

⁷² Voir l'intervention de M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 9).

⁷³ Voir l'intervention de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15).

principes généraux de droit propres au droit international »⁷⁴ ; et que « le rapport donne de nombreux exemples de tels principes tirés de différentes branches du droit, notamment le droit international de l'environnement [...] il serait étrange et, de fait, paradoxal, que la Commission conclue que le texte par excellence faisant autorité quant aux principales sources du droit international, à savoir l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, exclut les normes créées dans le cadre du système juridique international de la catégorie des principes généraux. Cela reviendrait à dire que le Statut de la Cour exclut de cette catégorie les normes formées au sein du système juridique même qu'il vise à protéger »⁷⁵.

29. Si les membres de la Commission s'accordaient à dire qu'il existe des principes généraux du droit formés dans la cadre du système juridique international qui relèvent du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il reste avant tout de savoir comment expliquer clairement la méthode de détermination desdits principes. D'où l'intérêt de formuler quelques observations sur ce sujet en prévision du débat sur le projet de conclusion 7 au sein du Comité de rédaction.

30. S'agissant de la pratique judiciaire, ainsi qu'il l'a dit en résumant le débat consacré par la Commission au deuxième rapport, le Rapporteur juge important, aux fins d'examen, de replacer chaque cas donné dans son contexte, en gardant à l'esprit la méthode utilisée pour dégager le principe juridique pertinent. On retiendra spécialement des exemples de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international évoqués dans les deux rapports présentés à ce jour qu'au moment où les principes en question ont été invoqués ou appliqués, on ne pourrait guère dire qu'il existait quelque règle coutumière si l'on procède selon la méthode de détermination des règles coutumières arrêtée par la Commission en 2018. C'est précisément sur ces cas où certains principes sont invoqués en l'absence de quelque pratique acceptée comme étant le droit (accompagnée de l'*opinio juris*) qu'il faudrait s'arrêter encore. Bien entendu, il n'est pas impossible que certains de ces principes aient acquis par la suite valeur de règles coutumières, mais c'est à leur origine, à leur première application qu'il faudrait s'intéresser davantage.

31. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence et de la pratique évoquées dans les premier et deuxième rapports que les principes généraux du droit relevant de la seconde catégorie peuvent être consacrés dans des traités et autres instruments internationaux, servir de fondement à des régimes conventionnels ou à des règles coutumières ou encore être regardés comme étant inhérents au système juridique international. Ayant examiné toutes les vues exprimées au sujet du projet de conclusion 7, le Rapporteur spécial considère que l'on gagnerait sans doute à choisir une méthode unifiée de détermination des principes généraux du droit qui permettrait de surmonter les difficultés existantes. Cette méthode unifiée serait avant tout inductive, devant reposer sur l'analyse des traités, règles coutumières et autres instruments internationaux (par exemple, les résolutions de l'Assemblée générale ou les déclarations adoptées par des conférences intergouvernementales)⁷⁶, puis, si nécessaire, déductive, le but étant d'en dégager le principe. Au sujet de cette approche déductive, on a souligné qu'« [i]l peut falloir, pour déterminer le contenu de ces principes, procéder ou non par déduction, selon que la disposition conventionnelle

⁷⁴ Voir l'intervention de M. Cissé (vérifiée à l'audition) (voir également [A/CN.4/SR.3492](#), p. 21).

⁷⁵ Voir l'intervention de M^{me} Oral ([A/CN.4/SR.3542](#), p. 11).

⁷⁶ L'Allemagne a déclaré à ce propos que « [l]a question se pose de savoir si, par analogie à la détermination des principes découlant de l'ordre juridique interne, il faudrait procéder à une analyse comparative des traités et autres instruments internationaux et si cette analyse devrait alors porter sur autant de traités et autres instruments que possible mais également sur une diversité de traités ou instruments émanant de régions, sous-régions ou régimes de droit international différents ». Voir la déclaration de l'Allemagne (vérifiée à l'audition).

pertinente contient un principe ou que le contenu du principe doit être déduit de règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier »⁷⁷.

32. Ce processus exige de déterminer si le principe en question est reconnu par l'ensemble des nations comme étant une norme d'application générale, ayant un statut indépendant de tel ou tel régime conventionnel donné ou de telles ou telles règles coutumières, c'est-à-dire comme principe de droit général pouvant opérer de façon indépendante en droit international⁷⁸. Il faudrait analyser la preuve de cette reconnaissance au cas par cas dans le contexte donné, en tenant compte de la volonté de l'ensemble des nations d'être liée par ledit principe.

33. En conclusion, le Rapporteur spécial considère que l'on pourrait simplifier le texte du projet de conclusion 7 en tenant compte de toutes les critiques et propositions faites, sans méconnaître l'impératif de concilier rigueur et souplesse s'agissant de déterminer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

Troisième partie : les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international

34. Ainsi qu'il est dit dans le premier rapport⁷⁹, la Commission a notamment pour mandat touchant le présent sujet d'élucider les fonctions des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ainsi que leurs rapports avec les autres sources du droit international.

35. Tout au long des premier et deuxième débats consacrés au sujet, les membres de la Commission et les États ont exprimé, du moins à titre préliminaire, leurs vues sur certaines de ces questions. Plusieurs membres ont dit que les principes généraux du droit avaient pour fonction de combler les lacunes du droit⁸⁰, ainsi que ceci qu'ils

⁷⁷ Voir l'intervention de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 17).

⁷⁸ Voir R. Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) » in R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedias of International Law*, vol. IV (dernière mise à jour en 2010 ; Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 344 à 368 (p. 348 et 349), par. 33 et 34 (« Concernant les principes qui ont leur origine dans les relations internationales, il semble indiqué d'adopter une méthode comparative, combinée à une évaluation globalisante des règles de droit international en question. Il est indifférent que le choix des termes et expressions soit le même dans diverses normes internationales, l'important étant de savoir si lesdites normes consacrent des principes identiques ... On a soutenu que les principes découlant du droit international conventionnel ou coutumier ne sauraient avoir valeur de sources du droit international puisqu'ils appartiennent à la source d'où ils se dégagent. Il en est ainsi des principes qui n'ont de sens qu'à l'intérieur d'un régime conventionnel donné et ne fondent pas des droits et obligations nouveaux. Il en va cependant différemment des principes qui ont acquis un statut indépendant propre, lesquels sont une source autonome de droit international »).

⁷⁹ A/CN.4/732, par. 24 à 28.

⁸⁰ Voir les interventions de M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 7 et 8) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15 et 16) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, p. 3 et 4) ; M. Murase (A/CN.4/SR.3542, p. 12 et 13) ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3539, p. 8 et 9) ; M. Petric (A/CN.4/SR.3544, p. 3) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3541, p. 14 et A/CN.4/SR.3542, p. 4) et M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, p. 4). Voir également les interventions (de 2019) de M. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, p. 8) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, p. 20) ; M. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, p. 10) ; M. Grossmann Guiloff (A/CN.4/SR.3493, p. 5) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, p. 15) ; M. Huang (SR.3493, p. 12) ; M. Murase (A/CN.4/SR.3489, p. 4) ; M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3492, p. 6) ; M. Park (A/CN.4/SR.3489, p. 16) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3490, p. 17) ; M. Saboia (A/CN.4/SR.3491, p. 14) et M. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 4).

pourraient permettre d'éviter le *non liquet*⁸¹. Pour certains membres, les principes généraux du droit pourraient également servir d'outils d'interprétation⁸² ou être un moyen d'étayer le raisonnement juridique⁸³, ou encore concourir à assurer la cohérence et la cohésion du système juridique international⁸⁴.

36. Plusieurs États ont souligné devant la Sixième Commission combien il importait de traiter des fonctions des principes généraux du droit. La plupart des délégations ont dit que les principes généraux du droit avaient pour vocation de combler les lacunes du droit ou d'éviter le *non liquet*⁸⁵. De plus, certains États ont évoqué la fonction systémique des principes généraux du droit dans l'ordre juridique international⁸⁶.

37. Comme l'on s'accorde à dire que les principes généraux du droit ont pour fonction de combler les lacunes du droit, le Rapporteur spécial convient de partir de ce point de départ. Comme on le verra ci-après, il est bien établi dans la pratique et en doctrine que les principes généraux du droit ont, en règle générale, pour vocation de combler les lacunes du droit conventionnel et coutumier, en dépit de l'absence de hiérarchie entre les trois sources. Comme on le verra également, dans le cadre de cette vocation générale qu'ils ont de « combler les lacunes du droit », les principes généraux du droit peuvent opérer comme source autonome de droits et d'obligations et comme le moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles du droit international. En outre, on peut prêter aux principes généraux du droit une fonction systémique dans l'ordre juridique international.

38. La présente partie du rapport s'articule en trois chapitres, le chapitre I traitant de la vocation assignée aux principes généraux du droit de combler les lacunes du droit, que l'on pourrait regarder comme leur fonction essentielle dans l'ordre juridique international, le chapitre II, qui envisage les principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international, venant mettre en évidence, en particulier, ceci qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les traités, la coutume et les principes généraux du droit et que les principes généraux du droit peuvent coexister avec d'autres règles du droit international, ainsi que le jeu du

⁸¹ Voir les interventions de M. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3543, p. 11) ; M^{me} Escobar Hernández (A/CN.4/SR.3543, p. 7 et 8) ; M. Jalloh (A/CN.4/SR.3539, p. 3) ; M. Murase (A/CN.4/SR.3542, p. 12) ; M. Petrić (A/CN.4/SR.3544, p. 3) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3542, p. 4) et M. Zagaynov (A/CN.4/SR.3543, p. 4). Voir également les interventions (de 2019) de M. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3492, p. 4) ; M. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, p. 8) ; M. Cissé (A/CN.4/SR.3492, p. 20) ; M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, p. 20) ; M. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, p. 10) ; M. Murase (A/CN.4/SR.3489, p. 7) ; M. Park (A/CN.4/SR.3489, p. 16) et Sir Michael Wood (A/CN.4/SR.3490, p. 5).

⁸² Voir les interventions (de 2019) de M. Grossman Guiloff (A/CN.4/SR.3493, p. 5) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, p. 15) ; M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3492, p. 6) et M. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 4).

⁸³ Voir les interventions (de 2019) de M. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, p. 8) et M. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 4).

⁸⁴ Voir l'intervention de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 15). Voir également l'intervention (de 2019) de M. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 4).

⁸⁵ Voir les déclarations de l'Autriche (A/C.6/76/SR.23, par. 65 et A/C.6/74/SR.31, par. 90) ; du Cameroun (A/C.6/76/SR.24, par. 160 et 161) ; de Cuba (A/C.6/74/SR.31, par. 34) ; du Danemark (au nom des pays nordiques) (A/C.6/76/SR.23, par. 39) ; de la Fédération de Russie) (A/C.6/76/SR.24, par. 142) ; de l'Inde (A/C.6/74/SR.32, par. 94) ; de l'Iran (République islamique d') (A/C.6/74/SR.33, par. 15) ; d'Israël (A/C.6/76/SR.23, par. 97) ; de la Malaisie (A/C.6/74/SR.33, par. 8) ; des Philippines (A/C.6/74/SR.32, para 3) ; du Portugal (A/C.6/76/SR.23, par. 81) ; de la République tchèque (A/C.6/76/SR.24, par.26) ; de la Sierra Leone (A/C.6/74/SR.31, par. 105) ; de la Slovaquie (A/C.6/76/SR.24, par. 97) ; de la Slovénie (A/C.6/76/SR.24, par. 39) et de la Thaïlande (A/C.6/76/SR.24, par. 90) ;

⁸⁶ Voir les déclarations de la Sierra Leone (A/C.6/74/SR.31, par. 105) et de la Slovénie (A/C.6/76/SR.24, par. 40).

principe de la *lex specialis*, le chapitre III s'arrêtant sur certaines fonctions spécifiques des principes généraux du droit.

I. Les principes généraux du droit dans leur fonction supplétive de lacunes du droit

39. Partant d'une étude préliminaire de la question, le premier rapport relevait que l'on s'accordait largement à considérer que les principes généraux du droit avaient pour fonction de combler les lacunes du droit international et de permettre d'éviter le *non liquet*⁸⁷. Le rapport relevait également que l'on assignait parfois aux principes généraux du droit d'autres fonctions plus spécifiques, en voyant en eux par exemple une source directe de droits et d'obligations, un moyen d'interpréter ou de compléter d'autres règles du droit international, d'étayer le raisonnement juridique ou, plus généralement, un moyen de renforcer le caractère systématique du système juridique international⁸⁸. Le présent chapitre s'arrête sur la question de la vocation à combler les lacunes du droit international assignée aux principes généraux du droit qui – on le verra ci-après – peut être regardée comme leur fonction essentielle et en définit le rôle fondamental dans l'ordre juridique international. Le chapitre III sera l'occasion de revenir sur certaines autres fonctions spécifiques des principes généraux du droit, qui, sans être propres à cette source du droit international, ont été évoquées lors des débats et mériteraient quelque éclaircissement.

40. Ainsi qu'il est dit plus haut, les membres de la Commission et les délégations au sein de la Sixième Commission s'accordent à dire que les principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ont pour fonction première de combler les lacunes du droit international conventionnel et coutumier et d'éviter le *non liquet* devant les juridictions internationales, cette opinion étant également largement partagée par la doctrine du droit international⁸⁹.

⁸⁷ A/CN.4/732, par. 25.

⁸⁸ Ibid., par. 26.

⁸⁹ Voir, par exemple, I. Saunders, *General Principles as a Source of International Law : Art 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice* (Oxford, Hart Publishing, 2020), p. 173 ; P. Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2020), p. 22, 23 et 50 ; G. Gaja, « General principles of law », in *Max Planck Encyclopedias of International Law* (2020, consultable à l'adresse suivante : opil.ouplaw.com), par. 21 ; A. Pellet et D. Müller, « Article 38 », in A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 819 et suiv. ; H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 106 ; G. Distefano, *Fundamentals of International Law: A Sketch of the International Legal Order* (Leyde, Brill, 2019), p. 559 et 560 ; M. Andenas et L. Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law », in M. Andenas *et al.* (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leyde, Brill, 2019), p. 14 ; D. Costelloe, « The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice », in Andenas *et al.* (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law*, p. 177 ; R. Kolb, *Theory of International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016), p. 138 ; E. Bjorge, « Public law sources and analogies of international law », in *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), p. 535 ; C. Redgwell, « General Principles of International Law », in S. Vogenauer et S. Weatherill (dir. publ.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart Publishing, 2017), p. 7 ; M. Fitzmaurice, « The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: the journey from the past to the present », in S. Besson et J. d'Aspremont (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), p. 192 ; C. Kotuby et L. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), p. 30 et 31 ; B. Bonafé et P. Palchetti, « Relying on general principles of

41. Objet de débat au moment de la rédaction du Statut de la Cour permanente de justice internationale⁹⁰, cette fonction supplétive signifie essentiellement que l'on peut faire appel à un principe général du droit en présence de telle question de droit insuffisamment ou non réglée par tel ou tel traité ou par la coutume⁹¹. Par suite, dans la pratique, on a recours aux principes généraux du droit lorsque aucune règle conventionnelle ou coutumière applicable ne traite de telle question de droit ou lorsque tel traité ou telle coutume qui gouverne telle matière n'offre aucune solution à une question de droit donnée ou à tel objet de litige.

42. La Cour internationale de Justice a donné quelque orientation touchant la fonction supplétive attribuée aux principes généraux du droit en quelques occasions. Premièrement, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour, ne

law », in C. Brölmann et Y. Radi (dir. publ.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edgar Publishing, 2016), p. 167,172 à 174 ; E. Carpanelli, « General principles of international law: struggling with a slippery concept », in L. Pineschi (dir. publ.), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary* (New York, Springer, 2015), p. 141 ; E. Voyiakis, « Do general principles fill 'gaps' in international law? », *Austrian Review of International and European Law*, vol. 14 (2013), p. 239 à 256 ; S. W. Schill, « Enhancing international investment law's legitimacy: conceptual and methodological foundations of a new public law approach », *Virginia Journal of International Law*, vol. 52 (2011), p. 90 et 91 ; S. Besson, « General principles in international law – Whose principles? », in S. Besson et P. Pichonnaz (dir. publ.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law* (Genève, Schulthess, 2011), p. 42 ; Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) », p. 353, par. 58 ; F. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leyde, Martinus Nijhoff, 2008), p. 42 à 44 ; V-D. Degan, « On the sources of international criminal law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 4 (2005), p. 52 ; J.A. Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional », *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), p. 38 et 39 ; P. Benvenuti, « Principi generali del diritto, giurisdizioni internazioanli e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz* (Editoriale Scientifica, 2004), p. 303 ; C. Bassiouni, « A functional approach to 'general principles of international law' », *Michigan Journal of International Law*, vol. 11 (1990), p. 778 et 779 ; M. Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations », *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), p. 38 ; M. Akehurst, « Equity and general principles of law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), p. 817 ; M. Bos, « The recognized manifestations of international law », *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), p. 34 ; P. de Visscher, « Cours général de droit international public », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 136 (1972), p. 113 et 116 ; R. Quadri, « Cours général de droit international public », *ibid.*, vol. 113 (1964), p. 343 ; F. T. Freeman, « The quest for the general principles of law recognized by civilized nations – A Study », *UCLA Law Review*, vol. 10 (1963), p. 1057 à 1060 ; G. Fitzmaurice, « The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 92 (1957), p. 55 ; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), p. 390 ; A. Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 52 (1935), p. 224 à 227 ; J. Spiropoulos, *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht : Eine Auslegung von Art. 38s des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshof* (Kiel, Institut für internationales Recht an der Universität Kiel, 1928), p. IX, 1, 16 à 18, 70 ; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres, Longman, 1927), p. 69.

⁹⁰ Voir A/CN.4/732, par. 90 à 109.

⁹¹ Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 », p. 934 et 935 ; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, p. 85 ; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, p. 42 et 43 ; Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations », vol. 46(1) (1977), p. 37 à 41 ; S. Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases », in *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), p. 487 ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles of law », p. 172 ; T. Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », in *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), p. 105.

considérant pas nécessaire d'avoir recours aux principes généraux invoqués par le Portugal à l'appui de ses prétentions et ayant précédemment conclu que le litige en l'espèce était régi par une coutume bilatérale applicable entre le Portugal et l'Inde, a observé ce qui suit :

Le Portugal invoque également, à l'appui de sa prétention à un droit de passage telle qu'il la formule, la coutume internationale générale et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Étant parvenue à la conclusion que la manière de procéder suivie par les autorités britanniques et indiennes, d'une part, et portugaises, de l'autre, a constitué une pratique sur laquelle les Parties étaient bien d'accord et en vertu de laquelle le Portugal avait acquis un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher si la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent conduire au même résultat.

En ce qui est des forces armées, de la police armée et des armes et munitions, la Cour ayant constaté que la pratique établie entre les Parties exigeait pour le passage de ces catégories la permission des autorités britanniques ou indiennes, il est sans intérêt de déterminer si, en l'absence de la pratique qui a effectivement prévalu, le Portugal aurait pu fonder sa prétention à un droit de passage pour ces catégories sur la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

La Cour se trouve en présence d'un cas concret présentant des caractères spéciaux. Par ses origines, l'affaire remonte à une période et concerne une région où les rapports entre États voisins n'étaient pas régis par des règles formulées avec précision, mais largement commandés par la pratique. Par conséquent, se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles⁹².

43. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction* en revanche, la Cour, jugeant opportune d'appliquer les principes généraux du droit puisque le droit de la protection diplomatique ne traitait pas de la question spécifique de la relation entre les sociétés et les actionnaires et observant en particulier que « le droit international n'a[vait] pas fixé ses propres règles » en la matière, a déclaré ce qui suit :

Dans ce domaine, le droit international est appelé à reconnaître des institutions de droit interne qui jouent un rôle important et sont très répandues sur le plan international. Il n'en résulte pas nécessairement une analogie entre ses propres institutions et celle du droit interne et cela ne revient pas à faire dépendre les règles du droit international de catégories de droit interne. Cela veut simplement dire que le droit international a dû reconnaître dans la société anonyme une institution créée par les États en un domaine qui relève essentiellement de leur compétence nationale. Cette reconnaissance nécessite que le droit international se réfère aux règles pertinentes du droit interne, chaque fois que se posent des questions juridiques relatives aux droits des États qui concernent le traitement des sociétés et des actionnaires et à propos desquels le droit international n'a pas fixé ses propres règles [...].

⁹² *Affaire du droit de passage sur territoire indien (Fond)*, arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960, p. 6, p. 43 et 44.

Pour aborder maintenant l'affaire sous l'angle du droit international, la Cour doit [...] partir du fait que la présente espèce met essentiellement en jeu des facteurs tirés du droit interne – à savoir ce qu'il y a de distinct et ce qu'il y a de commun entre la société et l'actionnaire – que les Parties ont pris chacune pour prémisse de leur raisonnement tout en en donnant des interprétations très divergentes. Si la Cour devait se prononcer sans tenir compte des institutions de droit interne, elle s'exposerait à de graves difficultés juridiques et cela sans justification. Elle perdrait contact avec le réel, car il n'existe pas en droit international d'institutions correspondantes auxquelles la Cour pourrait faire appel. C'est pourquoi, comme il est indiqué plus haut, non seulement la Cour doit prendre en considération le droit interne mais encore elle doit s'y référer. C'est à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions, et non au droit interne d'un État donné, que le droit international se réfère [...] ⁹³.

44. De même, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, en l'absence de dispositions conventionnelles ou de règles coutumières applicables, la Cour a dégagé à la charge de l'Albanie l'obligation d'avertir les navires s'approchant des eaux territoriales albanaises du danger imminent auquel les exposait l'existence d'un champ de mines, obligation fondée sur « certains principes généraux et bien connus », déclarant que :

Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien connus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ⁹⁴.

45. On aussi invoqué expressément les principes généraux du droit dans leur fonction supplétive de lacunes du droit à l'occasion de l'arbitrage interétatique, sans toutefois toujours leur donner la même dénomination. Ainsi, dans l'affaire *Walfish Bay Boundary* entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne, l'arbitre a considéré que les principes généraux du droit trouvaient application lorsque d'autres règles du droit international « font défaut » en ces termes :

[...] l'une et l'autre questions [concernant le tracé précis de la frontière à Walfish Bay] doivent être réglées conformément aux principes et aux règles positives du droit international public et, lorsque ceux-ci font défaut, conformément aux principes généraux de droit, puisque ni ledit Accord de 1890 [ni] la Déclaration de Berlin complémentaire du 30 janvier 1909, n'autorise en quoi que ce soit l'arbitre à fonder sa décision sur d'autres règles, et il est notoire, d'après la théorie et la pratique constantes, qu'une telle autorité ne peut se présumer ⁹⁵.

⁹³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt du 5 février 1970, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, par. 38 et 50. Voir également l'opinion individuelle de M. le juge Fitzmaurice, p. 78, par. 25 (« Il faut par conséquent considérer que le droit international est imparfait et sous-développé dans ce domaine car, alors qu'il retient la règle de l'« hégémonie » de la société et de son gouvernement, il n'offre pas les garanties et les solutions de rechange que le droit privé a instituées pour empêcher que l'hégémonie de la direction de la société ne conduise à des abus »).

⁹⁴ *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril, 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, p. 22.

⁹⁵ *Affaire Walfish Bay Boundary (Allemagne, Grande-Bretagne)*, sentence du 23 mai 1911, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, p. 294. Le tribunal a également fait observer que, s'agissant de l'interprétation du traité considéré, « il est nécessaire de décider de l'interprétation à donner de ces mots, en faisant appel aux principes généraux de droit, qui sont identiques aux principes du droit international, et selon lesquels pour établir l'intention qui inspire tel arrangement ou acte, il faut s'attacher à la valeur grammaticale des termes utilisés, aux

46. Dans l'affaire de *l'Indemnité russe* entre la Russie et la Turquie, le tribunal arbitral a déclaré que « le principe général de la responsabilité des États implique une responsabilité spéciale en matière de retard dans le paiement d'une dette d'argent, à moins d'établir l'existence d'une coutume internationale contraire »⁹⁶. De même, dans l'affaire *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co.*, le tribunal des réclamations (Grande-Bretagne-États-Unis) a dit pouvoir faire appel aux principes généraux du droit « à défaut de tous textes de loi spécifiques » en ces termes :

Il se peut que le droit international, ainsi que le droit interne ne prévoient pas, et ils en sont d'une manière générale dépourvus, de règles qui viennent spécialement régler telle ou telle affaire donnée, la jurisprudence se chargeant toutefois de départager les droits et intérêts en présence en appliquant, en l'absence de tout texte de loi spécifique, le corollaire que sont les principes généraux et de trouver ainsi [...] une solution au problème⁹⁷.

47. Dans l'affaire du *Canal de Beagle* opposant l'Argentine au Chili, le tribunal arbitral, reprenant les termes de la sentence en l'affaire de *l'Indemnité russe*, a déclaré que :

[...] la Cour considère qu'il est un principe général de droit prééminent qu'en l'absence de disposition expresse contraire, toute attribution de territoire opère *ipso facto* attribution des eaux appartenant au territoire attribué⁹⁸.

48. Dans l'affaire dite des *Procédures concernant la Convention OSPAR*, le tribunal arbitral, en déterminant le droit applicable au différend, a fait observer ce qui suit :

Il va sans dire que le tribunal a pour mission première d'appliquer la Convention OSPAR (Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est). Tout tribunal international, tel que le tribunal de céans, appliquerait également le droit international coutumier et les principes généraux, à moins et pour autant que les Parties aient créé quelque *lex specialis*⁹⁹.

49. Les juridictions pénales internationales ont également fait appel, à titre supplétif, aux principes généraux du droit à un certain nombre d'occasions. Dans l'affaire *Erdemović*, par exemple, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, ayant conclu qu'« aucune règle de droit international coutumier » ne traite de la question, a invoqué les principes généraux du droit pour se prononcer sur le moyen de défense tiré de la contrainte¹⁰⁰. Invoquant l'avis exprimé par le baron Descamps du Comité consultatif de juristes, la Chambre d'appel a observé que « l'un des objectifs [de l'article 38 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice] est d'éviter les situations de *non-liquet*, c'est-à-dire des situations dans

conséquences qu'emporte le fait de les interpréter dans un sens ou dans un autre et aux faits ou aux circonstances antérieures qui concourent à les expliquer » (ibid.).

⁹⁶ *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 441.

⁹⁷ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Grande-Bretagne c. États-Unis)*, sentence du 9 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 114 et 115.

⁹⁸ *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.

⁹⁹ *Différend (Irlande c. Royaume-Uni) relevant de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR)*, décision du 2 juillet 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, par. 84.

¹⁰⁰ *Le Procureur c. Drazen Erdemović*, n° IT-96-22-A, arrêt du 7 octobre 1997, par. 19, visant l'opinion individuelle conjointe des juges McDonald et Vohrah, par. 55 et 56.

lesquelles les travaux d'un tribunal se heurtent à l'absence de règles de droit applicables »¹⁰¹.

50. Toujours dans l'affaire *Erdmović*, relevant que la question de la durée de la peine d'emprisonnement pour crimes contre l'humanité n'était pas réglée par le Statut et le Règlement du Tribunal, une Chambre de première instance du Tribunal a jugé opportun de faire appel aux principes généraux du droit en présence d'une telle question :

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 encourue par les auteurs de crimes relevant de la compétence du Tribunal, notamment de 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 droit international ainsi que par les droits nationaux, expressions de principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.¹⁰²

51. Dans l'affaire *Furundžija*, une Chambre de première instance du Tribunal, tentant de dégager une définition du viol a, de même, fait observer ce qui suit :

[...] aucun autre élément que ceux mis en évidence ne peut être tiré du droit international conventionnel ou coutumier, de même que ne sont d'aucun secours les principes généraux du droit pénal international ou ceux du droit international. La Chambre de première instance estime, par conséquent, que pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis [...] il faut rechercher des principes de droit pénal communs aux grands systèmes juridiques¹⁰³.

52. Dans l'affaire *Kunarac*, s'agissant toujours de la définition du viol, une autre Chambre de première instance a estimé que :

[...] 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 viol¹⁰⁴.

53. Dans l'affaire *Kupreškić*, une Chambre de première instance a également fait observer ce qui suit :

[...] 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. La Chambre de première instance utilisera au besoin ces principes pour combler les lacunes du Statut du Tribunal international et du droit coutumier¹⁰⁵.

¹⁰¹ Ibid., par. 57.

¹⁰² *Le Procureur c. Erdemović*, n°IT-96-22-T, jugement portant condamnation du 29 novembre 1996, par. 26.

¹⁰³ *Le Procureur c. Anto Furundžija*, n°IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, par. 177.

¹⁰⁴ *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac et Zoran Vukovic*, n°IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, jugement du 22 février 2001, par. 439.

¹⁰⁵ *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et consorts*, n° IT-95-16-T, jugement du 14 janvier 2000, par. 677. Voir aussi par. 539.

54. Dans le dossier de la *Situation en République démocratique du Congo* devant la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, le Procureur a fait valoir que « l'absence de mécanisme permettant d'examiner les décisions de rejet ne peut s'expliquer que par l'existence d'un vide juridique. En tant que tel, ce vide doit être comblé par les principes généraux du droit applicables dans une telle situation et prévus en l'espèce à l'article 21-1-c du Statut »¹⁰⁶. Sans disconvenir avec un tel raisonnement, la Chambre d'appel a été d'avis que le principe général du droit invoqué par le Procureur ne se laissait pas identifier¹⁰⁷.

55. Dans l'affaire *Katanga*, une Chambre de première instance de la Cour pénale internationale a déclaré ce qui suit :

[...] l'article 21 du Statut établit une hiérarchie des sources du droit applicable et que, dans toute décision qu'elle est appelée à 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 Règlement¹⁰⁸.

56. Dans le dossier de la *Situation en République du Kenya*, au sujet d'un principe général du droit qui voudrait que le contrôle juridictionnel peut s'exercer relativement à un défaut d'enquêter et de poursuivre, une Chambre préliminaire de la Cour a, de même, fait observer ce qui suit :

La Chambre rappelle que l'article 21 du Statut qui vient règlementer les sources du droit applicable par la Cour, établit une hiérarchie desdites sources. Il désigne expressément en son paragraphe 1 a) le Statut comme la source de droit primaire. Une Chambre ne peut avoir recours aux sources secondaires visées aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 que lorsque la Chambre d'appel constate quelque lacune dans le texte du Statut ou du Règlement.

La Chambre observe qu'en son article 53 le Statut organise dans le détail la compétence attribuée à la Chambre de première instance de contrôler l'exercice par le Procureur des pouvoirs à lui conférés en matière d'enquête et de poursuite et délimite le champ de cette compétence. La Chambre n'estime donc pas être ici en présence d'une lacune qu'elle doit combler en ayant recours aux sources secondaires visées aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut ou en procédant à une interprétation constructive d'autres dispositions du Statut (par exemple, en combinant les articles 21 et 68 1) du Statut tel que proposé par les victimes)¹⁰⁹.

57. De plus, dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre d'appel de la Cour a déclaré ce qui suit :

[...] 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

¹⁰⁶ *Situation en République démocratique du Congo*, 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, par. 22.

¹⁰⁷ *Ibid.*, par. 32.

¹⁰⁸ *Le Procureur c. Germain Katanga*, n°ICC-01/04-01/07, jugement du 7 mars 2014 rendu en application de l'article 74 du Statut, par. 39.

¹⁰⁹ *Situation en République du Kenya*, n°ICC-01-09, Décision faisant suite à la « demande des victimes aux fins d'examen de la décision du Procureur portant cessation des actes d'enquête » en date du 5 novembre 2015, par. 17 et 18. (Décision non traduite par la CPI.).

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 international¹¹⁰.

58. La fonction supplétive de lacunes du droit des principes généraux du droit s'illustre également dans le domaine de l'arbitrage en matière d'investissement. Ainsi, en l'arbitrage *Inceysa c. El Salvador*, le tribunal a déclaré que les principes généraux du droit remplissent « une mission complémentaire au système juridique interne ou international »¹¹¹.

59. Les tribunaux arbitraux font également appel aux principes généraux du droit pour interpréter toutes normes de traités d'investissement obscures ou ambiguës. On a ainsi parfois jugé le contenu de la norme de traitement juste et équitable « difficile à cerner »¹¹². Dans ce contexte, les tribunaux arbitraux ont fait appel aux principes de bonne foi et d'attente légitime pour interpréter les dispositions pertinentes de traités d'investissement bilatéraux¹¹³. Ainsi, à l'occasion de l'arbitrage *Sempra Energy International c. Argentine*, le tribunal a fait observer ce qui suit :

¹¹⁰ *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n°ICC-01/04-01/06 OA 16, arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision de la Chambre de première instance I du 14 juillet 2009 intitulée « Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour », 8 décembre 2009, par. 80 et 81. Voir également *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et cons.*, n°ICC-01/09-02/11 OA 4, Décision relative à « la demande aux fins de plaidoiries sur la compétence en vertu de la règle 156-3 » en date du 1^{er} mai 2012, par. 11 ; *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, n°ICC-01/09-01/11 OA 7 OA 8, arrêt relatif aux appels interjetés par William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang contre la Décision de la Chambre de première instance V A) du 17 avril 2014 intitulée « Décision relative à la requête du Procureur aux fins de la convocation de témoins et demande subséquente de coopération d'un État partie » en date du 9 octobre 2014, par. 105 ; *Le Procureur c. Germain Katanga*, n° ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, arrêt relatif à l'appel interjeté contre l'ordonnance de la Chambre de première instance II du 24 mars 2017 intitulée « Ordonnance portant réparations en vertu de l'article 75 du Statut » en date du 8 mars 2018, par. 148 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et cons.*, n°ICC-01/05-01/13 A6 A7 A8 A9, arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur, Jean-Pierre Bemba Gombo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido contre la décision de la Chambre de première instance VII intitulée « Décision relative à la sentence en vertu de l'article 76 du Statut » en date du 8 mars 2018, par. 76.

¹¹¹ *Inceysa Vallisoletana, S.L. c. El Salvador*, CIRDI, affaire n° ARB/03/26, sentence du 2 août 2006, par. 228, citant C. Arellano García, *Derecho Internacional Privado* (Editorial Porrúa, 1980), p. 87.

¹¹² *Crystallex International Corporation c. République bolivarienne du Venezuela*, CIRDI, affaire n°ARB(AF)/11/2, sentence du 4 avril 2016, par. 539 ; *Saluka Investments BV (Pays-Bas) c. La République tchèque*, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), sentence partielle du 17 mars 2006, par. 297 ; *Ioan Micula, Viorel Micula & others c. Roumanie*, CIRDI affaire n°ARB/05/20, sentence du 11 décembre 2013, par. 504.

¹¹³ Voir, par exemple, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. États-Unis du Mexique*, CIRDI, affaire n°ARB(AF)/00/2, sentence du 29 mai 2003, par. 153 et 154 ; *Total S.A. c. République argentine*, CIRDI affaire n°ARB/04/01, Décision relative à la responsabilité du 27 décembre 2010, par. 128 ; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. République du Liban*, CIRDI, affaire n°ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, par. 166 ; *Crystallex International Corporation c. République bolivarienne du Venezuela* (voir *supra* note 113), par. 546.

La norme du traitement juste et équitable est loin d'être claire et précise, ce qui s'explique par ceci que le droit international n'est lui-même pas davantage clair et précis à propos du traitement à réserver aux ressortissants, commerçants et investisseurs étrangers, les normes applicables en la matière s'étant progressivement dégagées au fil des siècles. Le droit international coutumier, les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les traités d'investissement bilatéraux plus récents ont tous contribué à cette évolution. Il n'est pas jusqu'aux règles qui sembleraient s'être cristallisées telle que celle du déni de justice, qui ne soient de nos jours empreintes d'incertitude¹¹⁴.

60. Le tribunal conclura que « [l]e principe de bonne foi [...] sert de boussole s'agissant de saisir et d'interpréter le sens d'obligations, comme sous l'empire de codes civils »¹¹⁵.

61. Certains États invoquent également la fonction supplétive des principes généraux du droit à l'occasion de leurs conclusions devant les juridictions internationales. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, par exemple, le Danemark et les Pays-Bas ont rejeté l'applicabilité du principe général du droit invoqué par l'Allemagne (principe de la part juste et équitable) en ces termes :

Une objection tout aussi fondamentale à l'invocation par la République fédérale du paragraphe 1 c) de l'article 38 tient en ceci qu'il n'est nullement question ici de l'absence de tout principe de droit international applicable par référence auquel doivent être tranchées les questions suscitées par les affaires dont la Cour est saisie. De l'avis des deux gouvernements, les principes et règles de droit international pertinents sont ceux consacrés dans l'article 6 de la Convention sur le plateau continental ; et l'application de l'exception de circonstances spéciales doit s'apprécier par référence aux indications résultant des travaux de la Commission du droit international, de la Conférence de Genève et de la pratique des États. Ces indications [...] fournissent des critères assez précis pour permettre de déterminer l'existence ou non dans les présentes espèces de « quelque circonstance spéciale justifiant le tracé d'une autre ligne frontalière ».

[...] Les deux gouvernements sont également d'avis que même si la Cour considérait que les principes et règles du droit international ne s'appliquent pas entre les Parties, il ne saurait être question de *non liquet* dans les présentes espèces. Ils font valoir qu'en ce cas la Cour n'aurait clairement qu'à déterminer les principes et règles du droit international applicables en se référant au choix de mots utilisé pour définir les conditions entourant l'exercice des droits exclusifs de l'État côtier sur le plateau continental adjacent consacrés aux articles 1 et 2 de la Convention sur le plateau continental [...] De l'avis des deux gouvernements, ces principes en eux-mêmes, offrent une règle objective tout à fait appropriée s'agissant de déterminer la délimitation de frontières sur le plateau continental¹¹⁶.

62. Il est des traités qui éclairent également la fonction supplétive de lacunes du droit des principes généraux du droit. Encore que l'on puisse dire qu'il est spécifique au droit pénal international et qu'il est rédigé différemment du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, le texte de l'article 21 du

¹¹⁴ *Sempra Energy International c. République argentine*, CIRDI, affaire n° ARB/02/16, sentence du 28 septembre 2007, par 296.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 298.

¹¹⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, Duplique commune du Danemark et des Pays-Bas, par. 118 et 119.

Statut de la Cour pénale internationale consacre généralement la vocation supplétive de lacunes du droit attribuée aux principes généraux du droit :

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 reconnues¹¹⁷.

63. Enfin, des juges ont évoqué la fonction supplétive des principes généraux du droit à l'occasion de leurs opinions. Ainsi, dans l'affaire *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, à propos du principe de l'autorité de la chose jugée, le juge Anzilotti a fait observer ce qui suit :

[...] il me semble que s'il y a un cas dans lequel il est justifié d'avoir recours, faute de conventions et de coutumes, aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », dont parle le n°3 de l'article 38 du Statut, ce cas est assurément le nôtre¹¹⁸.

64. Dans l'affaire des *Pêcheries*, le juge Alvarez a, de même, fait observer ce qui suit :

D'après une doctrine uniforme, les tribunaux judiciaires internationaux, en l'absence de principes conventionnels ou coutumiers sur une matière donnée, doivent appliquer les *principes généraux du droit*. L'article 38 du Statut de la Cour consacre expressément cette doctrine¹¹⁹.

65. Dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, évoquant l'interprétation de la déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice faite par la France, le juge Lauterpacht a observé ce qui suit :

La pratique internationale en la matière n'est pas assez abondante pour permettre d'essayer avec confiance une généralisation, et on est fondé à rechercher l'aide des principes généraux du droit élaborés en droit interne. Ce principe général de droit est qu'il est légitime – et peut-être obligatoire – de séparer une condition nulle du reste de l'acte et de traiter ce dernier comme

¹¹⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n°38544. p.3. Voir également l'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, n°26363, p.217) (« 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 »). Voir en outre l'Étude du Secrétariat (A/CN.4/742), par. 48 à 58 et 85.

¹¹⁸ *Interprétation des arrêts n°7 et 8 (Usine de Chorzów)*, arrêt du 16 décembre 1927, CPJI Série A, n°13, opinion dissidente du juge Anzilotti, p. 27.

¹¹⁹ *Affaire des pêcheries, arrêt du 18 décembre, 1951. C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, opinion individuelle du juge Alvarez, p. 147.

valable pourvu que, eu égard à l'intention des Parties et à la nature de l'acte, la condition en question n'en constitue pas un élément essentiel¹²⁰.

66. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, le juge Ammoun, ayant conclu que les parties au différend n'étaient pas liées par la règle édictée à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental¹²¹ (en tant que règle conventionnelle ou coutumière), a fait observer qu'« [a]insi faut-il se reporter, en dernière analyse, aux principes généraux du droit reconnus par les nations »¹²², relevant en particulier ce qui suit :

[...] il y a une lacune dans le droit international lorsque la délimitation n'est prévue ni par une convention générale applicable [art. 38, par. 1 a)] ni par une coutume générale ou régionale [art. 38, par. 1 b)]. Il reste le paragraphe 1 c), qui paraît aider à combler la lacune.¹²³

67. On a également fait appel aux principes généraux du droit pour suppléer toutes lacunes s'agissant d'interpréter des concepts nouveaux qui n'ont pas une signification établie en droit international. Dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain*, pour déterminer la nature juridique du régime des mandats et du concept de « mission sacrée de civilisation » résultant de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, le juge McNair a invoqué les principes généraux du droit en ces termes :

Que doit faire une Cour internationale lorsqu'elle se trouve en présence d'une nouvelle institution juridique dont l'objet et la terminologie rappellent les règles et institutions du droit privé ? Dans quelle mesure est-il utile ou nécessaire d'examiner ce qui peut apparaître à première vue comme des analogies pertinentes avec les systèmes de droit interne et d'y chercher aide et inspiration ? Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses institutions. L'article 38 1) c) du Statut de la Cour témoigne que cette méthode est toujours en usage et l'on observera que cet article autorise la Cour à « appliquer [...] c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »¹²⁴.

68. On notera que les exemples cités ci-dessus intéressent des affaires à l'occasion desquelles on a invoqué plus ou moins expressément la fonction supplétive de lacunes du droit des principes généraux du droit. Il en est d'autres proposés dans les premier et deuxième rapports qui ne visent pas spécialement cette fonction auxiliaire. Toutefois, il ressort du contexte desdites affaires, en particulier du fait que l'on vise ou applique des principes généraux du droit lorsqu'il n'existe aucun traité ni aucune coutume applicables, ou lorsque les règles conventionnelles et coutumières du droit international sont impuissantes à régler tel point de droit précis ou tel point de litige, que la logique suivie est la même.

69. La pratique évoquée ci-dessus suscite certaines observations. Premièrement, il paraît bien établi que les principes généraux du droit remplissent une fonction supplétive de lacunes du droit. Le paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour

¹²⁰ *Affaire relative à certains emprunts norvégiens, arrêt du 6 juillet 1951 : C.I.J. Recueil 1957*, p. 9, opinion individuelle du juge Lauterpacht, p. 56 et 57.

¹²¹ Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, n°7302, p. 311.

¹²² *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, opinion individuelle du juge Ammoun, par. 32.

¹²³ Ibid. Voir également *Sud-Ouest africain, Deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, C.I.J. Recueil*, p. 6, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 299 (« si l'article 38, paragraphe 1 c), peut jouer un rôle important en comblant les lacunes des sources positives du droit afin d'éviter des décisions du type *non liquet*, c'est uniquement dans la mesure où cette disposition a trait au droit naturel »).

¹²⁴ *Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif du 11 juillet 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 128, opinion individuelle du juge McNair, p. 148.

internationale de Justice ne mentionne pas cette fonction et on se souviendra qu'au moment de la rédaction du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, des versions initiales de l'article 38 indiquant l'ordre dans lequel on devrait faire application des trois sources du droit international n'avaient pas été retenues¹²⁵. En effet, l'article 35 de l'avant-projet proposé par le Comité consultatif de juristes comportait en son chapeau les mots « en ordre successif ». Lors des débats du Comité, on avait fait observer que « [l]a formulation adoptée [...] représente seulement l'ordre logique dans lequel ces sources se présenteront à l'esprit du juge »¹²⁶. Les États au sein du Conseil et de l'Assemblée de la Société des Nations supprimeront les mots « en ordre successif »¹²⁷. Il semble toutefois se dégager un consensus général quant à la manière dont la disposition en question est interprétée et appliquée dans la pratique et comprise par la doctrine : on a généralement recours aux principes généraux du droit en l'absence de traité et de coutume ou lorsque les règles du droit conventionnel et coutumier gouvernant telle matière n'offrent cependant pas de solution à tel ou tel point de droit donné¹²⁸. Qu'il existe de telles lacunes, rien de plus naturel à cela : la société étant en constante mutation, il est difficile, voire impossible, d'envisager tous les scénarios où telle règle de droit trouverait à s'appliquer.

70. Le Rapporteur spécial tient à souligner que d'autres sources du droit international sont susceptibles de remplir une fonction supplétive. En effet, il se peut fort bien que, dans certains cas, telle règle conventionnelle ou coutumière vienne combler quelque lacune dans certains domaines du droit¹²⁹. Toutefois, dans le contexte des principes généraux du droit, il n'est pas douteux que les rédacteurs du

¹²⁵ Voir [A/CN.4/732](#), par. 90 à 109. En revanche, il convient de rappeler que l'on a exprimé l'avis que les trois sources du droit international devaient en tout état de cause, s'appliquer simultanément. Voir Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920* (La Haye, Van Langenhuysen Bros., 1920), p. 332 et 336 (Ricci-Busatti déclarant que le juge « doit tenir compte simultanément des diverses sources du droit, l'une complétant l'autre » et Descamps estimant qu'« il faut appliquer cumulativement les différentes sources du droit. Cela peut être vrai dans un cas donné. Néanmoins une classification graduée s'impose »).

¹²⁶ *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920* (voir note précédente), p. 333 (Phillimore).

¹²⁷ *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente* (1921), p. 145.

¹²⁸ Selon certains auteurs, l'ordre des sources énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut peut s'expliquer par référence : i) à l'ordre décroissant de facilité de leur preuve ; ii) à l'ordre décroissant de leur spécificité ; et iii) au degré de consensualisme de chaque source. Voir Pellet et Müller, « Article 38 », p. 932, citant P-M- Dupuy, « La pratique de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice dans le cadre des plaidoiries écrites et orales », in *Recueil d'articles de conseillers juridiques d'États, d'organisations internationales et de praticiens du droit international* (Nations Unies, New York, 1999), p. 381 et 388. En revanche, pour Pellet et Müller, le fait que telle règle soit fondée (plus directement) sur le consentement de l'État ne signifie pas qu'elle prime d'autres normes (ibid., p. 933). Ils citent à cet égard Ago, selon qui « [l]e droit de formation spontanée n'est ni moins réellement existant, ni moins certain, ni moins valable, ni moins observé, ni moins efficacement garanti que celui qui est créé par des faits normatifs spécifiques ; au contraire, justement la spontanéité de son origine est plutôt la cause d'une observation plus spontanée et, par conséquent, plus réelle ». Voir R. Ago, « Droit positif et droit international », dans *Annuaire français de droit international*, vol. 3 (1957), p. 62.

¹²⁹ Il convient de rappeler que la Conclusion 15 des Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international » voit dans la vocation supplétive de lacunes du droit l'un des rôles du « droit général » dans les « régimes spéciaux » : « Le champ d'application du droit spécial est par définition plus étroit que celui du droit général. Il arrivera donc souvent qu'une question non régie par un droit spécial se pose au sein des institutions chargées de l'administrer. Dans de tels cas, le droit général pertinent sera applicable ». Voir *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 251, p. 188.

Statut de la Cour permanente de Justice internationale avaient en vue de leur assigner pour vocation de venir combler les lacunes du droit et de permettre d'éviter le *non liquet*¹³⁰ et que c'est là généralement l'usage qui en est fait dans la pratique. Il appert donc que la vocation supplétive de lacunes du droit est inhérente à cette source du droit international. Autrement dit, on pourrait dire que les principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour ont pour vocation ou fonction essentielle de combler les lacunes du droit dans l'ordre international.

71. Deuxièmement, il est important de souligner que les principes généraux du droit ne remplissent de fonction supplétive de lacunes du droit que pour autant qu'ils existent et puissent être identifiés. Le deuxième rapport¹³¹ offre des exemples de cas où l'on n'avait pu identifier aucun principe général du droit, soit parce que l'on n'avait pu établir l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques, soit parce que l'on n'avait pas jugé tel principe transposable dans l'ordre juridique international. Toutes les lacunes du droit ne sont nécessairement pas susceptibles d'être comblées par quelque principe général du droit¹³². On notera à cet égard que les principes généraux du droit peuvent dériver de l'ordre juridique interne comme de l'ordre juridique international.

72. Une troisième observation a trait à la notion de *non liquet* (du latin « ce n'est pas clair »), qui vise la situation où le juge ne peut statuer en raison de l'insuffisance de la loi. De l'avis du Rapporteur spécial, il ressort de l'analyse effectuée à ce stade que la fonction supplétive de lacunes du droit assignée aux principes généraux du droit s'explique, du moins en pratique, par la volonté de prévenir de telles situations. Toutefois, deux remarques s'imposent ici. Premièrement, ainsi que le Rapporteur spécial l'a fait observer dans son premier rapport, les principes généraux du droit ne doivent pas être envisagés selon une perspective strictement contentieuse¹³³. Rien n'interdit, par exemple, à deux États de faire appel à tel principe général du droit pour régler tel point de droit à l'occasion d'un différend bilatéral, s'ils jugent ledit principe pertinent. Il faudrait ainsi interpréter largement la fonction supplétive des principes généraux du droit comme s'entendant de la vocation à combler les lacunes du droit non seulement en matière contentieuse internationale mais également en d'autres matières. La notion de *non liquet* étant circonscrite à la matière contentieuse, on pourrait dire qu'elle ne vient expliquer qu'en partie le rôle des principes généraux du droit dans l'ordre juridique international¹³⁴.

73. Deuxièmement, le Rapporteur spécial juge sans intérêt pour la Commission de débattre de la question de savoir s'il existe une prohibition générale du *non liquet* en droit international. La doctrine qui s'intéresse de longue date à cette question¹³⁵ est

¹³⁰ Voir *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-24 juillet 1920 (voir *supra* note 126), p. 307, 318, 319 et 323.

¹³¹ A/CN.4/741 et Corr. 1, par. 47 à 49 et 76 à 81.

¹³² Pour reprendre la formule d'un membre de la Commission, il n'est pas « obligatoire de combler les lacunes » du droit international en ayant recours aux principes généraux du droit. Voir l'intervention de M. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, p. 15).

¹³³ A/CN.4/732, par. 126.

¹³⁴ Selon un auteur, « [l]e *non liquet* étant le corollaire et l'expression de quelque vide ou lacune dans le droit, la théorie des lacunes du droit international et celle du *non liquet* sont les deux faces de la même monnaie ». Voir P. Weil, « The Court Cannot Conclude Definitively' ... *Non Liquet* Revisited », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36 (1998), p. 110.

¹³⁵ Voir, par exemple, Weil, « The court cannot conclude definitively' ... *Non liquet* revisited » ; U. Fastenrath, *Lücken im Völkerrecht: Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1991) ; G. Fitzmaurice, « The Problem of *Non Liquet*: Prolegomena to a Restatement », in Rousseau (dir. publ.), *Mélanges offerts à Charles Rousseau : La communauté internationale* (Paris, Pedone, 1974), p. 89 à 112 ; W. M. Reisman, « International Non Liquet : recrudescence and transformation », *International Lawyer*, vol. 3 (1969), p. 770 à 786 ; H. Lauterpacht, « Some

divisée sur des points complexes dont celui de la complétude du système juridique international. Aux fins du présent sujet, il suffira à la Commission d'observer que les principes généraux du droit ont pour fonction de combler les lacunes du droit et sont donc en droit international le moyen d'éviter qu'il soit prononcé de *non liquet* en présence de quelque litige, peu importe que le *non liquet* soit prohibé ou non.

II. Les principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international

74. Ayant envisagé les principes généraux du droit sous l'angle de leur fonction supplétive de lacunes du droit, le Rapporteur spécial en vient maintenant à un aspect connexe et crucial du présent sujet, celui des principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international, en particulier les traités et la coutume.

75. Les rapports entre les différentes sources du droit international constituent une matière complexe embrassant des questions très diverses. Aux fins du présent sujet, le Rapporteur spécial s'intéressera tour à tour en particulier aux trois questions majeures suivantes : a) l'absence de hiérarchie des trois sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ; b) la possible coexistence de principes généraux du droit et de règles conventionnelles et coutumières ; c) le jeu du principe de la *lex specialis* dans le contexte des principes généraux du droit.

A. L'absence de hiérarchie entre les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit

76. On s'accorde à dire qu'il n'existe pas de hiérarchie des trois sources de droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice¹³⁶. Au cours des débats consacrés au présent sujet, un certain nombre de membres de la Commission et d'États au sein de la Sixième Commission en ont soutenu la thèse¹³⁷. En effet, rien dans cette disposition ou dans les travaux

observations on the prohibition of '*non liquet*' and the completeness of the law », in F. M. van Asbeck (dir. publ.), *Symbolae Verzijl : Présentées au Prof. J. H. W. Verzijl à l'occasion de son LXX^e anniversaire* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1958), p. 196 à 221 ; L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international : Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958) ; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community* (Oxford, Clarendon, 1933).

¹³⁶ Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 », in A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), p. 935 ; P. Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules », in Andenas *et al.* (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law*, p. 49 ; Bassiouni, « A Functional approach to 'general principles of international law' », p. 781 à 783 ; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 20 à 22 ; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, p. 20 ; V. D. Degan, *Sources of International Law* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1997), p. 5 ; Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », p. 108.

¹³⁷ Voir, par exemple, les déclarations (de 2019) de l'Australie (A/C.6/74/SR.31, par. 90) ; de l'Inde (A/C.6/74/SR.32, par. 94), de Micronésie (États fédérés) (A/C.6/74/SR.32, par. 54) et du Portugal (A/C.6/74/SR.32, par. 84) ; Voir également les déclarations (de 2021) d'El Salvador (A/C.6/76/SR.23, par. 128) ; de l'Inde (A/C.6/76/SR.24, par. 30) et du Portugal (A/C.6/76/SR.23, par. 81. Voir en outre A/CN.4/746, par. 64 (« Si certaines délégations ont estimé qu'il ne fallait pas hiérarchiser les sources de droit international, d'autres ont fait valoir que les principes généraux du droit ne devraient être invoqués que lorsque aucune règle conventionnelle ou de droit international coutumier ne s'appliquait à une situation donnée »).

préparatoires y relatifs n'indique qu'il en existerait une¹³⁸. S'il juge cette proposition non controversée, le Rapporteur spécial estime utile de s'arrêter encore sur quelques questions dans le contexte des principes généraux du droit.

77. Il convient de rappeler que des Conclusions du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international il résulte ce qui suit :

Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques. Il n'est pas d'une manière générale approprié de raisonner par analogie avec le caractère hiérarchique du système juridique interne en raison des différences entre les deux systèmes. Cela étant, certaines règles de droit international sont plus importantes que d'autres, ce qui leur confère une position supérieure ou un statut spécial dans le système juridique international. C'est ce que l'on exprime parfois en désignant certaines normes comme « fondamentales » ou comme l'expression de « considérations élémentaires d'humanité » ou de « principes intransgressibles du droit international ». L'effet que peuvent avoir de telles désignations est habituellement déterminé par le contexte ou l'instrument précis dans lequel la désignation apparaît¹³⁹.

78. Pour expliquer les types de rapports hiérarchiques susceptibles d'exister en droit international, le Groupe d'étude a convoqué en particulier les normes de *jus cogens*, d'une part, et l'article 103 de la Charte des Nations Unies, d'autre part¹⁴⁰.

79. De l'avis du Rapporteur spécial, la position adoptée par le Groupe d'étude emporte généralement l'adhésion. Mis à part les normes de *jus cogens* et les traités qui peuvent prendre rang avant d'autres règles du droit international (par exemple, la Charte des Nations Unies), il n'existe aucune hiérarchie entre les différentes sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. De ce point de vue, on peut dire que les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit coexistent normalement sur un pied d'égalité.

80. La question pourrait cependant se poser de savoir s'il pourrait néanmoins exister quelque autre forme de hiérarchie entre les principes généraux du droit et les deux

¹³⁸ Il convient de rappeler qu'à l'occasion du débat du Comité consultatif de juristes sur les mots « en ordre successif » du chapeau de l'article 38, Phillimore a fait remarquer que l'ordre dans lequel les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit sont énumérés « représente seulement l'ordre logique dans lequel ces sources se présenteront à l'esprit du juge ». En outre, Ricci-Busatti a exprimé la crainte que les mots en question « pourraient aussi suggérer l'idée que le juge ne serait pas autorisé à puiser à une source donnée, par exemple, dans le cas n° 3, avant d'avoir appliqué les Conventions et les coutumes mentionnées respectivement dans les n° 1 et 2, ce qui serait méconnaître les intentions du Comité ». Voir *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920* (voir *supra* note 126), p. 333 et 337. Voir également Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 22 et 23 (« L'ordre dans lequel les éléments constitutifs du droit international sont énumérés [...] loin de représenter quelque hiérarchie judiciaire vient uniquement indiquer l'ordre dans lequel ces éléments se présenteraient à l'esprit du juge international appelé à trancher tout différend conformément au droit. Rien n'interdit à ces trois catégories de règles et principes du droit international de venir simultanément à l'esprit du juge »).

¹³⁹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 251, p. 191, conclusion 31.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 191 à 193, conclusions 32 à 42. Voir également le projet de conclusion 3 des projets de conclusions sur les normes impératives du droit international général (*jus cogens*), actuellement en examen par la Commission, *A/74/10*, par. 56 (« Les normes impératives du droit international général (*jus cogens*) reflètent et protègent les valeurs fondamentales de la communauté internationale, sont hiérarchiquement supérieures aux autres règles du droit international et sont universellement applicables »).

autres sources sous le double rapport : a) du critère de compatibilité s'agissant de déterminer si tous principes communs aux différents systèmes du monde peuvent être transposés dans l'ordre juridique international et b) de la fonction supplétive de lacunes du droit des principes généraux du droit. Pour le Rapporteur spécial, on ne saurait dire qu'il existe quelque hiérarchie ici, et ce, pour les motifs ci-après.

81. Premièrement, en ce qui concerne le critère de compatibilité aux fins de transposition, on gardera à l'esprit que ce critère vient non pas tant situer les principes généraux du droit dans un rapport de subordination ou d'infériorité hiérarchique vis-à-vis des traités et de la coutume que démontrer que la condition de reconnaissance édictée au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est satisfaite. Ainsi qu'il est dit dans la première partie, la reconnaissance opère à deux niveaux : au niveau interne, tout principe devant être accepté par les différents systèmes juridiques du monde et au niveau international, dès lors que l'ensemble des nations reconnaissent implicitement que ledit principe est susceptible de trouver application dans l'ordre juridique international ou se prête à y être appliqué, cette reconnaissance implicite résultant des règles et principes du droit international acceptés par les États, qui constitue le cadre dans lequel tout principe général du droit est censé trouver à s'appliquer et combler toutes lacunes.

82. Deuxièmement, s'agissant de la vocation supplétive de lacunes du droit des principes généraux du droit, le Rapporteur spécial considère qu'elle ne vient pas non plus instituer un rapport hiérarchique entre les principes généraux du droit, d'une part, et les traités et la coutume, d'autre part. De ce que l'on puisse faire usage de telle règle ou tel principe pour combler quelque lacune du droit on ne saurait conclure qu'il existe quelque relation de subordination. Comme on le verra sous la section C du chapitre III ci-après, la vocation supplétive de lacunes du droit des principes généraux du droit peut mieux s'appréhender sous l'angle du principe du *lex specialis*.

B. Possible coexistence des principes généraux du droit et des règles conventionnelles et coutumières

83. Autre question qui appelle quelque éclaircissement, il serait bon de savoir si les principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles de droit international conventionnelles ou coutumières identiques ou similaires. On a pu voir dans les principes généraux du droit une source transitoire en ce sens que, dès lors qu'ils sont codifiés dans un traité ou que sont réunies les conditions tenant à la pratique des États et à l'*opinio juris*, ces principes secrètent une règle de droit international coutumier, tombent en désuétude ou cessent d'exister. Cette proposition paraît cependant inexacte.

84. D'emblée, il convient de rappeler que la Cour internationale de Justice a déjà traité de la question de la coexistence de règles provenant de différentes sources, en particulier de traités et de la coutume. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a fait observer ce qui suit :

La Cour ne considère pas que, dans les domaines juridiques intéressant le présent différend, il soit possible de soutenir que toutes les règles coutumières susceptibles d'être invoquées ont un contenu exactement identique à celui des règles figurant dans les conventions dont le jeu de la réserve des États-Unis interdit l'applicabilité. Sur plusieurs points, les domaines réglementés par les deux sources de droit ne se recouvrent pas exactement et les règles substantielles qui les expriment n'ont pas un contenu identique. Mais de plus, lors même qu'une norme conventionnelle et une norme coutumière intéressant le présent litige auraient exactement le même contenu, la Cour ne verrait pas là une raison de considérer que l'intervention du processus conventionnel doit

nécessairement faire perdre à la norme coutumière son applicabilité distincte. Et la réserve relative aux traités multilatéraux ne peut pas non plus être interprétée comme signifiant que, si elle s'applique à un différend déterminé, elle exclut la prise en considération de toute règle coutumière d'un contenu identique ou analogue à celui de la règle conventionnelle dont l'application a fait jouer la réserve.

À propos de l'identité supposée des domaines recouverts par les deux sources de droit, la Cour observe que, s'agissant de la Charte des Nations Unies, sur laquelle les États-Unis fondent principalement leur argumentation, bien loin de couvrir la totalité du domaine de la réglementation de l'usage de la force dans les relations internationales ce traité renvoie lui-même, sur un point essentiel, au droit coutumier préexistant ; ce rappel du droit international coutumier est exprimé par le texte même de l'article 51 mentionnant le « droit naturel » [...] de légitime défense, individuelle ou collective, auquel « aucune disposition de la [...] Charte ne porte atteinte » et qui joue en cas d'agression armée. La Cour constate donc que l'article 51 de la Charte n'a de sens que s'il existe un droit de légitime défense « naturel » ou « inhérent », dont on voit mal comment il ne serait pas de nature coutumière, même si son contenu est désormais confirmé par la Charte et influencé par elle. De plus, ayant reconnu elle-même l'existence de ce droit, la Charte n'en régleme pas directement la substance sous tous ses aspects. Par exemple, elle ne comporte pas la règle spécifique-pourtant bien établie en droit international coutumier- selon laquelle la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie, et nécessaires pour y riposter. D'autre part, la définition de l'« agression armée » dont la constatation autorise la mise en œuvre du « droit naturel » de légitime défense n'est pas énoncée par la Charte et ne fait pas partie du droit conventionnel. Il n'est donc pas possible de soutenir que l'article 51 soit une disposition qui « résume et supplante » le droit international coutumier. Plutôt atteste-t-elle que, dans le domaine considéré, dont il n'est pas besoin de souligner l'importance pour le présent différend, le droit coutumier continue d'exister à côté du droit conventionnel. Les domaines réglementés par l'une et par l'autre source de droit ne se recouvrent donc pas exactement et les règles n'ont pas le même contenu. La démonstration pourrait être faite également à propos d'autres matières et en particulier du principe de non-intervention.

[...] Mais, comme il a été indiqué plus haut [...] quand bien même la norme coutumière et la norme conventionnelle auraient exactement le même contenu, la Cour n'y verrait pas une raison de considérer que l'incorporation de la norme coutumière au droit conventionnel doive lui faire perdre son applicabilité distincte. L'existence de règles identiques en droit international conventionnel et coutumier a été clairement admise par la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. Dans une large mesure, ces affaires portaient même sur le point de savoir si une règle énoncée dans une convention n'aurait fait que codifier la coutume ou l'aurait « cristallisée », soit parce qu'elle aurait influencé son adoption ultérieure. La Cour a déclaré que cette identité de contenu entre le droit conventionnel et le droit international coutumier n'existait pas dans le cas de la règle invoquée, figurant dans un seul article du traité, mais elle n'a nullement prétendu qu'elle fût exclue par principe [...] Plus généralement, on ne voit aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve « supplanté » par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre.

[...]

Il est donc clair que les règles du droit international coutumier conservent une existence et une applicabilité autonomes par rapport à celles du droit international conventionnel lors même que les deux catégories de droit ont un contenu identique¹⁴¹.

85. De l'avis du Rapporteur spécial, dès lors – ainsi qu'il ressort du chapitre précédent – qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les traités, la coutume et les principes généraux du droit, rien ne justifie de s'écarter de la solution retenue par la Cour en ce qu'elle envisage que les principes généraux du droit et des règles de droit international provenant des deux autres sources de droit puissent coexister. Suivant cette solution, on peut dire que lorsque tel principe général du droit a un contenu identique ou analogue à celui de telle règle conventionnelle ou coutumière : a) la règle conventionnelle ou coutumière en question ne vient pas nécessairement supplanter ledit principe général du droit et b) le principe général du droit conserve une applicabilité autonome et distincte¹⁴².

86. La pratique n'offre pas, semble-t-il, d'exemples d'affaires à l'occasion desquelles ces questions sont évoquées expressément. Il est toutefois divers exemples d'application ou d'invocation de principes généraux du droit au contenu identique ou analogue à celui de règles conventionnelles ou coutumières. On citera à cet égard l'exemple du principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) dans lequel la Cour internationale de Justice a vu, à diverses occasions, à la fois un principe général du droit et une règle résultant de son Statut. En l'affaire de la *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie*, par exemple, la Cour a rappelé que :

¹⁴¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, fond, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, par. 175 à 177 et 179. Voir également par. 178 (« De nombreuses raisons conduisent à considérer que, même si deux normes provenant de deux sources du droit international apparaissent identiques par leur contenu, et même si les États considérés sont liés par les règles en question sur les deux plans conventionnel et coutumier, ces normes conservent une existence distincte. Il en est ainsi du point de vue de leur applicabilité. Dans un différend juridique intéressant deux États, l'un d'eux peut faire valoir que l'applicabilité à sa propre conduite d'une règle conventionnelle dépend de la conduite de l'autre État à propos de l'application d'autres règles portant sur des matières différentes mais incluses dans la même convention. Par exemple, si un État exerce son droit de suspendre l'exécution d'un traité ou d'y mettre fin parce que l'autre partie a violé (aux termes de l'article 60, paragraphe 3 b), de la convention de Vienne sur le droit des traités) « une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité », il est dispensé d'appliquer une règle conventionnelle par rapport à l'autre État en raison du manquement à une règle conventionnelle différente commis par celui-ci. Mais si les deux règles en question existent aussi en droit international coutumier, le fait que l'un des États n'en a pas appliqué une ne justifie pas l'autre État à refuser d'appliquer la seconde. Par ailleurs, des règles identiques en droit conventionnel et en droit international coutumier se distinguent aussi du point de vue des méthodes employées pour leur interprétation et leur application. Un État peut accepter une règle contenue dans une convention non pas simplement parce qu'il est favorable à l'application de la règle elle-même, mais parce qu'en outre les institutions ou mécanismes prévus pour assurer le respect des règles de cette convention lui paraissent opportuns. Si la règle dont il s'agit correspond à une règle coutumière, deux règles de même contenu sont traitées différemment, pour ce qui est des organes chargés d'en contrôler la mise en œuvre, selon qu'elles sont l'une coutumière et l'autre conventionnelle. Le présent différend illustre ce point »).

¹⁴² C'est vrai, si tel principe général du droit est codifié dans un traité ou secrète une règle de droit international coutumier, dans la pratique il suffira sans doute souvent d'avoir recours au traité ou à la règle coutumière en question pour régler tel différend. Il ne s'ensuit cependant que le principe général du droit en question cesse d'exister ou perd tout intérêt. Dans certains cas, ledit principe général du droit pourrait, par exemple venir orienter utilement toute opération d'interprétation et étayer le raisonnement juridique. Sur ce sujet, voir également I. Skomerska-Muchowska, « Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of customary and treaty law », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 37 (2017), p. 256 et 257.

[...] le principe de l'autorité de la chose jugée, tel que reflété aux articles 59 et 60 de son Statut, est un principe général de droit qui protège en même temps la fonction judiciaire d'une cour ou d'un tribunal et les parties à une affaire qui a donné lieu à un jugement définitif et sans recours [...] Ce principe consacre le caractère définitif de la décision adoptée dans une affaire déterminée¹⁴³.

87. Autre exemple, la Cour a évoqué la coexistence d'une règle consacrée par son Statut et d'un principe général du droit en l'affaire *Nottebohm* à l'occasion de laquelle elle a fait observer ce qui suit à propos du principe dit de *compétence-compétence* :

L'article 36, paragraphe 6 [du Statut], suffit à conférer à la Cour le pouvoir de statuer sur sa compétence dans le cas présent. Même si tel n'était pas le cas, la Cour, « dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (article 38, paragraphe 1, du Statut), devrait suivre à cet égard ce que prescrit le droit international commun. Or le caractère judiciaire de la Cour et la règle de droit international commun qui a été précédemment rappelée suffisent à établir que la Cour est compétente pour statuer sur sa propre compétence en la présente affaire¹⁴⁴.

88. D'autres juridictions ont également trouvé à certains principes généraux du droit un pendant en droit conventionnel ou coutumier. En l'affaire *Questech, Inc. c. Iran*, par exemple, le tribunal des réclamations Iran-États-Unis a fait observer à propos du principe *rebus sic stantibus* ce qui suit :

Le concept de changement de circonstances [...] dans son principe a trouvé place dans tant de systèmes juridiques que l'on peut y voir un principe général de droit ; il est également consacré dans l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁴⁵.

89. Les États ont également cru pouvoir parler de coexistence de principes généraux du droit et de règles conventionnelles ou coutumières dans certains cas. En l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, par exemple, le Mexique a fait valoir que, outre le fait qu'il est généralement reconnu dans les systèmes juridiques nationaux, le principe de l'exclusion d'éléments de preuve obtenus illégalement était également consacré dans les instruments gouvernant les tribunaux pénaux internationaux, par exemple l'article 15 de la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁴⁶ et le paragraphe 3 de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme^{147, 148}. De même, dans l'affaire relative à *Certains biens*, le Liechtenstein, ayant démontré que l'enrichissement sans cause était un principe commun aux différents systèmes juridiques nationaux et transposable dans l'ordre juridique international, fera valoir en outre que ce principe avait été

¹⁴³ *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 100, par. 58. Voir également *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 2 février 2018, C.I.J. Recueil 2018*, p. 139, par. 68, et la jurisprudence citée dans ledit arrêt.

¹⁴⁴ *Affaire Nottebohm (Exception préliminaire), arrêt du 18 novembre 1953, C.I. J. Recueil 1953*, p. 111.

¹⁴⁵ *Questech, Inc. c. Iran*, affaire n°59, sentence n°191-59-1 (25 septembre 1985), *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, vol. 9 (1985), p. 122.

¹⁴⁶ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, n°24841, p. 85.

¹⁴⁷ Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, n°17955, p. 123.

¹⁴⁸ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, C.I.J. Recueil 2004*, p. 12, Mémoire du Mexique, par. 377 à 379.

« reçu en droit international » car il « inspire divers régimes juridiques du droit international public », comme les règles de droit international relatives à la succession d'États, à l'indemnisation en cas d'expropriation de biens et à l'évaluation de toute indemnisation¹⁴⁹.

90. En l'affaire du *Droit de passage*, le Portugal a fondé sa prétention à un droit de passage sur territoire indien sur les principes généraux du droit ainsi que des traités et des règles coutumières¹⁵⁰. À l'occasion de l'affaire *Sud-Ouest africain*, le Libéria et l'Éthiopie ont soutenu que l'obligation de non-discrimination était à la fois une règle coutumière et un principe général du droit et que, par conséquent, en tant que politique et pratique, l'apartheid constituait une violation du droit international au regard des deux sources¹⁵¹. Dans l'opinion dissidente qu'il a présentée en ladite affaire, le juge Tanaka a fait observer ce qui suit :

[...] la norme alléguée de non-discrimination et de non-séparation-parce qu'elle se fonde sur la Charte des Nations Unies, notamment sur ses articles 55 c) et 56, et sur de nombreuses résolutions et déclarations de l'Assemblée générale et d'autres organes des Nations Unies et parce qu'elle a la nature d'un principe général-constitue une source de droit international au sens des dispositions des alinéas a) à c) de l'article 38, paragraphe 1, du Statut. En l'espèce donc, on peut invoquer cumulativement trois catégories de sources pour établir l'existence de la norme susmentionnée : 1) les conventions internationales, 2) la coutume internationale, 3) les principes généraux du droit¹⁵².

91. Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, El Salvador a soutenu que le principe de l'*uti possidetis* était en même temps une règle coutumière et un principe général du droit applicable à la délimitation de frontières¹⁵³. En outre, dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'avis consultatif relatif à l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*, le juge Evensen a affirmé que les privilèges et immunités prévus par la convention s'appliquent aussi à la famille de l'intéressé¹⁵⁴, faisant remarquer ainsi que :

Pour chacun l'intégrité de la famille et de la vie familiale est un droit fondamental de l'homme protégé par les principes en vigueur du droit international qui découlent non seulement du droit international conventionnel ou du droit international coutumier, mais aussi des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »¹⁵⁵.

92. Autre exemple de principe général du droit bien établi, le principe de bonne foi est consacré par des traités et peut être regardé comme faisant également partie du droit international coutumier¹⁵⁶. Sont ainsi venues codifier ce principe la Convention

¹⁴⁹ *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), Exceptions préliminaires, arrêt du 10 février 2005. C.I.J. Recueil 2005*, p. 6, Mémoire du Liechtenstein, par. 6.23 à 6.25.

¹⁵⁰ *Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960 : C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, Mémoire du Portugal, par. 58.

¹⁵¹ *Sud-Ouest africain* (voir *supra* note 124), Réplique des Gouvernements de l'Éthiopie et du Libéria, p. 518 et 519.

¹⁵² *Ibid.*, opinion dissidente du juge Tanaka, p. 300.

¹⁵³ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras : Nicaragua (intervenant)]*, Mémoire d'El Salvador, par. 3.4.

¹⁵⁴ *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989*, p. 177, opinion individuelle du juge Evensen, p. 210 et 211.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 105. Au sein du Comité consultatif de juristes, Phillimore a cité le principe de la bonne foi au nombre des

de Vienne sur le droit des traités¹⁵⁷ (par exemple, en ses articles 26 et 31) et la Déclaration relative aux principes touchant les relations amicales¹⁵⁸.

93. De ce qui précède, on peut conclure que les principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles du droit international conventionnel et coutumier au contenu identique ou analogue. Ainsi de tel principe général du droit qu'est venu codifier en tout ou en partie un instrument conventionnel. De même, un principe général du droit peut sécréter une règle de droit international coutumier¹⁵⁹. Dans l'un ou l'autre cas, le principe général du droit conserve une existence et une applicabilité distinctes.

94. Dans la pratique, tout principe général du droit au contenu identique ou analogue à celui de telle règle conventionnelle ou coutumière peut aider à interpréter ou compléter ladite règle ou venir étayer tout raisonnement juridique, ainsi qu'on le verra plus en détail au chapitre III ci-après¹⁶⁰.

C. Le jeu du principe de la *lex specialis*

95. Ayant établi qu'il n'existe pas de hiérarchie des sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice et que des principes généraux du droit peuvent coexister avec d'autres règles du droit international, le Rapporteur spécial en vient dans la présente section aux rapports entre les principes généraux du droit et d'autres règles du droit international intéressant la même matière. Ainsi qu'on le verra plus en détail ci-après, cette matière est gouvernée par le principe de la *lex specialis*.

96. La Commission s'étant déjà intéressée d'assez près au principe de la *lex specialis* à l'occasion du sujet intitulé « Fragmentation du droit international :

principes généraux du droit acceptés par toutes les nations *in foro domestico* (voir *Procès-verbaux des séances du Comité 16 juin-24 juillet 1920* (voir *supra* note 126), p. 335). De même, dans l'affaire franco-hellénique des *phares*, le juge Sféradès a fait observer ce qui suit : « La bonne foi et l'honnêteté sont présumées exister chez les contractants. C'est là un principe juridique qui, admis en droit privé, ne saurait être oublié en droit international » (voir *Affaire franco-hellénique des phares*, arrêt du 17 mars 1934, Cour permanente de Justice internationale, Série A/B, n°62, opinion individuelle du juge Sféradès, p. 47).

¹⁵⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n°18232, p. 443.

¹⁵⁸ Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970, annexe.

¹⁵⁹ Sur ce point, voir également H. Waldock, « General course on public international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 106 (1962) 62 (« Tel principe général de droit peut être invoqué dans la pratique des États ou appliqué par les tribunaux arbitraux de manière si constante que l'on puisse y voir une règle coutumière du droit international ainsi qu'un principe issu du droit interne. De fait, tout principe général de droit interne reconnu en droit international tend toujours à se cristalliser en règle de droit coutumier »). Voir aussi Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules », p. 47 et 48 (« On constate souvent que dans la formation du droit international général, le principe précède généralement la coutume. On tient d'ordinaire le raisonnement suivant : les principes généraux qui ont vocation supplétive des lacunes du droit viennent ainsi contribuer à l'évolution du droit ; en particulier, lorsqu'on y fait appel pour déterminer la règle de conduite applicable dans telle ou telle situation, les principes généraux sont susceptibles d'enclencher un processus qui, à la faveur de l'accumulation de la pratique, pourrait, à terme, donner naissance à une règle coutumière »).

¹⁶⁰ Le Rapporteur spécial rappelle également avoir fait observer dans son deuxième rapport que le fait que tel principe commun aux différents systèmes juridiques du monde soit consacré dans l'ordre international, par exemple dans un traité largement accepté peut être la preuve venant confirmer que ledit principe est transposable dans l'ordre juridique international. Voir A/CN.4/741 et Corr.1, par. 97 à 106.

difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », le Rapporteur spécial estime que l'on pourrait se guider utilement sur ces travaux antérieurs pour appréhender la manière dont le principe joue dans le contexte des principes généraux du droit. Le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international a dégagé un certain nombre de conclusions qui intéressent le présent sujet, certains desquelles méritent d'être reproduites in extenso ici :

5) *Principe général*. La maxime *lex specialis derogat legi generali* est une méthode généralement admise d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique. Ce principe peut s'appliquer dans plusieurs contextes : entre des dispositions figurant dans un seul traité, entre des dispositions figurant dans deux traités ou plus ; entre une norme conventionnelle et une norme non conventionnelle, de même qu'entre deux normes non conventionnelles. La source de la norme (qu'elle soit conventionnelle, coutumière ou qu'il s'agisse d'un principe général du droit) n'a pas d'importance décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique. Dans la pratique, toutefois, les traités font souvent fonction de *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux.

[...]

7) *Raison d'être du principe*. Le fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué. Il arrive fréquemment aussi que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit.

8) *Fonctions de la lex specialis*. La majeure partie du droit international revêt un caractère supplétif, ce qui signifie que le droit spécial que le droit peut être utilisé pour appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier le droit général, de même que pour l'écarter.

9) *L'effet de la lex specialis sur le droit général*. L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent. Ce droit demeurera valable et applicable ; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation [...], à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier¹⁶¹.

97. De ces conclusions il semblerait se dégager trois questions présentant un intérêt particulier aux fins du présent sujet : premièrement, les circonstances dans lesquelles le principe de la *lex specialis* pourrait trouver à s'appliquer dans le contexte de principes généraux du droit ; deuxièmement, la question de savoir s'il faudrait regarder les principes généraux du droit comme ayant valeur de « droit général » ou de « droit spécial » ; troisièmement, l'effet juridique de l'application du principe de la *lex specialis* sur les rapports entre les principes généraux du droit et les règles provenant des deux autres sources.

98. En ce qui concerne la première question, la réponse est relativement simple. Ainsi qu'il ressort des Conclusions relatives à la Fragmentation du droit international, le principe de la *lex specialis* s'applique chaque fois que « deux dispositions ou plus

¹⁶¹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 186 et 187, par. 251.

traitent de la même matière »¹⁶². Il en est ainsi en présence de toute norme qui vient appliquer, préciser, mettre à jour, modifier ou écarter telle autre norme¹⁶³.

99. De fait, il apparaît que selon l'interprétation du Comité consultatif de juristes, le principe de la *lex specialis* trouverait à s'appliquer dans les rapports entre les principes généraux du droit et les règles conventionnelles et coutumières. Ainsi qu'il est dit plus haut dans le présent rapport, le projet d'article proposé par le Comité comportait en son *chapeau* l'expression « dans l'ordre successif » qui finira par être supprimée. Ricci-Busatti a jugé l'expression inutile car « c'est un principe fondamental du droit que la loi spéciale prime la loi générale ». Phillimore a fait observer que « tous les membres, d'ailleurs, [étaient] d'accord sur le fond, et la critique ne [pouvait] porter que sur la forme »¹⁶⁴.

100. La deuxième question est celle de savoir comment déterminer si tel principe général du droit a, pour reprendre la formulation du Groupe d'étude, valeur de « loi spéciale » ou de « loi générale » aux fins de l'application du principe de la *lex specialis*.

101. Toute règle peut être dite « générale » ou « spéciale » par rapport à son objet ou par rapport au nombre d'acteurs dont elle régit le comportement¹⁶⁵, cette seconde hypothèse étant simple à comprendre. Les principes généraux du droit étant d'ordinaire des règles d'application générale ou universelle¹⁶⁶, on peut dire qu'ils auront toujours davantage valeur « générale » par rapport à tel traité au nombre des parties limité ou à telle coutume régionale ou bilatérale. On cite parfois à cet égard l'affaire du *Droit de passage*, à l'occasion de laquelle la Cour internationale de Justice, ayant conclu qu'il s'était constituée une coutume bilatérale entre les parties au différend, n'a pas jugé nécessaire « de rechercher si la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent conduire au même résultat »¹⁶⁷.

102. Il y a lieu d'approfondir la question de savoir si les principes généraux du droit ont valeur « générale » ou « spéciale » du point de vue de l'objet. Dans cet ordre d'idées, on reviendra utilement sur une question plus générale qui a été soulevée parfois lors des débats de la Commission, celle de savoir s'il existe quelque différence entre les termes « règles » et « principes » et s'il pourrait en résulter quelque effet sur les fonctions attribuées aux principes généraux du droit ou sur leurs rapports avec d'autres sources du droit international. S'arrêtant sur cette question dans son premier rapport¹⁶⁸, le Rapporteur spécial y faisait observer que certains auteurs croyaient voir une distinction entre les deux termes cependant que d'autres y voyaient simplement des synonymes, que ni les travaux préparatoires ni le texte de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'autorisent à distinguer clairement entre ces deux termes, que la jurisprudence n'est pas davantage décisive à cet égard et que si l'on peut regarder les principes généraux du droit comme ayant un caractère « fondamental » et « général », il ressort de la pratique que l'on ne peut exclure qu'il

¹⁶² Ibid., conclusion 5.

¹⁶³ Ibid., conclusion 8.

¹⁶⁴ Voir *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920*, p. 337 et 338.

¹⁶⁵ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie) (Additif 2), document A/CN.4/L.682 et Add.1, par. 112.

¹⁶⁶ A/CN.4/732, par. 159 à 161.

¹⁶⁷ *Droit de passage* (voir *supra* note 93), p. 41 et 43. Voir aussi *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie) (Additif 2), document A/CN.4/L.682 et Add.1, par. 84 (relevant l'utilisation faite par la Cour de la technique judiciaire consistant à « écarter purement et simplement l'examen du contenu du droit général, une fois établie l'existence de la coutume spéciale, laissant ainsi ouverte la question de savoir si la règle spéciale représente un développement ou une exception par rapport à ce droit général ou si celui-ci préexistait en la matière »).

¹⁶⁸ A/CN.4/732, par. 146 à 154.

puisse exister des principes généraux à la formulation ou au contenu plus spécifique¹⁶⁹.

103. Le Rapporteur spécial reste de cet avis. En effet, de l'analyse de l'ensemble de la pratique résultant des rapports qu'il a présentés à ce jour on peut difficilement dégager une nette distinction entre les termes « règles » et « principes » que la pratique semble souvent employer souvent indifféremment. Vient également en attester ceci que – on le verra dans la section B du chapitre III – l'expression « règles de droit international » résultant de l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités englobe les principes généraux du droit. En outre, ainsi qu'il est dit plus haut, il ressort de la conclusion 5) des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international que la source de la norme n'est pas décisive dans la détermination de la norme la plus spécifique (dans la pratique, toutefois, les traités font *d'ordinaire* fonction de *lex specialis* par rapport au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). Vu l'ensemble des développements qui précèdent, le Rapporteur spécial estime sans intérêt pour la Commission d'être par trop prescriptif et de décider, *a priori*, que les principes généraux du droit ne peuvent avoir que tel caractère ou contenu, ce qui serait, en tout état de cause, difficile à expliquer en des termes clairs et objectifs.

104. Quand bien même, au vu des développements qui précèdent, les principes généraux du droit seraient susceptibles d'avoir un contenu ou une formulation spécifique, le Rapporteur spécial considère néanmoins que leur mode de formation est à prendre en compte dans l'application du principe de la *lex specialis*. Ainsi qu'il est dit plus haut, le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international justifie que « le droit spécial » prime « le droit général » par ceci que « le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué » et qu'« il arrive fréquemment que son application puisse aboutir à un résultat plus équitable et mieux traduire l'intention des sujets de droit »¹⁷⁰.

105. Ce constat influe sur la manière dont il faudrait comprendre les principes généraux du droit lorsqu'il est fait application du principe de la *lex specialis*. On identifie tout principe général du droit issu du droit interne en déterminant qu'il est connu de différents systèmes juridiques du monde et a été transposé dans l'ordre juridique international. Ainsi qu'il est dit dans la première partie, dans la mesure où les principes *in foro domestico* ont, au départ, vocation non pas tant à s'appliquer à des matières régies par le droit international qu'à régler des rapports de droit dans l'ordre interne, il est nécessaire de reconnaître qu'ils sont transposables dans l'ordre juridique international, cette reconnaissance intervenant de manière

¹⁶⁹ À cet égard, voir également l'intervention de M. Nolte (A/CN.4/SR.3492, p. 17) (« la question de la frontière entre les différentes sources du droit international est moins épineuse qu'on ne le pense parfois. Ainsi, il pense comme M. Reinisch que la différence entre une règle du droit international coutumier et un principe général de droit ne tient pas tant au caractère général de leur contenu qu'à la manière dont un principe particulier est apparu ou, comme Sir Michael Wood l'a dit, aux règles de reconnaissance distinctes qui s'appliquent. Les règles du droit international coutumier peuvent être assez générales et des principes généraux de droit peuvent acquérir le statut de règle du droit international coutumier s'il peut être démontré que ces principes sont suivis par les États dans leur pratique et généralement acceptés par ceux-ci en tant qu'*opinio juris*. Cette situation s'apparente en quelque sorte à celle des règles du droit international coutumier qui peuvent être simultanément des normes conventionnelles. Par conséquent, il n'est pas toujours possible de différencier les principes généraux de droit des règles issues d'autres sources du droit international à partir de leur formulation ou de leur contenu. Ce qui les distingue, c'est plutôt le processus par lequel ils sont apparus et les critères qu'ils doivent par ailleurs remplir »).

¹⁷⁰ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), conclusion 7.

implicite¹⁷¹. De même, on procède à l'identification des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international selon une méthode à la fois inductive et déductive¹⁷². Étant donné le degré de déduction (après application de l'analyse inductive) inhérent à la méthode d'identification des deux catégories de principes généraux, lorsqu'un principe général du droit et une règle conventionnelle ou coutumière traitent de la même matière, on peut dire d'ordinaire que la règle en question vient « mieux traduire l'intention des sujets de droit » et « ten[ir] mieux compte des particularités du contexte »¹⁷³. Autrement dit, par principe, on peut dire que les principes généraux du droit traduisent moins précisément l'intention des États que telle disposition conventionnelle ou telle règle du droit international coutumier. C'est pourquoi le Rapporteur spécial considère que les principes généraux du droit auront normalement valeur de « droit général » par rapport à toute règle conventionnelle ou coutumière applicable à la même matière.

106. Une dernière question à envisager est celle de l'effet de l'application du principe de la *lex specialis*. Des conclusions des travaux du Groupe d'étude de la fragmentation du droit international il ressort à cet égard que :

L'application du droit spécial n'emporte pas normalement extinction du droit général pertinent. Ce droit demeurera valable et applicable ; il continuera, conformément au principe de l'harmonisation [...], à orienter l'interprétation et l'application du droit spécial pertinent et deviendra pleinement applicable dans des situations non prévues par ce dernier¹⁷⁴.

107. Ainsi, même si tel principe général du droit a valeur de *lex generalis*, telle autre règle du droit international primant, suivant les circonstances particulières de l'affaire, loin d'être complètement écartée par ladite règle, le principe général conserverait sa vocation interprétative ou supplétive vis-à-vis de la règle conventionnelle ou coutumière « spéciale », singulièrement dans les situations non pleinement envisagées par ladite règle. Ainsi que l'a conclu le Groupe d'étude de la fragmentation du droit international :

On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles¹⁷⁵.

La section B du chapitre III ci-après sera l'occasion de s'arrêter sur cette question.

III. Certaines fonctions spécifiques des principes généraux du droit

108. Ayant envisagé la question de leur vocation à combler les lacunes du droit dans laquelle on peut voir, ainsi qu'il est dit au chapitre I, la fonction essentielle des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, ainsi que lesdits principes généraux du droit dans leurs rapports avec les autres sources du droit international, le Rapporteur spécial

¹⁷¹ Voir *supra* par. 14.

¹⁷² Voir *supra* par. 31.

¹⁷³ Voir *supra* par. 96 et 104. À ce propos, voir également J. G. Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations », dans F. Kalshoven, P. J. Kuypers et J. G. Lammers (dir. publ.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen-sur-Rhin, Sijthoff and Noordhoff, 1980), p. 66 ; X. Shao, « What we talk about when we talk about general principles of law », *Chinese Journal of International Law*, vol. 20 (2021), p. 246 à 249.

¹⁷⁴ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 187, par. 251, conclusion 9.

¹⁷⁵ *Ibid.*, conclusion 4.

s'intéressera dans le présent dernier chapitre à certaines fonctions spécifiques aux principes généraux du droit qui ont été évoquées lors des débats consacrés au sujet par la Commission et la Sixième Commission, plus précisément : en la section a), aux principes généraux envisagés comme fondement autonome de droits et d'obligation ; en la section b), à la fonction interprétative des principes généraux du droit ; en la section c), à la fonction systémique des principes généraux du droit.

109. Le Rapporteur spécial juge bon de préciser d'emblée que, loin d'être l'apanage des principes généraux du droit, les fonctions spécifiques en question sont exercées en principe par toutes les sources du droit international, devant toutefois être envisagées sous l'angle de leur vocation à combler les lacunes du droit.

A. Les principes généraux du droit comme fondement autonome de droits et d'obligations

110. Il appert que l'on s'accorde largement à dire que les principes généraux du droit peuvent venir combler des lacunes du droit dans l'ordre juridique international en établissant des règles procédurales, interprétatives ou secondaires¹⁷⁶. On a toutefois parfois posé la question de savoir si lesdits principes généraux du droit peuvent également servir de fondement à des droits et obligations primaires. On le verra ci-après, la pratique des États et la jurisprudence, ainsi que les travaux antérieurs de la Commission donnent à penser qu'il est des cas où les principes généraux du droit peuvent établir de tels droits et obligations, cette thèse ayant également été défendue en doctrine¹⁷⁷.

111. Ainsi qu'il est dit dans le premier rapport, la Commission s'est déjà arrêtée sur la question¹⁷⁸. Aux termes de l'article 12 (Existence de la violation d'une obligation internationale) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 : « Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine [...] de celle-ci. » Pour expliquer le sens de l'expression « quelle que soit l'origine », la Commission fait observer dans le commentaire que « [d]es obligations internationales peuvent être établies par une

¹⁷⁶ On trouvera des exemples d'invocation ou d'application de ce type de principes généraux du droit dans les trois rapports présentés à ce jour par le Rapporteur spécial, dont : le principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*), celui dit de la *compétence-compétence* ; le principe *iura novit curia* ; celui de l'excès de compétence ; celui de l'*actio popularis* ; le principe selon lequel nul ne peut être juge et partie ; la règle de la charge de la preuve ; le principe d'admission de la preuve indirecte ; l'admissibilité de l'aveu comme mode de preuve ; la nullité des sentences arbitrales ; le lien de connexité entre demande reconventionnelle et demande principale ; la répartition des coûts et dépens ; le droit d'appel en matière pénale ; le pouvoir du juge de convoquer tout témoin ; le jugement par contumace en matière pénale ; le principe de bonne foi ; les principes d'interprétation des traités ; l'abus de droit ; l'obligation de réparer toute violation du droit international ; le calcul du dommage ; de tout dommage indirect et du dommage résultant de la perte de profit ; le principe *rebus sic stantibus* ; l'*exceptio non adimpleti contractus* ; le principe *fraus omnia corrumpit* ; l'erreur, vice du consentement, le principe de séparation entre la société à responsabilité limitée et ses actionnaires ; la théorie des « mains propres » et les principes gouvernant la succession de personnes dans le calcul de l'indemnisation.

¹⁷⁷ Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 », p. 941 ; Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases », p. 488 ; Schill, « Enhancing international investment law's legitimacy: conceptual and methodological foundations of a new public law approach », p. 90 et 91 ; Skomerska-Muchowska, « Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of customary and treaty law », p. 256 ; W. Friedmann, « The uses of "general principles" in the development of international law », *American Journal of International Law*, vol. 57 (1963), p. 290 à 299.

¹⁷⁸ A/CN.4/732, par. 68.

règle coutumière de droit international, par un traité, ou par un principe général du droit applicable dans l'ordre juridique international »¹⁷⁹. Il suit de là que, selon l'interprétation de la Commission, les principes généraux du droit peuvent établir des obligations à la charge des États (ainsi que des droits correspondants), toute violation desdites obligations pouvant engager la responsabilité internationale de l'État concerné.

112. On a parfois dans la pratique invoqué ou appliqué des droits ou obligations substantiels tirés de principes généraux du droit en l'absence de règles conventionnelles ou coutumières du droit international régissant telle ou telle question juridique donnée. On trouvera des exemples d'États invoquant ces principes par exemple dans l'affaire des *Pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, à l'occasion de laquelle les États-Unis ont tenté de démontrer qu'ils tenaient un droit à une servitude internationale dans les eaux britanniques¹⁸⁰. De même, dans l'affaire du *Droit de passage*, le Portugal a prétendu tenir d'un principe général du droit un droit de passage sur territoire indien venant lui permettre d'avoir accès aux enclaves qu'il possédait à l'époque¹⁸¹. En outre, en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, le Mexique a invoqué l'obligation faite aux États d'exclure toutes déclarations et tous aveux recueillis avant que tout ressortissant étranger ait été informé de son droit à l'assistance consulaire, motif pris des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice¹⁸².

113. En l'affaire relative à *certaines biens*, Le Liechtenstein a invoqué le principe de l'enrichissement sans cause¹⁸³, qui, selon lui, était « sous-tendu par le principe fondamental de bonne foi » et venait permettre « d'accorder réparation en cas d'enrichissement injustifié en droit international »¹⁸⁴. En l'affaire des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données*, le Timor-Leste a soutenu que l'Australie avait violé notamment un principe général du droit qui protège le droit à la confidentialité de ses communications avec ses conseillers juridiques et de non-ingérence dans lesdites communications¹⁸⁵. De plus, en l'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique*, l'État plurinational de Bolivie a invoqué l'estoppel et les attentes légitimes sur le fondement des principes

¹⁷⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 54 et 55, par. 3) du commentaire relatif à l'article 12. Voir également *Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 80 à 87.

¹⁸⁰ *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique (Grande-Bretagne/ États-Unis)*, sentence du 7 septembre 1910, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 167 à 226. Voir également l'affaire *Chamizal*, à l'occasion de laquelle les États-Unis semblent avoir invoqué le principe général du droit de la prescription acquisitive (usucapion) (*L'affaire Chamizal, (Mexique/États-Unis)*, sentence du 15 juin 1911, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 328 et 329).

¹⁸¹ *Droit de passage* (voir *supra* note 93), p. 43.

¹⁸² *Avena*, Mémoire du Mexique (voir *supra* note 149), par. 374 à 380.

¹⁸³ *Affaire relative à certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, Mémoire du Liechtenstein (voir *supra* note 150), par. 6.5 à 6.52.

¹⁸⁴ *Ibid.*, par. 6.1 et 6.4.

¹⁸⁵ *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, Cour internationale de Justice, Mémoire du Timor-Leste (28 avril 2014), par. 6.2. Dans son ordonnance relative à la demande en indication de mesures conservatoires, la Cour, pour apprécier si les droits invoqués par le Timor-Leste étaient plausibles, s'est fondée non pas tant sur le principe général du droit allégué par le Timor-Leste que sur le principe de l'égalité souveraine des États consacré au paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies (voir *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, *Demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014*, p. 147, par. 27). Voir également l'opinion dissidente du juge Greenwood, par. 12 (« Je ne suis pas certain que ces droits puissent être déduits des paragraphes 1 et 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies plutôt que d'un principe général de droit concernant la confidentialité des communications avec des conseillers juridiques, mais il s'agit là d'une question de fond »).

généraux du droit en tant qu'obligations substantielles¹⁸⁶. Dans une affaire portée devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande, l'Argentine a tenté de démontrer qu'elle tenait des principes généraux du droit le droit de refuser d'assurer le service de la dette obligataire au profit de créanciers privés sous certaines conditions¹⁸⁷.

114. Il convient de noter que si dans les différends susmentionnés les parties adverses ont contesté ou les juridictions saisies ont rejeté les arguments tirés de principes généraux du droit (par exemple, motif pris de ce qu'il n'existait aucun principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ou de ce que le principe de droit interne (*in foro domestico*) n'était pas transposable dans l'ordre juridique international), il n'était pas contesté qu'un principe général du droit pouvait servir de fondement autonome à des droits et obligations.

115. Certains exemples jurisprudentiels visant ou appliquant des principes généraux du droit venus consacrer des droits et obligations autonomes jettent encore une lumière sur cette question. À titre d'exemple, on citera le principe de l'estoppel, appliqué par différentes juridictions. Ainsi, en l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* la Cour internationale de Justice a déclaré que "[c']est une règle de droit établie qu'une partie ne saurait invoquer une erreur comme vice du consentement si elle a contribué à cette erreur par sa propre conduite, si elle était en mesure de l'éviter ou si les circonstances étaient telles qu'elle avait été avertie de la possibilité d'une erreur »¹⁸⁸. En l'affaire de *La Frontière argentine-chilienne*, encore qu'il ait jugé le moyen tiré de l'estoppel mal fondé vu les circonstances de la cause¹⁸⁹, le tribunal arbitral a reconnu que le principe de l'estoppel « peut jouer décisivement dans un litige international et en particulier un différend frontalier »¹⁹⁰. En l'*Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos*, le tribunal a également invoqué le principe de l'estoppel en tant que principe général du droit¹⁹¹ et considéré que les engagements et la pratique du Royaume-Uni laissaient présumer l'existence « d'un engagement juridiquement contraignant »¹⁹².

¹⁸⁶ *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, Réplique de l'État plurinational de Bolivie, 21 mars 2017, vol. I, par. 320 et suiv. ; Duplique du Chili, 15 septembre 2017, vol. I, par. 2.28 et suiv.). Voir également Tribunal international du droit de la mer, affaire du navire « *Norstar* » (*Panama c. Italie*), à l'occasion de laquelle l'Italie a fait valoir que l'estoppel (ainsi que l'acquiescement et la prescription extinctive) était un principe général du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (Observations et conclusions écrites de la République italienne, par. 169 et 170). Voir également l'affaire du navire « *Norstar* » (*Panama c. Italie*), Exceptions préliminaires, *TIDM Recueil 2016*, par. 300 à 314.

¹⁸⁷ Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 3 juillet 2019 (2 BvR 824/15), par. 38 et 39.

¹⁸⁸ *Affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (fond)*, arrêt du 15 juin 1962 : *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6, p. 26. Voir également l'opinion individuelle du Vice-Président Alfaro, p. 39 à 43 (« un État partie à un litige international est tenu par ses actes ou son attitude antérieure lorsqu'ils sont en contradiction avec ses prétentions dans ce litige [...] Je n'hésite pas à affirmer que ce principe, reconnu dans le monde entier depuis le temps des Romains, est un des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », et l'opinion dissidente du juge Spender, p. 143 et 144 (« le principe [de l'estoppel] a pour effet d'empêcher un État de contester devant la Cour une situation contraire à une représentation claire et sans équivoque qu'il aurait faite précédemment à un autre État, soit expressément soit implicitement, représentation sur laquelle l'autre État avait le droit de compter étant donné les circonstances, et avait en fait compté, si bien que cet autre État en a souffert préjudice, ou que l'État qui a formulé la représentation en a retiré quelque profit ou avantage pour lui-même »).

¹⁸⁹ *Affaire de la frontière argentine-chilienne*, sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 166.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 164.

¹⁹¹ *Arbitrage relatif à l'aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)*, sentence du 18 mars 2015, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales* vol. XXXI, par. 435.

¹⁹² *Ibid.*, par. 439 à 447.

116. On citera également l'avis consultatif sur les *Réserves à la convention sur le génocide*, dans lequel la Cour internationale de Justice a vu dans les principes qui sont à la base de la convention sur le génocide « des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel »¹⁹³. En outre, dans l'*Affaire du différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, la Chambre de la Cour a statué sur le fond en faisant application du principe de l'*uti possidetis*¹⁹⁴ qui, comme il est dit dans le deuxième rapport, peut être regardé comme un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international¹⁹⁵. En l'*affaire du Détroit de Corfou*, la Cour a déclaré que l'Albanie avait l'obligation de faire connaître aux navires traversant ses eaux territoriales l'existence de champs de mines, obligation fondée sur certains principes généraux, tels que des considérations élémentaires d'humanité¹⁹⁶.

117. Autre exemple, en l'*affaire Sea-Land Service, Inc. c. Iran*, le tribunal des réclamations États-Unis-Iran, faisant application du principe de l'enrichissement sans cause, a fait observer que ledit principe :

[...] emporte une obligation de réparer entièrement conciliable avec l'absence de toute illégalité inhérente au fait en cause. Le principe trouve ainsi manifestement à s'appliquer lorsque tel investisseur étranger subit une perte par l'effet de laquelle telle autre partie se trouve enrichie, sans que cet enrichissement résulte d'un fait internationalement illicite ouvrant droit à réparation¹⁹⁷.

118. De même, dans l'*affaire Saluka c. La République tchèque*, un tribunal arbitral en matière d'investissement a observé que :

La théorie de l'enrichissement sans cause est reconnue comme étant un principe général du droit international. Elle donne à la partie appauvrie le droit d'obtenir la restitution de ce dont telle autre partie s'est enrichie à ses dépens sans cause juridique¹⁹⁸.

119. Les juridictions internes font également appel aux principes généraux du droit pour établir des droits et obligations substantiels. Ainsi, dans un arrêt du 8 mars 2016, la Cour suprême des Philippines a déclaré que les enfants trouvés tenaient des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice le droit d'être présumés nés de ressortissants du pays où ils ont été trouvés¹⁹⁹.

¹⁹³ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951* : C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

¹⁹⁴ *Affaire du différend frontalier Burkina Faso/ République du Mali, arrêt du 22 décembre 1986*, C.I.J. Recueil 1986, p. 565, par. 20 et 21.

¹⁹⁵ A/CN.4/741 et Corr.1, par. 150 à 152.

¹⁹⁶ *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 95), p. 22 ; voir également *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, Déclaration du juge Herczegh, p. 275 (« Dans les domaines où l'on ne trouve pas d'interdiction complète et universelle de certains actes « en tant que tels », l'application des principes généraux du droit permet de régler le comportement des sujets de l'ordre juridique international, les obligeant ou les autorisant, selon le cas, à s'abstenir ou à agir d'une manière ou d'une autre »).

¹⁹⁷ *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, sentence n°135-33-1 du 20 juin 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 6, p. 169.

¹⁹⁸ *Saluka Investments BV c. La République tchèque* (voir *supra* note 113), par. 449.

¹⁹⁹ Philippines, Supreme Court of the Philippines, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. Commission on Elections and Estrella C. Elampar*, Décision du 8 mars 2016 (G.R. n°221697 ; GR n°221698-700), p. 21.

120. Enfin, il convient de mentionner le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁰⁰ dont il résulte 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 ». Cet article autorise manifestement à incriminer certains actes sous l'empire du droit international sur le fondement des principes généraux du droit, dès lors que les conditions sont réunies. Par suite, peut être jugé et puni quiconque commet tout acte incriminé directement par tel principe général du droit.

121. De ce qui précède on peut conclure que les principes généraux du droit peuvent servir de fondement autonome à des droits et obligations substantiels en droit international. De l'avis du Rapporteur spécial, l'une quelconque des sources énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice a, en fait, en propre ceci qu'elle peut créer de tels droits et obligations, autoriser ou interdire telle conduite de la part des États ou d'autres acteurs. Cela dit, le Rapporteur spécial croit utile de relever qu'il est relativement moins d'exemples de droits et obligations primaires fondés sur de principes généraux du droit que d'exemples de règles procédurales ou secondaires assises sur des principes généraux du droit.

B. Les principes généraux du droit comme moyen d'interpréter et de compléter d'autres règles de droit international

122. On dit souvent en doctrine que, ayant vocation à combler les lacunes du droit, les principes généraux du droit peuvent servir à interpréter et à compléter des règles conventionnelles et coutumières²⁰¹. La présente section est pour le Rapporteur spécial l'occasion d'envisager cette question sous certains de ses aspects en tenant compte des débats que la Commission et la Sixième Commission y ont consacrés à ce jour.

123. Pour déterminer le rôle que les principes généraux du droit pourraient jouer en matière d'interprétation des traités, on se reportera d'emblée au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui porte ce qui suit :

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

²⁰⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n°14668, p. 171.

²⁰¹ Voir, par exemple, Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration*, p. 60 et 61 ; Skomerska-Muchowska, « Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law », p. 255 à 274 ; Kotuby et Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, p. 30 et 31 ; Besson, « General principles of international law – Whose principles? », p. 30 ; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, p. 7 ; Bassiouni, « A functional approach to 'general principles of international law' », p. 775, 776, 800 et 801 ; Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations », p. 64 et 65 ; M. Akehurst, « The hierarchy of the sources of international law », *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1975), p. 279 ; Freeman, « The quest for the general principles of law recognized by civilized nations – A Study », p. 1064 ; Friedmann, « The uses of 'general principles' in the development of international law », p. 287 à 290 ; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 390 ; Verdross, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », p. 227. Voir également Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional », in *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), p. 39 (faisant observer que l'on a recours, à titre supplétif, à tel principe général du droit pour interpréter d'autres règles de droit international en l'absence d'autres règles d'interprétation).

[...]

c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

124. Il ne semble guère douteux que l'expression « règle de droit international » englobe les principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice²⁰². La Cour européenne des droits de l'homme en a donné la plus claire indication dans son arrêt en l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, y faisant observer ce qui suit :

En son paragraphe 3 c), l'article 31 de la Convention de Vienne invite à tenir compte, en même temps que du contexte, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Parmi ces règles figurent des principes généraux de droit, notamment des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (article 38 par. 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice) ; la Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a d'ailleurs prévu, en août 1950 « que la Commission et la Cour (devraient) nécessairement appliquer de tels principes » dans l'accomplissement de leurs tâches ; en conséquence, elle a « jugé inutile » de le spécifier par une clause de la Convention²⁰³.

125. L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce a retenu la même solution, ayant fait observer ce qui suit en l'affaire *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine* :

[...] la référence aux « règle(s) [...] de droit international » [à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités] correspond aux sources du droit international visées à l'article 38 1) du Statut de la Cour internationale de Justice et inclut donc les règles coutumières de droit international et les principes généraux du droit [...] Nous faisons observer que, si les articles 4, 5 et 8 des articles de la CDI [sur la responsabilité de l'État] sont contraignants, ce n'est pas *du fait qu'ils font partie d'un traité international*. Toutefois, dans la mesure où ils reflètent le droit international coutumier ou les principes généraux du droit, ces articles sont applicables dans les relations entre les parties²⁰⁴.

126. La pratique offre divers exemples de recours aux principes généraux du droit s'agissant d'interpréter des traités. Ainsi de l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, à l'occasion de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme, appelée à dire si l'article 6 (Droit à un procès équitable) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme)²⁰⁵ consacrait le droit d'accès aux tribunaux, a déclaré que l'article

²⁰² On en a soutenu la thèse en doctrine. Voir, par exemple, A. Pellet, « Canons of Interpretation under the Vienna Convention », in J. Klingler, Y. Parkhomenko et C. Salonidis (dir. publ.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law* (Kluwer Law International, 2018), p. 8 ; O. Dörr, « Article 31 : General rule of interpretation », in O. Dörr et K. Schmalenbach (dir. publ.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Berlin, Springer, 2018), p. 608 ; R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation* 2^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 300 et 308 ; J. M. Sorel et V. Boré Eveno, « Article 31 », in O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, 2011), vol. I, p. 828 et 829. M. E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Leyde, Martinus Nijhoff, 2009), p. 433.

²⁰³ *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, CEDH, Série A, n°18, par. 35.

²⁰⁴ *États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine*, Rapport de l'Organe d'appel du 25 mars 2011 (WT/DS379/AB/R), par. 308.

²⁰⁵ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (Rome, 4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, n°2889, p. 221.

6 ne garantissait pas expressément ce droit et, ayant interprété cette disposition à la lumière de son texte et de son contexte, ainsi que de l'objet et du but de la Convention, dira ce qui suit au sujet des principes généraux du droit :

[...] l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne proclame pas en termes exprès un droit d'accès aux tribunaux. Il énonce des droits distincts mais dérivant de la même idée fondamentale et qui, réunis, constituent un droit unique dont il ne donne pas la définition précise, au sens étroit de ces mots. Il incombe à la Cour de rechercher, par voie d'interprétation, si l'accès aux tribunaux constitue un élément ou aspect de ce droit.

[...]

Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement « reconnus » ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6, par. 1 (art. 6-1) doit se lire à leur lumière.

Si ce texte [l'article 6 par. 1 (art. 6-1)] passait pour concerner exclusivement le déroulement d'une instance déjà engagée devant un tribunal, un État contractant pourrait, sans l'enfreindre, supprimer ses juridictions ou soustraire à leur compétence le règlement de certaines catégories de différends de caractère civil pour le confier à des organes dépendant du gouvernement. Pareilles hypothèses, inséparables d'un risque d'arbitraire, conduiraient à de graves conséquences contraires auxdits principes et que la Cour ne saurait perdre de vue [...]

Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès.

[...] De l'ensemble des considérations qui précèdent, il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention [...], ainsi que des principes généraux de droit²⁰⁶.

127. L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce a également invoqué les principes généraux du droit en matière d'interprétation de traités. Il a ainsi visé le principe de bonne foi aux fins de l'interprétation du texte introductif de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947²⁰⁷, faisant observer ce qui suit à l'occasion de l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette* :

Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. L'une de ses applications, communément dénommée la *doctrine de l'abus de droit*, interdit l'exercice abusif de ces droits et prescrit

²⁰⁶ *Golder c. Royaume-Uni* (voir *supra* note 204), par. 28, 35 et 36. Voir également *Enea c. Italie* (Grande chambre), n°74912/01, arrêt du 17 septembre 2009, CEDH 2009, par. 104 ; *Demir et Baykara c. Turquie* (Grande chambre), n°34503/97, arrêt du 12 novembre 2008, CEDH 2008, par. 71.

²⁰⁷ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, n°814, p. 187.

que, dès lors que la revendication d'un droit « empiète sur le domaine couvert par une obligation conventionnelle, le droit soit exercé de bonne foi, c'est-à-dire de façon raisonnable ». L'exercice abusif par un Membre de son propre droit conventionnel se traduit donc par une violation des droits conventionnels des autres Membres ainsi que par un manquement du Membre en question à son obligation conventionnelle. Cela dit, notre tâche consiste en l'occurrence à interpréter le libellé du texte introductif, en cherchant d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international²⁰⁸.

128. À l'occasion d'une autre affaire, l'Organe d'appel a invoqué « un élément commun largement admis » dans l'ordre juridique interne concernant l'imposition de non-résidents s'agissant d'interpréter l'expression « revenus de source étrangère » figurant dans la note de bas de page 59 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (« l'Accord SMC »)²⁰⁹ :

Bien que ces instruments ne contiennent pas une définition uniforme de l'expression « revenus de source étrangère », il nous semble que l'on peut en dégager certains principes d'imposition largement reconnus. Afin d'établir la signification de l'expression « revenus de source étrangère » figurant dans la note de bas de page 59 de l'Accord SCM, qui est une disposition relative à la fiscalité et figurant dans un traité commercial international, nous estimons qu'il est approprié que nous nous appuyions sur ces principes largement reconnus, que beaucoup d'États appliquent d'une manière générale dans le domaine fiscal. En identifiant ces principes, nous gardons présent à l'esprit le fait que la mesure en cause vise les revenus de source étrangère de citoyens américains et de résidents aux États-Unis, c'est-à-dire les revenus gagnés par ces contribuables dans des États « étrangers » où ils ne résident pas.

[...] les règles détaillées régissant l'imposition de non-résidents diffèrent beaucoup d'un État à l'autre, certains États appliquant des règles qui tendent davantage que celles d'autres États à imposer les revenus de non-résidents. Cependant, malgré les différences, il nous semble que ces règles présentent un élément commun largement admis. L'élément commun est qu'un État « étranger » imposera un non-résident sur les revenus qui sont générés par ses activités qui ont un certain lien avec l'État en question »²¹⁰.

129. Le droit pénal international en offre également des exemples dignes d'intérêt. Ainsi, en l'affaire *Lubanga*, une Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a évoqué le rôle des principes généraux du droit dans l'interprétation du paragraphe 1 d) de l'article 17 du Statut de la Cour en ces termes :

Le Statut étant un traité international par nature, la Chambre aura recours aux critères d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (plus particulièrement l'interprétation littérale, contextuelle et téléologique) afin de définir le seuil de gravité de l'affaire mentionné à l'article 17 1) d) du Statut. Comme le disposent les articles 21 1) b) et 21 1) c) du Statut, la Chambre pourra également consulter, si nécessaire, « les

²⁰⁸ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel du 6 novembre 1998 (WT/DS58/AB/R), *Rapports sur le règlement des différends*, 1998, vol. VII, par. 158.

²⁰⁹ Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Marrakech, 15 avril 1995), Organisation mondiale du commerce, *Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay*, annexe 1A : Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises, p. 299.

²¹⁰ *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, Rapport de l'Organe d'appel du 29 janvier 2002 (WT/DS108/AB/RW), *Rapports sur le règlement des différends* 2002, vol. I, par. 142 et 143.

traités applicables et les principes et règles du droit international » ainsi que « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde »²¹¹.

130. En l'affaire *Kupreškić*, une Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a estimé que les principes généraux du droit pouvaient aider s'agissant d'interpréter la notion de « persécution » en ces termes :

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 persécution²¹².

131. En outre, en l'affaire *Furundžija*, une Chambre de première instance du TPIY s'est fondée sur la définition du « viol » commune à plusieurs législations internes²¹³, ainsi que sur le principe de la protection de la dignité humaine²¹⁴, pour interpréter et élargir la définition du viol résultant du Statut et du Règlement du Tribunal. La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Kunarac* a retenu une solution similaire²¹⁵. Dans l'affaire *Čelebići*, la Chambre d'appel du Tribunal a évoqué les principes généraux du droit comme outil d'interprétation en ces termes :

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 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 Règlement²¹⁶.

132. On a également fait appel aux principes généraux du droit s'agissant d'interpréter des normes conventionnelles formulées en des termes généraux, telle que celle du traitement juste et équitable, à l'occasion du contentieux arbitral en

²¹¹ *Situation en République démocratique du Congo : Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01-/04/06, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de mandats d'arrêt en vertu de l'article 58, 10 février 2006, par. 42.

²¹² *Kupreškić* (voir *supra* note 106), par. 609.

²¹³ *Furundžija* (voir *supra* note 104), par. 180.

²¹⁴ *Ibid.*, par. 184.

²¹⁵ *Kunarac* (voir *supra* note 105, par. 437 à 460).

²¹⁶ *Le Procureur c. Zejnil Delalić et consorts* (Affaire *Celebici*), n°IT-96-21-A, arrêt du 20 février 2001, par. 538.

matière d'investissement. Ainsi, en l'arbitrage *Total c. Argentine*, le tribunal arbitral a estimé que la norme du traitement juste et équitable résultant du traité d'investissement bilatéral franco-argentin n'équivalait pas à la norme minimale de traitement de traitement des étrangers du droit international coutumier²¹⁷. Cela étant, le tribunal a interprété la disposition conventionnelle à la lumière du principe des attentes légitimes lequel était, à ses yeux, « fondé sur l'exigence de la bonne foi, un des principes généraux visés à l'article 38 1) c) du Statut de la Cour internationale de Justice en tant que source du droit international »²¹⁸.

133. Saisi de l'affaire *Cairn c. Inde*, un autre tribunal arbitral, faisant référence au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, s'est fondé sur les principes généraux du droit pour interpréter la disposition du traité d'investissement bilatéral en question consacrée au traitement juste et équitable :

D'après la jurisprudence et la doctrine, l'expression « règle pertinente du droit international » renvoie aux sources du droit international énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ, à savoir les traités établissant des règles expressément reconnues par les États en présence, le droit international coutumier et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » [...]

S'agissant de la norme du traitement juste et équitable et des normes de protection des investissements en général, les principes généraux de droit sont souvent la meilleure boussole. Les autres sources du droit international, par exemple les traités et le droit international coutumier, régissent classiquement les affaires interétatiques et n'éclaircissent guère quant aux spécificités propres aux rapports entre l'individu et l'État. Les principes généraux de droit qui se sont, quant à eux, dégagés pour l'essentiel en droit interne consistent en divers principes gouvernant les rapports entre l'individu et l'État, lesquels sont d'ordinaire en jeu dans le contexte de la protection d'investissements. On citera notamment les principes essentiels tels que l'état de droit, la certitude juridique, la transparence et la prévisibilité, le non-arbitraire et la non-discrimination. Ainsi, on peut dire que le principe de la protection des attentes légitimes, communément invoqué par les tribunaux compétents en matière de traités d'investissement, a trouvé place au cœur même de la norme du traitement juste et équitable, précisément en tant que principe général de droit commun à nombre de législations internes, à tout le moins comme proposition générale aux contours exacts bien moins précis. En effet, selon une partie de la doctrine, la norme du traitement juste et équitable consacre un principe général de droit, cependant que pour une autre école ladite norme « est, à vrai dire, l'expression de la notion d'état de droit dans la tradition française (ou *Rechtsstaat* dans la tradition allemande) ».

[...]

Le tribunal voit dans le recours aux principes généraux de droit pour déterminer le contenu de la norme du traitement juste et équitable une méthode appropriée s'agissant d'en établir la valeur normative. Non seulement cette méthode obéit-elle à ceci que l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prescrit de se fonder sur les sources du droit international pour interpréter l'article 3 2) du traité d'investissement bilatéral, mais elle vient également enfermer le tribunal dans des directives objectives qui l'empêchent de donner aux adjectifs « juste » et « équitable » sa propre interprétation subjective, sauf à dire qu'il ne faut pas perdre de vue ceci que le tribunal doit circonscrire son

²¹⁷ *Total S.A. c. République argentine* (voir *supra* note 114), par. 125.

²¹⁸ *Ibid.*, par. 126 à 128.

analyse à la sphère des principes généraux et éviter de s'empêtrer dans les méandres de solutions réglementaires que telles ou telles juridictions proposeraient à tel ou tel problème donné²¹⁹.

134. De même, en l'affaire *El Paso c. Argentine*, le tribunal arbitral a fait appel aux principes généraux du droit pour interpréter l'article XI du traité d'investissement bilatéral conclu entre l'Argentine et les États-Unis, faisant observer en particulier ce qui suit :

Il suit de ce qui précède qu' : i) il est en droit international général une règle selon laquelle ne peut invoquer l'état de nécessité comme moyen d'irresponsabilité l'État qui aurait contribué dans une mesure appréciable à créer ledit état de nécessité ; ii) il est également, semblerait-il, un principe général de droit reconnu par les nations civilisées qui veut que ne peut s'en prévaloir le cocontractant qui a contribué à la survenance de l'état de nécessité. Autrement dit, on peut, par application de l'article 31 3) de la Convention de Vienne, faire appel à ladite règle ou audit principe pour déterminer le sens de l'article XI du traité d'investissement bilatéral conclu entre l'Argentine et les États-Unis. Par suite, on peut dire dudit article qu'il signifie que ne peut s'en prévaloir toute partie qui aurait elle-même créé ou contribué dans une mesure appréciable à créer un quelconque état de nécessité²²⁰.

135. Certains juges ont également évoqué la fonction interprétative des principes généraux du droit à l'occasion de leurs opinions. Par exemple, dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, le juge Weeramantry a dit à propos de la question de l'intervention en vertu de l'article 62 du Statut de la Cour internationale de Justice que, « [é]tant donné la rareté des décisions internationales sur la question, la recherche de principes directeurs doit s'appuyer dans une grande mesure sur l'établissement de comparaisons et de distinctions avec les principes d'intervention appliqués en droit interne²²¹. Et le juge de faire observer ce qui suit :

Il est intéressant de se demander si les principes relatifs à l'intervention font partie, *mutatis mutandis*, des principes généraux introduits dans le droit international aux termes de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut. Si tel est le cas, ces principes peuvent être invoqués pour préciser le sens de l'article 62, dont tous conviennent qu'il n'est ni complet ni formulé avec clarté²²².

136. De même, dans l'affaire du *Droit de passage*, le juge Fernandes a exprimé l'avis suivant :

La priorité assignée par l'article 38 du Statut de la Cour à la convention et à la coutume par rapport aux principes généraux de droit n'exclut aucunement une application *simultanée* de ces principes et des deux premières sources de droit. Il arrive fréquemment qu'une décision rendue sur la base d'une convention spéciale ou générale ou d'une coutume exige un recours aux principes généraux

²¹⁹ *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited c. La République de l'Inde*, Cour permanente d'arbitrage, affaire n°2016-7, sentence du 21 décembre 2020, par. 1713, 1715 et 1717.

²²⁰ *El Paso Energy International Company c. La République argentine*, CIRDI, affaire n°ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, par. 624.

²²¹ *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), Requête des Philippines à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, opinion individuelle du juge *ad hoc* Weeramantry, p. 634, par. 13.

²²² *Ibid.*, p. 636, par. 18.

de droit [...] Le juge y recourra soit pour combler les lacunes des règles conventionnelles, soit pour les *interpréter*²²³.

137. Moins fréquents sont, semble-t-il, les cas où on a incontestablement fait appel aux principes généraux du droit pour interpréter ou compléter quelque règle du droit international coutumier. On citera à titre d'exemple allant dans ce sens l'affaire *LIAMCO c. Libye*, à l'occasion de laquelle il apparaît que le tribunal arbitral s'est fondé sur les principes généraux du droit pour compléter les règles coutumières d'indemnisation en cas d'expropriation légale. Ayant constaté, dans un premier temps, que la plupart des États reconnaissaient que toute nationalisation emportait l'obligation de verser une indemnisation laquelle devait inclure au minimum le *damnum emergens*²²⁴, le tribunal ajoutera cependant que la question de savoir si cette obligation s'étendait à celle de réparer la perte de profits (*lucrum cessans*) était sujette à controverse²²⁵. Le tribunal a indiqué que, sur ce point, le droit international vivait « une confusion »²²⁶, jugeant « de ce fait, nécessaire de faire appel aux principes généraux de droit tels qu'ils ont pu avoir été appliqués par les juridictions internationales », le principe d'équité en étant un, à son avis²²⁷. Autre exemple, dans un arrêt de 1917, la Cour de justice centraméricaine, appelée à dire si le Nicaragua avait violé les droits appartenant à El Salvador dans le golfe de Fonseca pour avoir conclu le Traité Bryan-Chamorro avec les États-Unis, a fait appel aux principes généraux du droit pour interpréter et éclairer les règles du droit international relatives aux baies historiques et les dispositions du Traité général de paix et d'amitié entre El Salvador et le Nicaragua²²⁸.

138. De ce qui précède, le Rapporteur spécial conclut que la fonction interprétative des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est bien établie. S'ils ont été pour l'essentiel mis au service de l'interprétation de traités, on ne saurait exclure que les principes généraux du droit puissent venir permettre d'éclairer le droit international coutumier en tels ou tels de ses aspects en tant qu'ils ont pour vocation de suppléer les lacunes du droit.

C. Les principes généraux du droit comme moyen de concourir à la cohérence de l'ordre juridique international droit

139. À l'occasion des débats sur le sujet, on a exprimé l'opinion que les principes généraux du droit pouvaient, plus généralement, concourir à donner plus de cohérence

²²³ *Droit de passage*, opinion dissidente du juge Fernandes, p. 140 (citant De Visscher, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, p. 413).

²²⁴ *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Libye*, sentence du 12 avril 1977, par. 283 à 287.

²²⁵ *Ibid.*, par. 293 à 318.

²²⁶ *Ibid.*, par. 324.

²²⁷ *Ibid.*, par. 325, 326 et 328.

²²⁸ *El Salvador c. Nicaragua*, Cour de justice centraméricaine, arrêt du 9 mars 1917, consultable dans *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), p. 674 à 730, p. 728 (« Ayant souscrit, par des accords solennels le liant au Gouvernement d'El Salvador, l'engagement de ne pas remettre en cause la consécration et le plein exercice des droits parfaits reconnus l'un à l'autre dans le Traité général de paix et d'amitié, le Gouvernement du Nicaragua ne peut, en tant que partie cédante, consentir l'installation d'une base navale dans le golfe de Fonseca, celui-ci étant tenu en copropriété par trois souverains copropriétaires, aucun desquels ne pouvant aliéner indépendamment ses droits sans affecter ceux des autres souverains, en tant que le golfe a eu et a le statut le statut de condominium en vertu du principe universel hérité du droit romain et fidèlement observé en droit moderne selon lequel les copropriétaires ne peuvent accomplir aucun acte de disposition d'une chose possédée en commun, si ce n'est ensemble et du consentement de tous »).

à l'ordre juridique international²²⁹. Certains membres de la Commission ont ainsi fait observer que les principes généraux du droit pouvaient « faire office de normes opérant dans les interstices des autres règles du droit international pour en assurer la cohérence et la cohésion »²³⁰, qu'ils « apportent cohérence et unité à l'interprétation des règles plus particulières dont ils sont à l'origine »²³¹, « contribuent à la systématisation du droit international »²³² ou servent d'« outils de systématisation des normes juridiques »²³³. Le Rapporteur spécial voit dans le fait que la pratique n'évoque guère cet intérêt systémique des principes généraux du droit la conséquence naturelle de ceci que cette source du droit international a essentiellement pour fonction de combler les lacunes du système juridique international.

140. Il convient que rappeler que, dans la déclaration qu'il a faite devant la Sixième Commission en 2019, le Président de la Cour internationale de Justice a évoqué les principes généraux du droit et la question de la cohérence systémique du droit international en ces termes :

La question de la cohérence du droit international est de nature existentielle pour cet ordre juridique. L'absence de législateur centralisé dans la société internationale a pu faire naître la crainte d'éventuelles contradictions entre normes juridiques. On s'est également interrogé sur les lacunes dont souffrirait le droit international et, par suite, sur la possibilité que la Cour prononce un *non liquet*. Le recours aux principes généraux peut être précieux pour aider à résoudre ces deux problèmes structurels-celui du processus normatif en droit international et celui du besoin de cohérence de l'ordre juridique international²³⁴.

141. De même, le juge Cançado Trindade a évoqué le rôle des principes généraux du droit en ces termes :

Ce sont les principes (étymologiquement du latin *principium*) qui, renvoyant aux causes, sources ou origines premières des normes et des règles, confèrent aux normes juridiques et au système juridique tout entier leur cohésion, leur cohérence et leur légitimité. Ce sont les principes généraux de droit (*prima principia*) qui confèrent à l'ordre juridique (national et international) sa dimension inéluctablement axiologique ; ce sont eux qui révèlent les valeurs inspirant l'ordre juridique dans son ensemble et qui, en définitive, constituent ses fondements²³⁵.

142. En l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État*, le juge Bennouna a cru voir dans les principes généraux du droit le moyen d'établir un lien entre les différentes sources du droit international :

²²⁹ Ainsi, la Slovénie a fait observer que « tout principe identifié comme un principe général de droit ne doit pas perdre son caractère le plus fondamental : il doit permettre au droit de fonctionner comme tel, même au niveau international (principe de l'égalité souveraine) » (A/C.6/76/SR.24, par. 40). La Sierra Leone a vu dans les principes généraux du droit des « moyens de promouvoir une plus grande cohérence et de maintenir la stabilité dans l'ordre juridique international » (A/C.6/74/SR.31, par. 105).

²³⁰ Voir l'intervention de M. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 4).

²³¹ Voir l'intervention de M^{me} Lehto (A/CN.4/SR.3541, p. 6 et A/CN.4/SR.3492, p. 17).

²³² Voir l'intervention de M^{me} Galvão Teles (A/CN.4/SR.3539, p. 17).

²³³ Voir l'intervention de M^{me} Oral (A/CN.4/SR.3492, p. 6).

²³⁴ Discours prononcé par S.E. M. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Président de la Cour internationale de Justice devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale à New York, le 1^{er} novembre 2019, par. 37. Voir également A. A. Yusuf, « Concluding remarks », in Andenas *et al.* (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law*, p. 448 à 457 p. 456.

²³⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I. J. Recueil 2010, p. 14, opinion individuelle du juge Cançado Trindade, par. 201.

C'est en prenant en compte l'ensemble de ces composantes [relevant du droit des immunités et du droit de la responsabilité de l'État], dans leur complémentarité, que la Cour peut contribuer à la garantie de l'unité du droit international au service de la justice internationale. Cette fonction éminente ne peut se satisfaire d'une approche formaliste étroite, consistant à analyser l'immunité en elle-même, *stricto sensu*, sans souci des victimes des crimes internationaux qui demandent que justice leur soit rendue. On peut considérer [...] qu'une « interstitial norm » devrait permettre d'établir le lien entre le droit des immunités et le droit de la responsabilité internationale. Il s'agirait d'invoquer, pour cela, des principes généraux du droit, ainsi que l'a fait la Cour dans l'affaire *Détroit de Corfou* lorsqu'elle s'est référée aux « considérations élémentaires d'humanité » en tant que lien entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire²³⁶.

143. La fonction systémique des principes généraux du droit est également évoquée en doctrine. On a ainsi fait observer que « les principes visés [au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice] sont ou, en tout état de cause, incluent les principes en l'absence desquels aucun système juridique ne peut simplement pas fonctionner et qui font partie intégrante du raisonnement juridique »²³⁷. Selon une autre partie de la doctrine cette fonction est triple :

Premièrement, les principes de droit constituent la force centripète venant mettre en évidence et renforcer le caractère systémique de l'ordre juridique. Deuxièmement, ils opèrent comme outil de promotion de la convergence intrasystémique dans la constellation des juridictions internationales, venant prévenir ou atténuer la fragmentation des approches retenues dans différentes branches du droit international en veillant à les maintenir dans la sphère du droit international général. Troisièmement, les principes de droit concourent à conférer au système sa cohérence interne en rapprochant le droit international des systèmes de droit interne²³⁸.

144. De même, pour certains auteurs les principes généraux du droit contribuent grandement à « assurer la cohérence systémique de l'ordre juridique international et à favoriser son développement progressif » au point que « le système juridique international soit en mesure non seulement de dégager en son sein des solutions juridiques adaptées aux questions qui se font jour, mais également de se donner les mécanismes propres à lui permettre de réconcilier les différentes branches dudit système juridique dont la prolifération est susceptible de susciter de plus en plus de conflits de réglementations »²³⁹.

²³⁶ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce intervenant)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99, opinion individuelle du juge Bennouna, par. 28.

²³⁷ Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 113. Voir également Kolb, *Theory of International Law*, p. 136 (« En bonne logique, il est des principes généraux dont force est de dire présumer l'existence de quelque ordre juridique. En l'absence desdits principes, l'interprétation des sources serait prise dans un cercle vicieux ») ; Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », p. 106 [Les principes généraux du droit « constituent le socle même du système juridique [international] et sont indispensables à son fonctionnement » (citant Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*)].

²³⁸ Andenas et Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law », p. 10.

²³⁹ R. Pisillo Mazzeschi et A. Viviani, « General principles of international law : from rules to values? », dans R. Pisillo Mazzeschi et P. de Sena (dir. publ.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (Springer, 2018), p. 113 à 162, p.126. Voir également C. Eggett, « The role of principles and general principles in the 'constitutional processes' of international law », in *Netherlands International Law Review*, vol. 66 (2019), p.197 à 217 ; I. Skomerska-Muchowska, « Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law », p. 257 et 260 ; M. Koskenniemi,

145. De l'avis du Rapporteur spécial, si l'on peut dire de tous les principes généraux du droit, ainsi que des autres sources du droit international, qu'ils concourent d'une certaine manière à donner sa cohérence au système juridique international, certains de ces principes généraux sont, semblerait-il, censés remplir plus directement cette vocation. Au nombre de ces principes on citera la règle *pacta sunt servanda*, la bonne foi²⁴⁰, les principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior*²⁴¹, le respect de la dignité humaine et les considérations élémentaires d'humanité.

146. Il semble donc exact de dire que les principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice peuvent concourir à assurer la cohérence du système juridique international et ce, parce qu'ils ont pour fonction première de combler les lacunes du droit, peu importe qu'ils remplissent cette vocation en venant consacrer des droits et obligations substantiels ou des règles secondaires, procédurales ou interprétatives.

147. S'autorisant des explications fournies dans la présente partie du rapport, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion dont le texte suit :

Projet de conclusion 10

Absence de hiérarchie entre les sources du droit international

Les principes généraux du droit ne sont pas dans une relation hiérarchique avec les traités et le droit international coutumier.

Projet de conclusion 11

Coexistence

Les principes généraux du droit peuvent coexister avec des règles conventionnelles et coutumières de contenu identique ou analogue.

Projet de conclusion 12

Principe de la lex specialis

La relation entre les principes généraux du droit et les règles issues des autres sources du droit international traitant de la même matière est régie par le principe de la *lex specialis*.

Projet de conclusion 13

Suppléance des lacunes du droit

Les principes généraux du droit ont pour fonction essentielle de suppléer les lacunes éventuelles des traités et du droit international coutumier.

« General Principles: reflexions on constructivist thinking in international law », in M. Koskeniemi (dir. publ.), *Sources of International Law* (Londres, Routledge, 2017), p. 359 à 402, p. 381 et 382 ; S. Besson, « General principles of international law – Whose principles? », p. 48.

²⁴⁰ Qui ont été qualifiés « indispensables au bon fonctionnement du système juridique ». Voir Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 118.

²⁴¹ Voir *Annuaire...2006*, vol. II (1^{re} partie) (Additif 2), document [A/CN.4/L.682](#) et Add.1, par. 26 (« Les conflits de règles sont un phénomène connu de tous les systèmes juridiques. Les systèmes juridiques sont aussi tous au fait des moyens de les régler. Des principes tels que ceux de la *lex specialis* ou de la *lex posterior* sont connus de la plupart des systèmes juridiques et [...] du droit international. Les systèmes juridiques internes ont aussi mis au point de solides relations hiérarchiques entre règles et régimes juridiques (en plus des institutions hiérarchiques appelées à trancher les conflits de droit). Cependant, en droit international [...] les hiérarchies sont beaucoup moins fréquentes et beaucoup moins solides. De nombreux types de principes interprétatifs sont censés contribuer à la résolution des conflits »).

Projet de conclusion 14
Fonctions spécifiques des principes généraux du droit

Les principes généraux du droit peuvent servir notamment :

- a) de fondement autonome à des droits et à des obligations ;
- b) à interpréter et à compléter d'autres règles du droit international ;
- c) à assurer la cohérence du système juridique international.

Quatrième partie : suite des travaux

148. Ainsi qu'il est dit dans l'introduction, le présent troisième rapport venant compléter les projets de conclusion proposés par le Rapporteur spécial²⁴², la suite des travaux sur le sujet dépendra de l'état d'avancement des travaux de la Commission à sa session de 2022 avant la fin du présent quinquennat. Si la Commission est en mesure d'adopter provisoirement un ensemble de projets de conclusion et les commentaires y relatifs, le Rapporteur spécial proposera dans son quatrième rapport les modifications qui pourraient y être apportées à la lumière du débat à la Sixième Commission en 2022 et de toutes observations écrites émanant des États et d'autres entités. Le Rapporteur spécial ambitionne de conclure ses travaux sur le présent sujet, si possible, lors de la session de la Commission en 2024, après que cette dernière aura examiné par le menu et révisé à fond le texte des projets de conclusion et les commentaires y relatifs, tels qu'adoptés en 2022.

149. Le Rapporteur spécial a également l'intention de proposer pour examen une bibliographie aux membres de la Commission.

²⁴² Voir *supra* par. 6.