



# Assemblée générale

Distr. générale  
9 avril 2020  
Français  
Original : anglais

## Commission du droit international

Soixante-douzième session

Genève, 27 avril-5 juin et 6 juillet-7 août 2020

## Deuxième rapport sur les principes généraux du droit

Marcelo Vázquez-Bermúdez, Rapporteur spécial\*

### Table des matières

	<i>Page</i>
Introduction . . . . .	2
Première partie : Considérations générales . . . . .	3
Deuxième partie : Détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux . . . . .	5
I. Approche de base : une analyse en deux étapes . . . . .	6
II. Détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde . . . . .	7
III. Constat de la transposition dans l'ordre juridique international . . . . .	23
IV. Différence avec la méthode de détermination du droit international coutumier . . . . .	35
Troisième partie : Détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international . . . . .	37
I. Considérations générales . . . . .	37
II. Méthode . . . . .	40
III. Différence avec la méthode de détermination du droit international coutumier . . . . .	53
Quatrième partie : Moyens auxiliaires de détermination des principes généraux de droit . . . . .	56
Cinquième partie : Suite des travaux . . . . .	59
Annexe	
Projets de conclusion proposés . . . . .	60

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



## Introduction

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

2. À sa soixante et onzième session, en 2019, la Commission a tenu un débat général<sup>2</sup> sur la base du premier rapport du Rapporteur spécial<sup>3</sup>, qui revêtait un caractère introductif. À l'issue du débat, le Rapporteur spécial a constaté ce qui suit :

a) un consensus existait parmi les membres de la Commission sur les limites du sujet et sur la forme que devait prendre le résultat final des travaux. Le sujet portait sur les points suivants : la nature juridique des principes généraux de droit comme source du droit international ; les origines des principes généraux de droit et les catégories correspondantes ; les fonctions des principes généraux de droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international ; la détermination des principes généraux de droit. On a convenu que le résultat final des travaux devrait prendre la forme de conclusions assorties de commentaires ;

b) de l'avis général, la Commission devait prendre comme point de départ de ses travaux l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice, analysé à la lumière de la pratique des États et de la jurisprudence internationale ;

c) il était largement admis que la « reconnaissance » était une condition indispensable à l'existence d'un principe général de droit ;

d) les membres de la Commission ont convenu que l'expression « nations civilisées » était archaïque et ne devait plus être employée. Dans le monde d'aujourd'hui, toutes les nations étaient réputées civilisées ;

e) les membres de la Commission ont unanimement souscrit à l'idée qu'il existait une catégorie de principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux et approuvé la méthode générale retenue pour les déterminer, à savoir l'analyse en deux étapes ;

f) de nombreux membres de la Commission ont souscrit à l'idée qu'il existait une catégorie de principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international. Toutefois, on s'est interrogé, notamment, sur la façon dont ces principes devaient être déterminés et sur leurs relations avec le droit international coutumier<sup>4</sup>.

3. Les États ont exprimé des vues analogues à la Sixième Commission. Plusieurs délégations ont approuvé la façon dont le sujet était défini. Certaines délégations ont été d'avis également que la Commission devrait prendre pour base de ses travaux l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, tout en faisant observer que le terme « nations civilisées » était obsolète et ne devait plus être employé<sup>5</sup>. Les délégations ont dans l'ensemble reconnu l'existence de la première catégorie de principes généraux de droit et son intérêt pour l'étude du sujet. La plupart des États ont reconnu l'existence de la deuxième catégorie de principes généraux de droit, certains se demandant toutefois si elle relevait bien du sujet, si la pratique des États était suffisante pour parvenir à des conclusions probantes ou si ces principes ne relevaient pas d'une autre source de droit international<sup>6</sup>. Les délégations ont également invité la Commission à bien distinguer entre principes généraux de droit et droit international coutumier<sup>7</sup>.

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

<sup>2</sup> A/CN.4/SR.3488-3494.

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

<sup>4</sup> A/CN.4/SR.3494.

<sup>5</sup> A/CN.4/734, par. 33.

<sup>6</sup> Ibid., par. 34.

<sup>7</sup> Ibid.

4. À sa soixante et onzième session, la Commission a demandé aux États de fournir des informations sur leur pratique relative aux principes généraux de droit<sup>8</sup>. Au moment de l'établissement du présent rapport, quatre États avaient communiqué par écrit des informations à cet égard ; le Rapporteur spécial les en remercie vivement. Toutes nouvelles contributions seraient bienvenues, à tout moment.

5. Le présent rapport porte sur la détermination des principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Dans la première partie, on abordera quelques questions générales sur la détermination. On rappellera les conclusions préliminaires sur la détermination auxquelles le débat de 2019 avait abouti, en exposant brièvement l'approche globale retenue dans le présent rapport.

6. La deuxième partie porte sur la détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Dans le chapitre I, on exposera succinctement l'approche de base retenue à cette fin, à savoir que, pour déterminer un principe général de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il faut procéder à une analyse en deux étapes. Les chapitres II et III portent sur l'une et l'autre de ces étapes : d'abord, mettre au jour un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; ensuite, établir que ce principe est transposé dans le système juridique international. Enfin, dans le chapitre IV, on verra en quoi la méthode de détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux diffère de la méthode de détermination du droit international coutumier.

7. La troisième partie porte sur la détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international. Dans le chapitre I, on rappellera les réserves qu'a suscitées cette catégorie de principes généraux de droit lors du débat de 2019 à la Commission du droit international et à la Sixième Commission, en expliquant l'approche générale suivie dans le présent rapport. Dans le chapitre II, on présentera la méthode retenue pour établir l'existence de principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international. Dans le chapitre III, on verra en quoi cette méthode diffère de la méthode de détermination du droit international coutumier.

8. La quatrième partie porte sur les moyens auxiliaires de détermination des principes généraux de droit. La cinquième et dernière partie présente brièvement la suite qui sera donnée aux travaux.

## Première partie : Considérations générales

9. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient de faire cinq observations générales.

10. Tout d'abord, dans la mesure où l'étude du présent sujet vise à fournir des orientations pratiques aux praticiens pouvant être appelés à appliquer des principes généraux du droit, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il est inutile pour la Commission de chercher à élucider systématiquement les processus complexes par lesquels les principes généraux du droit apparaissent, évoluent ou tombent en désuétude. Il va de soi que la Commission s'intéressera à ces processus, de façon indirecte, lorsqu'elle décrira la méthode de détermination des principes généraux du droit, ces questions étant à l'évidence liées entre elles. Dans ses travaux, la Commission devra s'attacher avant tout, dans un souci pratique, à indiquer comment établir l'existence et le contenu d'un principe général du droit à tel ou tel moment<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n°10 (A/74/10)*, par. 30.

<sup>9</sup> Cette approche est celle qu'avait retenue la Commission lors de son examen du sujet « Détermination du droit international coutumier » [voir le par. 5) du commentaire relatif à la

11. Deuxièmement, comme il a été dit plus haut, on s'accorde en général à admettre, tant à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission, que la reconnaissance est une condition indispensable à l'existence d'un principe général du droit<sup>10</sup>. Pour établir qu'il existe un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il faut examiner avec soin tous les éléments susceptibles de montrer que le principe en question est « reconnu par les nations civilisées ». Il s'agit là d'un critère objectif, dont on cherchera à préciser les contours dans les deuxième et troisième parties du présent rapport, en se fondant sur la pratique et la jurisprudence existantes et la doctrine.

12. Troisièmement, il convient de s'arrêter sur le terme « nations civilisées » figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice – terme qui, comme indiqué dans le premier rapport, désigne l'entité dont la reconnaissance est requise pour établir l'existence d'un principe général de droit<sup>11</sup>. Lors du débat de 2019, les membres de la Commission ont fait plusieurs propositions afin de lui substituer un terme plus moderne<sup>12</sup>.

13. De l'avis du Rapporteur spécial, le terme « l'ensemble des nations » est celui qui convient le mieux. On le trouve au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« principes généraux de droit reconnus par *l'ensemble des nations* » [non souligné dans l'original]), un traité auquel 173 États sont parties et qui est donc largement accepté<sup>13</sup>. Cette disposition du Pacte visant manifestement la source du droit international dont il est question à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, on peut considérer qu'elle éclaire le sens qu'il convient de donner aujourd'hui au terme « nations civilisées ». Ainsi, dans le présent rapport, le terme « l'ensemble des nations » est employé en lieu et place de « nations civilisées » à chaque fois que l'on entend désigner l'entité dont la reconnaissance est requise pour établir l'existence d'un principe général de droit.

14. Quatrièmement, on rappellera que le premier rapport distingue deux catégories de principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à examiner tous deux par la Commission dans son étude : les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux et les principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international. Après avoir soigneusement examiné l'ensemble des opinions exprimées

---

conclusion 1 du projet de conclusions sur le sujet, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, à la p. 131].

<sup>10</sup> A/CN.4/732, par. 164.

<sup>11</sup> Ibid., par. 176.

<sup>12</sup> Ont notamment été proposés les termes « communauté internationale », « communauté internationale des États », « communauté internationale des États dans son ensemble », « communauté internationale dans son ensemble » et « communauté des nations ». Voir les interventions de M<sup>me</sup> Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, p. 21), de M. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, p. 10), de M. Hassouna (A/CN.4/SR.3490, p. 24), de M. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, p. 15), de M. Nguyen (A/CN.4/SR.3491, p. 14), de M. Nolte (A/CN.4/SR.3492, p. 18), de M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3492, p. 13) et de M. Šturma (A/CN.4/SR.3493, p. 15). Voir également Sienho Yee, « We are all “civilized nations” : Arguments for cleaning up Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice », in Yee (dir.), *Towards an International Law of Co-progressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility* (Leyde, Brill, 2014), p. 21 à 35.

<sup>13</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171. Voir également la déclaration de l'Allemagne (A/C.6/74/SR.28, par. 105), des États-Unis (disponible sur le portail PaperSmart), du Pérou (disponible sur le portail PaperSmart, à <https://papersmart.unmeetings.org/>) et de la Sierra Leone (A/C.6/74/SR.31, par. 110).

à cet égard à la Commission du droit international et à la Sixième Commission, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il convient de conserver ces deux catégories.

15. Enfin, le Rapporteur spécial tient à rappeler que, de son point de vue, les critères permettant de déterminer l'existence d'un principe général de droit sont des critères stricts qui ne doivent pas servir de raccourci facile pour déterminer les normes du droit international. Ils doivent néanmoins être suffisamment souples pour que l'entreprise de détermination n'apparaisse pas comme une tâche impossible. C'est en trouvant un juste équilibre que la Commission pourra mener à bien ses travaux sur le sujet<sup>14</sup>.

## **Deuxième partie : Détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux**

16. Il ressort du premier rapport que, dans la pratique et la doctrine, il est bien établi que les principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice comprennent ceux découlant des systèmes juridiques nationaux<sup>15</sup>. Comme indiqué plus haut, lors du débat de 2019, la quasi-totalité des membres de la Commission se sont rangés à cet avis. À la Sixième Commission, plusieurs États ont dit également partager ce point de vue, en particulier les suivants : l'Australie<sup>16</sup>, l'Autriche<sup>17</sup>, le Belarus<sup>18</sup>, le Chili<sup>19</sup>, la Chine<sup>20</sup>, Cuba<sup>21</sup>, l'Équateur<sup>22</sup>, l'Égypte<sup>23</sup>, El Salvador<sup>24</sup>, l'Espagne<sup>25</sup>, l'Estonie<sup>26</sup>, les États fédérés de Micronésie<sup>27</sup>, les États-Unis d'Amérique<sup>28</sup>, la Fédération de Russie<sup>29</sup>, la France<sup>30</sup>, l'Italie<sup>31</sup>, la Malaisie<sup>32</sup>, la Norvège (au nom des pays nordiques)<sup>33</sup>, les Pays-Bas<sup>34</sup>, le Pérou<sup>35</sup>, les Philippines<sup>36</sup>, le Portugal<sup>37</sup>, la République islamique d'Iran<sup>38</sup>, la République tchèque<sup>39</sup>, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord<sup>40</sup>, la Sierra Leone<sup>41</sup>, la Slovaquie<sup>42</sup>, le Soudan<sup>43</sup> et le Viet Nam<sup>44</sup>. De l'avis du

<sup>14</sup> [A/CN.4/SR.3494](#), p. 6.

<sup>15</sup> [A/CN.4/732](#), par. 190 à 230.

<sup>16</sup> Disponible sur le portail PaperSmart.

<sup>17</sup> [A/C.6/74/SR.31](#), par. 88.

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 95.

<sup>19</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), par. 49 à 51.

<sup>20</sup> [A/C.6/74/SR.27](#), par. 95 et 96.

<sup>21</sup> [A/C.6/74/SR.31](#), par. 135.

<sup>22</sup> [A/C.6/74/SR.27](#), par. 37.

<sup>23</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), par. 90.

<sup>24</sup> *Ibid.*, par. 111.

<sup>25</sup> *Ibid.*, par. 39.

<sup>26</sup> *Ibid.*, par. 118.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 54.

<sup>28</sup> Disponible sur le portail PaperSmart.

<sup>29</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), par. 78.

<sup>30</sup> [A/C.6/74/SR.31](#), par. 122.

<sup>31</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), para. 33.

<sup>32</sup> Disponible sur le portail PaperSmart.

<sup>33</sup> [A/C.6/74/SR.31](#), par. 77.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 153.

<sup>35</sup> Disponible sur le portail PaperSmart.

<sup>36</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), par. 3.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 85.

<sup>38</sup> Disponible sur le portail PaperSmart.

<sup>39</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), para. 104.

<sup>40</sup> *Ibid.*, par. 15.

<sup>41</sup> [A/C.6/74/SR.31](#), par. 109.

<sup>42</sup> *Ibid.*, par. 118.

<sup>43</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), par. 28.

<sup>44</sup> *Ibid.*, par. 59.

Rapporteur spécial, la large reconnaissance dont jouit cette catégorie de principes généraux de droit autorise la Commission à poursuivre ses travaux.

17. S'agissant de la méthode de base à adopter pour déterminer les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, on a convenu qu'il fallait procéder en deux temps : d'abord, déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; ensuite, établir que ce principe est transposé dans le système juridique international<sup>45</sup>. On s'est posé toutefois plusieurs questions, notamment les suivantes :

- a) comment s'exprimait la reconnaissance ?
- b) quelle place devait occuper le principe considéré dans les systèmes juridiques nationaux ?
- c) que voulait dire l'expression « l'ensemble des nations » dans ce contexte ?
- d) en quoi la méthode de détermination des principes généraux du droit différait-elle de la méthode de détermination du droit international coutumier ?

18. Ces questions ont été dûment prises en compte par le Rapporteur spécial et sont traitées ci-après.

## I. Approche de base : une analyse en deux étapes

19. Comme il est noté dans le premier rapport, il est généralement admis que, pour déterminer les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, il faut procéder en deux temps : premièrement, déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ; deuxièmement, établir que ce principe est transposé dans le système juridique international.

20. Cette analyse en deux temps est une opération double visant à montrer que la condition de reconnaissance prévue à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice est remplie. Elle permet d'asseoir sur une base objective l'existence et le contenu d'un principe général de droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Elle obéit à des critères rigoureux : l'existence d'un principe général de droit ne peut et ne doit facilement se présumer.

21. Dans le premier rapport, on a voulu savoir ce que recouvrait la « reconnaissance » visée à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 en ce qui concernait cette catégorie de principes généraux de droit. On a rappelé que, pour certains, la condition de reconnaissance était remplie dès lors qu'un même principe se trouvait dans les principaux systèmes juridiques du monde<sup>46</sup>. On s'est demandé toutefois si un élément de reconnaissance était requis, le cas échéant, lorsqu'il s'agissait d'établir que le principe en question était transposé dans le système juridique international<sup>47</sup>.

22. Comme il sera expliqué plus en détail ci-après, on entend par « reconnaissance », dans le présent contexte, le fait qu'il existe dans les systèmes juridiques nationaux des principes qui, sous certaines conditions, font partie du droit international. La première étape de l'analyse sert à établir qu'un principe juridique est reconnu par l'ensemble des nations et à préciser son contenu. La deuxième étape vise à établir que le principe est en outre reconnu par l'ensemble des nations comme faisant partie du droit international, dès lors qu'il est compatible avec les principes

<sup>45</sup> A/CN.4/SR.3494, p. 6.

<sup>46</sup> A/CN.4/732, par. 167 et 168.

<sup>47</sup> Ibid., par. 170. Voir également les interventions de M. Murphy (A/CN.4/SR.3490, p. 13) et de M. Wood (ibid., p. 7).

fondamentaux du droit international et que sont réunies les conditions de sa bonne application dans le système juridique international.

## II. Détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde

23. Pour déterminer les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, une première étape consiste à établir l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde. Bien établie dans la pratique des États, la jurisprudence internationale et la doctrine, cette opération exige de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux, le but étant de montrer qu'un principe leur est commun et que celui-ci est donc reconnu par l'ensemble des nations. C'est à cette étape de l'analyse que le contenu du principe général de droit est explicité.

24. Afin d'éclairer cette étape, les sections ci-dessous traitent des questions suivantes : quels sont les systèmes juridiques nationaux à examiner ? Comment établir qu'un principe leur est commun ? Quels sont les éléments à prendre en considération dans l'analyse comparative ?

### A. Les « principaux systèmes juridiques du monde »

25. La question qu'il convient d'abord de régler est la suivante : quels sont les systèmes juridiques nationaux à examiner lorsque l'on cherche à déterminer un principe général de droit relevant de la première catégorie ? Comme on va le voir ci-après, pour s'assurer que la condition de reconnaissance est remplie, il faut impérativement que l'analyse comparative soit large et représentative et englobe ce que l'on appelle les « principaux systèmes juridiques du monde »<sup>48</sup>.

26. Partons de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 3 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui donne quelques indications à cet égard. Cette disposition veut que les principes généraux de droit soient reconnus par l'ensemble des nations (« *the community of nations* »), ce qui laisse supposer que, pour exister, un principe général de droit doit être généralement reconnu par les membres de cet ensemble<sup>49</sup>. Cette analyse s'appuie sur le principe de l'égalité souveraine des États, énoncé au paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies<sup>50</sup>, et sur le fait que, comme il est montré dans le premier rapport et comme l'admettent les membres de la Commission, les principes généraux du droit font partie du droit

<sup>48</sup> Voir *infra*, par. 54.

<sup>49</sup> Voir également le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ») et l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, (« les principes généraux du droit dégagés [...] à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde »). Dans l'opinion individuelle qu'il a rédigée dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, le juge Ammoun a fait observer que « [l]e texte de l'Article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour [internationale de Justice] [...] ne pourrait être interprété autrement qu'en lui reconnaissant une portée universelle ne comportant point de discrimination entre les membres d'une même communauté fondée sur l'égalité souveraine ». Voir *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, opinion individuelle de M. Fouad Ammoun, p. 135.

<sup>50</sup> Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe. Il y est notamment affirmé que « les États sont juridiquement égaux ».



international général<sup>51</sup>. Or, comme l'a souligné la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, les règles du droit international général « doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale »<sup>52</sup>, ce qui implique que lesdites règles soient reconnues par lesdits membres en général. Dans le cadre de la première étape de l'analyse visant à déterminer les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, cela signifie que, pour s'assurer qu'un principe est effectivement reconnu par l'ensemble des nations, il convient d'examiner le plus grand nombre possible de systèmes juridiques nationaux.

27. Cette approche est confortée par la pratique, où l'on trouve divers exemples de juridictions ou d'États évoquant la large reconnaissance dont doit jouir un principe dans les systèmes juridiques nationaux. Ainsi, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice a fait mention des « règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne »<sup>53</sup>. Des États et d'autres juridictions internationales ont également pris note du critère voulant qu'un principe soit reconnu dans les systèmes juridiques internes<sup>54</sup> ou existe dans « tous » les systèmes juridiques<sup>55</sup>, les

<sup>51</sup> A/CN.4/732, par. 160 et 161 ; A/CN.4/SR.3494, p. 4.

<sup>52</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 49), p. 39, par. 63.

<sup>53</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la p. 38, par. 50. Voir aussi *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 582, à la p. 605, par. 60 à 62, et *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, à la p. 675, par. 104.

<sup>54</sup> Voir, par exemple, *Affaire de la Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt du 18 novembre 1960, Cour internationale de Justice, C.I.J. Recueil 1960, p. 192, contre-mémoire du Nicaragua, par. 56 (« ce qui se passe en général dans le droit interne ») ; *Questech, Inc. v. Iran*, affaire n° 59, sentence n° 191-59-1 du 20 septembre 1985, Tribunal des différends irano-américains, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 9, p. 107 et suiv., p. 122 ([traduction non officielle] « incorporé dans un si grand nombre de systèmes juridiques ») ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, Cour internationale de Justice, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, réponse de la Slovaquie, vol. I, par. 6.27 ([traduction non officielle] « courant dans les contrats de droit interne ») ; Cour constitutionnelle allemande, arrêt du 4 septembre 2004, 2 BvR 1475/07, par. 20 ([traduction non officielle] « les principes de droit reconnus qui sont communs aux systèmes juridiques nationaux ») ; *Sentence arbitrale relative à la délimitation de la région de l'Abyei entre le Gouvernement du Soudan et le Mouvement/Armée populaire de libération du Soudan*, affaire n° 2008-7, sentence du 22 juillet 2009, Cour permanente d'arbitrage, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXX, p. 145-416, p. 299, par. 401 ([traduction non officielle] « les critères de contrôle applicables en droit international public et dans les systèmes juridiques nationaux, dans la mesure où ces derniers partagent généralement les mêmes pratiques ») ; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, affaire n° ARB/03/15, sentence du 31 octobre 2011, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par. 622 ([traduction non officielle] « règles largement appliquées en droit interne ») ; Cour suprême des Philippines, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC*, décision du 8 mars 2016 (GR n° 221697 ; GR n° 221698-700), p. 19 et 21 ([traduction non officielle] « à la base généralement des systèmes juridiques »). Voir aussi *Isaiah v. Bank Mellat*, affaire n° 219, sentence n° 35-219-2 du 30 mars 1983, Tribunal des différends irano-américains, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 2, p. 237 et suiv. ; *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, affaire n° 430, sentence n° 438-430-1 du 5 septembre 1989, Tribunal des différends irano-américains, *ibid.*, vol. 23, p. 171, par. 92 ; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, affaire n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, jugement du 22 février 2001, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 439 ; Cour constitutionnelle allemande, arrêt du 8 mai 2007, BVerGE 118, 124, par. 63.

<sup>55</sup> Voir, par exemple, l'affaire du *Queen* entre le Brésil et la Norvège et la Suède (1871) ([traduction non officielle] « reconnu par le droit de tous les pays ») (in Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne, Stämpfli, 1902, p. 155) ; *Affaire du détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, Cour internationale de Justice, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la p. 18 (« admis dans tous les systèmes de droit ») ; *Le Procureur*



« grands » ou « principaux » systèmes juridiques<sup>56</sup>, « un grand nombre »<sup>57</sup> de systèmes juridiques ou la « majorité »<sup>58</sup> d'entre eux.

28. La présente analyse ne signifie pas pour autant qu'il faille examiner les systèmes juridiques de tous les États de la planète lorsqu'on veut dégager un principe général du droit<sup>59</sup>. La tâche serait extrêmement lourde, si ce n'est impossible. Une approche

- 
- c. Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-T, décision relative à la requête aux fins de permettre aux témoins K, L et M de témoigner par voie de vidéoconférence, le 28 mai 1997, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 7 et 8 (« reconnues dans le droit interne de tous les États civilisés ») ; *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, arrêt du 2 septembre 1998, Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 46 (« reconnu par les systèmes de droit du monde entier ») ; *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 225 (« il serait nécessaire de démontrer qu'en tout état de cause, les principaux systèmes juridiques du monde adoptent la même approche de cette notion ») ; *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-A, arrêt du 20 février 2001, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 179 (« reconnu par tous les systèmes juridiques »).
- <sup>56</sup> Voir, par exemple, *Le Procureur c. Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, jugement du 10 décembre 1998, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 178 (« communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques ») ; *Le Procureur c. Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, le 31 janvier 2000, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 15 (« communs aux grands systèmes juridiques dans le monde ») ; *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.*, affaire n° IT-95-16-T, jugement du 14 janvier 2000, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 677 (« principaux systèmes pénaux dans le monde ») ; *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne), exceptions préliminaires*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 6, mémoire du Liechtenstein, à la p. 144, par. 6.5 ([traduction non officielle] « elle est appliquée dans les principaux systèmes de droit nationaux ») ; Conseil fédéral de la Confédération suisse, « Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne » (30 mars 2011), *Feuille fédérale*, p. 3412, à la p. 3411 ; *Le Procureur c. Nikola Šainović et al.*, affaire n° IT-05-87-A, arrêt du 23 janvier 2014, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 1644 ([traduction non officielle] « grands systèmes juridiques du monde »).
- <sup>57</sup> Voir, par exemple, *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, mémoire de l'Allemagne, par. 4.125 ([traduction non officielle] « nombreux régimes juridiques nationaux ») ; *Le Procureur c. Radislav Krstić*, affaire n° IT-98-33-A, arrêt du 19 avril 2004, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 141 (« nombreux systèmes juridiques internes ») ; *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, *C.I.J. Recueil 2014*, p. 147, contre-mémoire de l'Australie, vol. I, par. 4.15, 4.18 et 4.21 (« le droit interne de nombreux Etats » ; « maints régimes de droit internes » ; « nombreux régimes juridiques nationaux »).
- <sup>58</sup> Voir, par exemple, *Fabiani case* (1896) [*in Pasicrisie internationale* (voir *supra*, note 55), p. 356] ([traduction non officielle] « majorité des législations ») ; *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Libyan Arab Republic Relating to Petroleum Concessions*, sentence du 12 avril 1977, *International Legal Materials*, vol. 20 (janvier 1981), p. 1 à 87, à la p. 37 [72] ([traduction non officielle] « les systèmes de droit les plus répandus ») ; *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, sentence n°135-33-1 du 20 juin 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 6, p. 168 ([traduction non officielle] « codifié ou reconnu en droit dans la grande majorité des systèmes juridiques internes du monde ») ; *Aloboetoe et al. v. Suriname*, arrêt (réparations et dépens) du 10 septembre 1993, Cour interaméricaine des droits de l'homme, série C, n° 15, par. 62 ([traduction non officielle] « la plupart des systèmes juridiques ») ; *El Paso v. Argentina* (voir *supra*, note 54), par. 623 ([traduction non officielle] « les règles et principes appliqués dans la majorité des systèmes juridiques internes »).
- <sup>59</sup> Il ne s'agit pas non plus, comme l'a fait observer un membre de la Commission, d'un simple calcul mathématique. Voir l'intervention de M. Wood (A/CN.4/SR.3490, p. 9). De même, le juge Tanaka a estimé que « la reconnaissance d'un principe par les nations civilisées ne signifie pas [...] qu'il doive être reconnu par toutes les nations civilisées » (*Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, Cour internationale de justice, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 6, opinion dissidente de M. Tanaka, p. 250, à la p. 297).

plus pragmatique ressort de la pratique, où il apparaît que les États et les juridictions internationales ont préféré procéder à des analyses comparatives larges et représentatives, englobant différentes familles juridiques et régions du monde.

29. La pratique étatique en la matière jaillit notamment des pièces de procédure présentées par les États devant les juridictions internationales. Ainsi, dans l'arbitrage des *Réclamations relatives à l'Alabama*, les États-Unis, cherchant à élucider le sens du terme « diligence raisonnable » employé dans le traité de Washington de 1871, ont invoqué le droit romain et les lois de l'Angleterre, de l'« Amérique » et du « continent européen »<sup>60</sup>. De même, dans l'affaire *Pious Fund*, le Mexique et les États-Unis ont pris appui sur le droit romain et sur le droit et la jurisprudence de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Espagne, des États-Unis, de la France, du Mexique, des Pays-Bas et de la Prusse pour déterminer le contenu du principe de *res judicata*<sup>61</sup>.

30. On trouve dans la pratique contemporaine de certains États des études comparatives portant sur un nombre bien plus vaste de pays. Ainsi, dans l'affaire du *Droit de passage*, le Portugal, cherchant à prouver l'existence d'un principe général de droit qui l'autoriserait à accéder à un territoire enclavé, a produit une étude comparative portant sur 64 systèmes de droit interne et fait valoir que toutes les familles juridiques y étaient représentées : « législations dites de droit civil (latin ou germanique), « common law », droits des démocraties populaires, droit islamique, droits scandinaves, droits asiatiques »<sup>62</sup>. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, Nauru a produit une étude comparative visant à évaluer dans quelle mesure les *trusts* et les institutions fiduciaires étaient reconnus dans les différents systèmes juridiques du monde. L'étude portait sur les systèmes de *common law* et de droit civil de diverses régions du monde, notamment des pays suivants : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, le Bangladesh, la Belgique, le Canada, le Chili, la Chine, Chypre, la Colombie, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, l'Éthiopie, la Finlande, la France, le Ghana, la Grèce, la Hongrie, l'Inde, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Liechtenstein, le Mexique, le Nigeria, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan, les Pays-Bas, la Roumanie, le Royaume-Uni, le Sénégal, le Sri Lanka, la Suède et la Suisse<sup>63</sup>.

31. De même, dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, le Mexique, cherchant à établir l'existence d'un principe général de droit concernant l'exclusion des preuves illégales, a procédé à une analyse comparative de systèmes de droit civil et de *common law*, citant notamment la législation et la jurisprudence, entre autres,

<sup>60</sup> *Réclamations des États-Unis d'Amérique contre la Grande-Bretagne relatives à l'Alabama*, sentence du 14 septembre 1872, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIX, conclusions des États-Unis (*Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain, Concluded at Washington, 8 May 1871*, États-Unis, Département d'État, 1871, p. 150 à 158).

<sup>61</sup> *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias*, Washington, Government Printing Office, 1902, réponse du Mexique, p. 7 et 8 ; réplique des États-Unis, p. 7 et 10 ; conclusions du Mexique, p. 11 ; déclaration et mémoire au nom des États-Unis, p. 32, 46, 47 et 50 à 52 ; compte rendu d'audience, p. 123, 130, 131, 235 et 309. Voir aussi l'*Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 421 à 447, aux p. 439 et 440, dans laquelle l'Empire ottoman nie l'existence d'une obligation imposant aux États de payer des intérêts moratoires et invoque à l'appui de sa position le droit romain et les législations civilistes qui s'en inspirent.

<sup>62</sup> *Droit de passage sur territoire indien*, arrêt du 12 avril 1960, Cour internationale de Justice, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, réplique du Portugal, p. 543.

<sup>63</sup> *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires*, arrêt, Cour internationale de Justice, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, mémoire de Nauru, annexe 3.

de l'Allemagne, du Canada, des États-Unis, de la France, de l'Italie, du Japon, du Mexique et du Royaume-Uni<sup>64</sup>.

32. Dans l'affaire relative à *Certains biens*, le Liechtenstein, voulant établir que l'enrichissement sans cause était un principe général de droit, a pris appui sur le droit romain et fait valoir que tous ou presque tous les systèmes juridiques nationaux consacraient ce principe<sup>65</sup>. Il a invoqué notamment la législation et la jurisprudence de l'Allemagne, de l'Australie, de l'Autriche, du Canada, des États-Unis, de la France, de l'Italie, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de la Suisse, ainsi que les « systèmes juridiques fondés sur le droit islamique »<sup>66</sup>.

33. Dans *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données*, le Timor-Leste s'est appuyé sur trois études non exhaustives des systèmes juridiques nationaux afin d'établir l'existence d'un principe du secret professionnel des avocats et conseils. Quarante-six systèmes juridiques, dont des systèmes de droit civil et de *common law*, et diverses régions du monde (Afrique, Amérique latine, Amérique du Nord, Asie-Pacifique, Europe et Moyen-Orient) ont été examinés<sup>67</sup>. Pour contester le contenu du principe général de droit invoqué par le Timor-Leste, l'Australie a produit sa propre étude comparative portant sur 17 systèmes juridiques nationaux<sup>68</sup>.

34. Dans une affaire récente, la Cour suprême des Philippines a constaté ce qui suit :

Il ressort des éléments produits par les requérants qu'au moins soixante pays d'Asie, d'Amérique du Nord et du Sud et d'Europe ont adopté des textes reconnaissant la citoyenneté aux enfants trouvés. Quarante-deux (42) de ces pays appliquent le droit du sang. Seuls trente-trois (33) de ces soixante pays sont parties à la Convention de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie ; vingt-six (26) n'ont pas signé la Convention. Le président de la Cour [...] a fait en outre observer que, dans 166 des 189 pays étudiés (soit 87,83 %), les enfants trouvés étaient reconnus comme citoyens. Ces éléments de fait, y compris la pratique des pays appliquant le droit du sang, montrent qu'il existe un principe de droit international généralement admis selon lequel tout enfant trouvé est présumé né de ressortissants de l'État sur le territoire duquel il est trouvé<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, Cour internationale de Justice, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12, mémoire du Mexique, par. 374 à 376.

<sup>65</sup> *Certains biens* (voir *supra*, note 56), mémoire du Liechtenstein, par. 6.7 et 6.8.

<sup>66</sup> *Ibid.*, par. 6.8 à 6.13.

<sup>67</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données* (voir *supra*, note 57), mémoire de Timor-Leste, annexes 22 à 24. Les 46 systèmes juridiques examinés dans le cadre des études étaient ceux des pays ou entités ci-après : Afrique du Sud, Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Bulgarie, Chine, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Indonésie, Irlande, Italie, Japon, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie, Hong Kong (Chine) et Union européenne.

<sup>68</sup> *Ibid.*, contre-mémoire de l'Australie, vol. II, annexe 51. L'étude portait sur la législation et la jurisprudence des pays suivants : Allemagne, Australie, Belgique, Danemark, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Mexique, Maroc, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Slovaquie, Suisse, Timor-Leste et Royaume-Uni. Malte a produit également une étude comparative portant sur les principes généraux de droit pour interpréter l'article 62 du Statut de la Cour internationale de Justice. Voir *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, requête à fin d'intervention, arrêt, *C.I.J. Recueil 1981*, p. 3, plaidoiries relatives à la requête à fin d'intervention, troisième audience, 20 mars 1981, matin, p. 341.

<sup>69</sup> Cour suprême des Philippines, décision du 8 mars 2016 (voir *supra*, note 54), p. 21. La Cour suprême a expressément mentionné l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

35. La jurisprudence internationale va dans le sens de l'approche suivie par les États dans leur pratique. En particulier, l'on trouve dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux plusieurs exemples de vastes analyses comparatives des systèmes juridiques nationaux.

36. Ainsi, dans l'affaire *Delalić*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a rejeté un moyen de défense fondé sur l'atténuation des facultés mentales (une cause d'irresponsabilité qui ne figurait pas dans le Statut du Tribunal). À cet effet, elle a passé en revue des systèmes de *common law* [Afrique du Sud, Australie, Bahamas, Barbade, États-Unis, Singapour, Angleterre, Écosse et Hong Kong (Chine)] et des systèmes de droit civil (Allemagne, Croatie, Fédération de Russie, France, Italie, Japon, Turquie et ex-Yougoslavie)<sup>70</sup>.

37. Dans l'affaire *Strugar*, la Chambre d'appel, avant de conclure que la Chambre de première instance avait eu raison de considérer que l'accusé était apte à être jugé (le Statut du Tribunal étant muet également sur la question de l'aptitude à être jugé), a examiné la législation et la jurisprudence de pays de *common law* (Australie, Canada, États-Unis, Inde, Malaisie, Royaume-Uni) et de droit civil (Allemagne, Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Chili, Croatie, Fédération de Russie, Japon, Monténégro, Pays-Bas, République de Corée, Serbie)<sup>71</sup>.

38. De même, dans l'affaire *Erdemović*, cherchant à établir si la contrainte était un moyen de défense exonératoire, la Chambre d'appel a pris appui sur une analyse comparative de systèmes de droit civil [Allemagne, Belgique, Chili, Espagne, Finlande, France, Italie, Mexique, Nicaragua, Norvège, Panama, Pays-Bas, Pologne, Suède, Venezuela (République bolivarienne du) et ex-Yougoslavie], de systèmes de *common law* (Afrique du Sud, Australie, Canada, États-Unis, Inde, Malaisie, Nigeria et Angleterre) et du droit pénal d'« autres États » (Chine, Éthiopie, Japon, Maroc<sup>72</sup> et Somalie).

39. Dans l'affaire *Furundžija*, cherchant à cerner les éléments constitutifs communs à l'infraction de viol, une chambre de première instance du Tribunal a examiné plusieurs systèmes juridiques nationaux [Allemagne, Argentine, Autriche, Bosnie-Herzégovine, Chili, Chine, France, Inde, Italie, Japon, Pakistan, Ouganda, Pays-Bas, Zambie, Angleterre et Pays de Galles, ex-Yougoslavie et Nouvelle-Galles du Sud (Australie)]<sup>73</sup>. Ultérieurement, dans l'affaire *Kunarac*, une autre chambre de première instance a procédé à une analyse semblable pour élargir la définition du viol dégagée en l'affaire *Furundžija*<sup>74</sup>.

40. Les exemples précédents sont toutefois assez rares. Les juridictions ont parfois procédé à des analyses comparatives plus restreintes, cherchant tout de même à assurer que, dans une certaine mesure, différentes familles juridiques et les diverses régions du monde soient prises en considération.

41. Ainsi, pour ce qui est de l'arbitrage interétatique, le tribunal constitué dans l'affaire de l'*Indemnité russe* s'est appuyé sur « le droit romain et ses dérivés » pour

<sup>70</sup> *Delalić* (2001) (voir *supra*, note 55), par. 584 à 589.

<sup>71</sup> *Le Procureur c. Pavle Strugar*, affaire n° IT-01-42-A, arrêt du 17 juillet 2008, par. 52-54.

<sup>72</sup> *Le Procureur c. Dražen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, arrêt du 7 octobre 1997, par. 19, qui renvoie à l'opinion individuelle présentée conjointement par M<sup>me</sup> McDonald et M. Vohrah, par. 59 à 65. Voir aussi *Le Procureur c. Kupreškić et al.*, jugement, Chambre de première instance (voir *supra*, note 56), par. 680 à 688 et 693.

<sup>73</sup> *Furundžija* (voir *supra*, note 56), par. 180.

<sup>74</sup> *Kunarac* (voir *supra*, note 54), par. 437 à 460 (où il est fait mention du droit des pays ci-après : Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bangladesh, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Canada, Chine, Costa Rica, Danemark, Espagne, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Inde, Italie, Japon, Norvège, Nouvelle-Zélande, Philippines, Portugal, République de Corée, Royaume-Uni, Sierra Leone, Suède, Suisse, Uruguay et Zambie).

conclure que le principe général de la responsabilité des États impliquait une responsabilité spéciale en matière de retard dans le paiement d'une dette d'argent<sup>75</sup>. Dans l'arbitrage de l'*Abyei*, cherchant à déterminer les principes juridiques qui régissent le contrôle institutionnel, le tribunal s'est référé, entre autres, à « certains systèmes juridiques d'Europe continentale » (en particulier l'Allemagne) et aux systèmes juridiques du Royaume-Uni et des États-Unis<sup>76</sup>.

42. Dans l'affaire *Tadić*, cherchant à définir sa compétence en matière d'outrage, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie s'est inspirée de systèmes de *common law* (Royaume-Uni) et de droit civil (Allemagne, Chine, Fédération de Russie, France)<sup>77</sup>. Dans l'affaire *Musema*, une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour le Rwanda a examiné des systèmes de droit civil et de *common law* et estimé qu'ils étaient suffisamment proches pour qu'on puisse produire une définition de l'infraction d'entente en vue de commettre un génocide<sup>78</sup>.

43. Dans l'affaire des *Comores* portée devant la Cour pénale internationale, une chambre préliminaire a établi qu'il existait un principe de droit reconnu dans différents systèmes juridiques selon lequel les parties à une action en justice étaient tenues de se conformer aux décisions judiciaires et que ce principe s'appliquait à toutes les phases de la procédure devant la Cour. À l'appui de sa thèse, la chambre a cité, outre la jurisprudence internationale, la législation et la jurisprudence françaises, indiennes et nigérianes<sup>79</sup>.

44. On trouve des exemples analogues dans l'arbitrage en matière d'investissement. Ainsi, dans l'affaire *Amco v. Indonesia*, le tribunal a estimé que le principe *pacta sunt servanda* était un principe général de droit reconnu en droit civil (France), en *common law* (États-Unis) et en droit islamique (Libye et Arabie saoudite)<sup>80</sup>. De même, cherchant à déterminer les principes régissant le calcul des dommages et intérêts, le tribunal a invoqué des systèmes de droit civil (France et Indonésie) et de *common law* (États-Unis et Royaume-Uni)<sup>81</sup>. Dans l'affaire *Total v. Argentina*, le tribunal a estimé

<sup>75</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (voir *supra*, note 61), p. 441 et 442.

<sup>76</sup> *Abyei* (voir *supra*, note 54), p. 299 et 300, par. 402.

<sup>77</sup> *Tadić* (2000) (voir *supra*, note 56), par. 15 à 17. Voir également *Le Procureur c. Zoran Kupreškić et al.*, affaire n° IT-95-16-A, arrêt du 23 octobre 2000, par. 34 à 40 *Slobodan Milošević c. Le Procureur*, Affaire n° IT-02-54-AR73.7, décision relative à l'appel interlocutoire formé contre la décision de la chambre de première instance relative à la commission d'office des conseils de la défense, 1<sup>er</sup> novembre 2004, Chambre d'appel, par. 12 ; *Le Procureur c. Sefer Halilović*, affaire n° IT-01-48-AR73.2, décision relative à l'appel interlocutoire concernant la possibilité d'admettre directement à la barre le procès-verbal de l'interrogatoire de l'accusé, 19 août 2005, Chambre d'appel, par. 16 et 17 ; *Le Procureur c. Ante Gotovina et al.*, affaire n° IT-06-90-AR73.2, décision relative à l'appel interlocutoire interjeté par Ivan Čermak contre la décision relative au conflit d'intérêts concernant M<sup>c</sup> Čedo Prodanović et Jadranka Sloković, 29 juin 2007, Chambre d'appel, par. 44 à 47.

<sup>78</sup> *Le Procureur c. Alfred Musema*, affaire n° ICTR-96-13-T, jugement et sentence, 27 janvier 2000, par. 186 à 191. Dans l'affaire *Bagosora*, le Procureur a fait valoir, sur la base d'une étude des systèmes de droit civil (Allemagne, France et Sénégal) et de *common law* (États-Unis et Royaume-Uni), qu'il existait un principe général de droit selon lequel, sauf disposition expresse contraire, toute partie jouissait d'un droit d'appel inaliénable. Voir *Le Procureur c. Théoneste Bagosora et al.*, affaire n° ICTR-98-37-A, décision relative à la recevabilité de l'appel formé par le Procureur contre la décision du juge de rejeter l'acte d'accusation contre Théoneste Bagosora et 28 autres accusés, 8 juin 1998, par. 46 et 47.

<sup>79</sup> *Situation relative aux navires battant pavillons comorien, grec et cambodgien*, affaire n° ICC-01/13, décision relative à la demande de révision judiciaire présentée par le gouvernement de l'Union des Comores, 15 novembre 2018, Chambre préliminaire I, par. 107.

<sup>80</sup> *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, sentence du 20 novembre 1984, par. 248.

<sup>81</sup> *Ibid.*, par. 266 et 267.



que la protection des attentes légitimes était un principe général de droit et que ce principe avait été récemment reconnu dans des limites bien précises dans des pays de droit civil et de *common law*. À l'appui de son argumentation, le tribunal a interrogé, entre autres, le droit allemand, anglais et argentin<sup>82</sup>. Dans l'affaire *Gold Reserve v. Venezuela*, le tribunal a constaté de même que le concept d'attentes légitimes était présent dans différentes traditions juridiques, citant le droit allemand, anglais, argentin, français et vénézuélien<sup>83</sup>.

45. Dans leurs opinions individuelles, les juges ont également adopté l'approche consistant à mener des analyses comparatives (plus ou moins) larges et représentatives aux fins de la détermination d'un principe général du droit. En l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, par exemple, le juge Ammoun a cherché à montrer que le principe d'équité était « intégré dans les grands systèmes juridiques du monde moderne auxquels fait allusion l'article 9 du Statut de la Cour » et qu'il « se manifeste dans le droit de l'Europe occidentale et de l'Amérique latine [...], dans la *common law* [...], dans le droit musulman [...], le droit chinois [...], le droit soviétique [...], le droit hindou [...], enfin le droit des autres pays d'Asie et des pays d'Afrique »<sup>84</sup>.

46. En l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, en ce qui concerne la responsabilité *in solidum*, le juge Simma, dégageait après « l'examen des décisions de diverses juridictions de *common law*, ainsi que du droit français, suisse et allemand » un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice<sup>85</sup>. En l'affaire ultérieure de l'*Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995*, pour apprécier si l'*exceptio non adimpleti contractus* pouvait être considéré comme un principe général de droit, ce même juge est remonté aux racines du principe en droit romain et a pris en considération « le fait que ce principe soit généralement reconnu dans les principaux systèmes de droit civil et de *common law* »<sup>86</sup>.

47. Inversement, dans certaines autres affaires, l'existence d'un principe général de droit a été refusée au motif que ce principe ne se retrouvait que dans un nombre restreint de systèmes juridiques nationaux ou que l'analyse comparative sur laquelle reposait un argument donné n'était pas suffisamment large. En l'affaire du *Sud-Ouest africain*, par exemple, la Cour internationale de Justice a noté que « s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent » la notion d'*actio popularis*, la Cour « ne saurait y voir un principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c),

<sup>82</sup> *Total S.A. v. Argentine Republic*, affaire n° ARB/04/01, décision sur la responsabilité du 27 décembre 2010, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par. 128. Voir aussi *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, affaire n° ARB/07/12, sentence du 7 juin 2012, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par. 166 ; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB(AF)11/2, sentence du 4 avril 2016, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par. 546.

<sup>83</sup> *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB(AF)/09/1, sentence du 22 septembre 2014, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, par. 576. Voir aussi Srinath Reddy Kethireddy, "Still the law of nations: Legitimate expectations and the sovereigntist turn in international investment law", *Yale Journal of International Law*, vol. 44 (2019), p. 315, à la p. 326.

<sup>84</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 49), opinion individuelle de M. Ammoun, p. 140.

<sup>85</sup> *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 161, opinion individuelle de M. Simma, p. 354 à 358, par. 66 à 74.

<sup>86</sup> *Application de l'accord intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 695, Opinion individuelle de M. le juge Simma, par. 12.

de son Statut »<sup>87</sup>. La référence à « certains systèmes de droit interne » laisse entendre que la Cour n'a pas considéré que l'*actio popularis* était suffisamment reconnue dans les systèmes juridiques nationaux au moment où elle a rendu sa décision<sup>88</sup>.

48. La Chambre d'appel de la Cour pénale internationale, dans un arrêt du 10 novembre 2011, a refusé d'accueillir l'argument du Procureur reposant sur la jurisprudence d'un État, d'autant plus qu'en tout état de cause, le Procureur ne soutenait pas que cette jurisprudence doive être considérée comme établissant un principe général du droit au sens de l'article 21, paragraphe 1 c), du Statut de Rome<sup>89</sup>. De même, une Chambre préliminaire de la Cour, dans une décision datée du 20 juillet 2011, a jugé que, même à supposer qu'il y ait un vide juridique dans le Statut de Rome, « on ne saurait dégager un principe général du droit à partir de l'examen de seulement cinq systèmes juridiques nationaux, dont les pratiques ne sont même pas uniformes »<sup>90</sup>.

49. En l'affaire *Lubanga*, une Chambre de première instance de la Cour pénale internationale a également estimé que l'existence d'un principe dans deux systèmes de *common law* était insuffisante pour dégager un principe général du droit au sens de l'article 21, paragraphe 1 c), du Statut de Rome :

Bien que cette pratique [le récolement des témoins] soit admise dans une certaine mesure dans deux systèmes juridiques – relevant tous deux de la *common law* –, cela ne suffit pas à conclure qu'il existe un principe général fondé sur une pratique établie dans des systèmes juridiques nationaux. La Chambre de première instance note que les arguments invoqués par l'Accusation s'agissant des jurisprudences nationales ne comprenaient aucune référence tirée de la tradition juridique romano-germanique<sup>91</sup>.

50. Quoique la pratique des États et la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux susmentionnés ne soit pas parfaitement uniforme (du point de vue de la terminologie ou de la méthode employée), le Rapporteur spécial estime qu'il y a lieu d'en déduire une approche générale : l'analyse comparative visant à déterminer l'existence d'un principe général du droit doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et prendre en compte les multiples régions du monde. Cette approche permet de s'assurer de la satisfaction du critère de reconnaissance prévu à l'article 38, paragraphe 1 c) du Statut de la Cour internationale de justice, sous réserve des conditions supplémentaires dont il sera question au chapitre suivant.

<sup>87</sup> *Sud-Ouest africain* (voir *supra* note 59), par. 88.

<sup>88</sup> Voir Giorgio Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ », in Mads Andenas et autres (dir.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leyde, Brill, 2019), p. 39 (l'auteur considère qu'un examen plus approfondi des lois internes donnerait une assise plus ferme à la détermination d'un principe général de droit).

<sup>89</sup> *Situation en République du Kenya, Le Procureur c. Kenyatta et consorts*, n° ICC-01/09-02/11 OA3, arrêt, 10 novembre 2011, par. 62.

<sup>90</sup> *Situation en République du Kenya, Le Procureur c. Kenyatta et consorts*, n° ICC-01/09-02/11, Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, 20 juillet 2011, par. 25 à 27.

<sup>91</sup> *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Lubanga*, n° ICC-01/04-01/06-1049, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, 30 novembre 2007, Chambre de première instance I, par. 41. Voir également *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. Ecuador*, affaire n° 34877, Sentence partielle sur le fond, 30 mars 2010, Cour permanente d'arbitrage, paragraphe 382 ([traduction non officielle] « le principe de la "perte de chance" n'est pas admis dans suffisamment de systèmes juridiques pour pouvoir être considéré comme un "principe général de droit reconnu par les nations civilisées" »).



51. La doctrine confirme généralement cette approche. À l'argument généralement avancé, selon lequel l'existence d'un principe général du droit dépend de sa reconnaissance générale dans les systèmes juridiques nationaux<sup>92</sup>, d'autres auteurs ajoutent que l'une des conditions de la détermination d'un principe général est sa présence dans un grand nombre et une grande variété de systèmes juridiques nationaux<sup>93</sup> et font observer que la doctrine et la jurisprudence font appel à la notion de représentativité, dont la pierre de touche est le caractère commun du principe concerné aux principaux systèmes juridiques du monde<sup>94</sup>. Il a également été avancé que tous les droits nationaux modernes peuvent être regroupés en quelques familles ou systèmes qui, en ce qui concerne les principes généraux, sont suffisamment cohérents pour être considérés comme des « systèmes juridiques »<sup>95</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'Association de droit international fait observer ce qui suit [traduction non officielle] :

La seule détermination d'un principe général parmi les principaux systèmes juridiques ne suffit pas non plus si ce principe ne bénéficie pas d'une représentation géographique suffisante ; ainsi, en présence d'un principe général partagé par les pays de droit civil en Europe, il faudrait également le rechercher dans d'autres pays de même tradition juridique mais de zones géographiques et de civilisations différentes<sup>96</sup>.

52. La catégorisation des systèmes juridiques nationaux en familles juridiques est une méthode bien connue en droit comparé. Comme le fait remarquer un auteur, la tentative de regrouper les pays en une poignée de familles juridiques en fonction des caractéristiques communes à leur droit a traditionnellement occupé une place centrale en droit comparé<sup>97</sup>. La définition précise de l'expression « famille juridique » peut varier en fonction des critères utilisés<sup>98</sup> et la discipline continue d'évoluer à cet égard<sup>99</sup>, mais il existe une classification généralement reprise, qui distingue les

<sup>92</sup> Voir A/CN.4/732, par. 167. Cheng, en particulier, a noté que la reconnaissance d'un principe dans le droit interne des peuples civilisés suffit à en confirmer et à en démontrer le caractère juridique et que la nuance « reconnu par les nations civilisées » était conçue comme un garde-fou contre la subjectivité et l'arbitraire éventuel du juge. Voir Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), p. 25.

<sup>93</sup> Jaye Ellis, « General principles and comparative law », *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), p. 955.

<sup>94</sup> Ibid., p. 957. Voir également Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2020), p. 110 et 111.

<sup>95</sup> A. Pellet et D. Müller, « Article 38 », in A. Zimmermann et al. (dir.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3<sup>e</sup> éd., (Oxford University Press, 2019), p. 928, par. 264. Voir également Michael Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations », *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), p. 46 ; Alain Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974), p. 239.

<sup>96</sup> Association de droit international, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law, *Report of the Seventy-Eighth Conference*, Sydney (2018), p. 1170 à 1242, par. 214.

<sup>97</sup> Mariana Pargendler, « The rise and decline of legal families », *American Journal of Comparative Law*, vol. 60 (2012), p. 1043. Voir également H. Patrick Glenn, « Comparative legal families and comparative legal traditions », in Mathias Reimann et Reinhard Zimmermann (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Oxford University Press, 2019), p. 425 ; Jaakko Husa, « Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn? » *Revue internationale de droit comparé*, vol. 56 (2004), p. 12 et 13.

<sup>98</sup> Pargendler, « The rise and decline of legal families » (voir *supra* note 97), p. 1047 à 1060.

<sup>99</sup> Ibid., p. 1044 à 1047 ; Glenn, « Comparative legal families and comparative legal traditions » (voir *supra* note 97), p. 426.

familles juridiques « anglo-américaine », « extrême-orientale », « germanique », « hindoue », « islamique », « nordique (scandinave) » et « romaniste »<sup>100</sup>.

53. S'il est vrai que ni les États ni les cours et tribunaux internationaux ne semblent s'appuyer sur une catégorisation spécifique des familles juridiques, le droit comparé peut être d'un grand secours pour déterminer un principe général de droit. Le but de la méthode est clair : le regroupement en familles autorise dans une certaine mesure la présomption selon laquelle les systèmes ainsi réunis partagent une série de règles et de principes, ce qui permet d'isoler plus facilement les principes communs. Cette présomption n'a toutefois rien d'absolu et doit être vérifiée au cas par cas. Le Rapporteur spécial estime en tout état de cause nécessaire de prendre en compte le critère selon lequel l'analyse comparative doit englober les différentes régions du monde.

54. En ce qui concerne la terminologie à employer aux fins des travaux de la Commission, le Rapporteur spécial est d'avis que l'expression « principaux systèmes juridiques du monde », employée tant à l'article 9 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>101</sup> qu'à l'article 8 du Statut de la Commission du droit international<sup>102</sup>, rend bien compte de l'idée que l'analyse comparative doit être large et représentative et englober les différentes familles juridiques et régions du monde. Il propose donc, s'agissant de la première étape de l'analyse visant à déterminer les principes généraux du droit dérivés des systèmes juridiques nationaux, d'employer le libellé « principes communs aux principaux systèmes juridiques du monde ».

## B. Des principes « communs »

55. L'étape suivante de l'analyse consiste à déterminer des principes communs aux principaux systèmes juridiques du monde. Il s'agit essentiellement d'une évaluation empirique par laquelle les règles existant dans les systèmes juridiques nationaux sont comparées afin de trouver un principe commun à ces systèmes. C'est par ce moyen que le contenu essentiel d'un principe général du droit issu des systèmes juridiques nationaux peut être objectivement déterminé.

56. D'une manière générale, l'exercice envisagé n'a rien de facile mais il est relativement clair : il s'agit de comparer les règles existant dans les systèmes juridiques nationaux et d'en extraire le principe qui leur est commun, ou de distiller le principe qui leur est sous-jacent<sup>103</sup>. Sous réserve des conditions analysées dans la

<sup>100</sup> Pargendler, « The rise and decline of legal families » (voir *supra* note 97), p. 1060. Voir également Husa, « Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn? » (voir *supra* note 97), p. 14 ; Konrad Zweigert et Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3<sup>e</sup> éd. (Tübingen, Mohr Siebeck, 1996).

<sup>101</sup> L'article 9 se lit comme suit : « Dans toute élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Cour, non seulement réunissent individuellement les conditions requises, mais assurent dans l'ensemble la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde. »

<sup>102</sup> L'article 8 se lit comme suit : « À l'élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises, et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée. »

<sup>103</sup> Voir Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (voir *supra* note 94), p. 97 à 127 ; 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.), *General Principles and the Coherence of International Law* (voir *supra* note 88), p. 185 ; Brianna Gorence, « The constructive role of general principles in international arbitration », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), p. 463 ; E. Bjorge, « Public law sources and analogies of international law », *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), p. 537 ; Charles T. Kotuby et Luke A.

section II ci-dessous, la conclusion ainsi isolée peut être élevée au rang de principe général du droit faisant partie du droit international – un principe juridique généralement considéré comme juste par l’ensemble des nations ou comme reflétant leur conscience collective, ou encore un principe inhérent à tout système juridique<sup>104</sup>.

57. Certaines pratiques et décisions jurisprudentielles apportent à cet égard un éclairage. En l’affaire du *Droit de passage*, par exemple, le Portugal a soutenu que l’analyse comparative des systèmes juridiques nationaux ne doit pas nécessairement faire ressortir l’« unanimité » des règles prévues dans lesdits systèmes<sup>105</sup>. Le Portugal fait valoir qu’il existe, certes, des différences entre le droit interne de chaque État, puisque chacun doit s’adapter aux conditions spéciales dans lesquelles il s’applique, mais que ce qui importe aux fins de l’analyse comparative est le principe qui peut « se dégager » de ces règles par un processus d’« abstraction » et de « généralisation »<sup>106</sup>. Sans contester cette conclusion, l’Inde a fait valoir que le principe invoqué par le Portugal ne pouvait pas faire partie du droit international<sup>107</sup>.

58. En l’affaire relative à *Certains biens*, le Liechtenstein a également soutenu que l’interdiction de l’enrichissement sans cause était un principe général de droit au sens de l’article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice, et a noté que derrière les différences d’application entre les différents systèmes juridiques se cachait un même principe sous-jacent<sup>108</sup>,

59. Une méthode analogue ressort expressément de la jurisprudence, en particulier dans le domaine du droit pénal international. Dans l’affaire *Furundžija*, par exemple, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie a noté ce qui suit :

---

Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), p 19 à 21 ; C. Redgwell, “General principles of international law”, in Stefan Vogenauer et S. Weatherill (dir.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart, 2017), p. 16 ; Beatrice I. Bonafé et Paolo Palchetti, « Relying on general principles in international law », in Catherine Brölmann et Yannick Radi (dir.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), p. 162 ; Stephan W. Schill, « General principles of law and international investment law », in Tarcisio Gazzini et Eric De Brabandere (dir.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill, 2012), p. 148 ; Samantha Besson, « General principles in international law – Whose principles? », in Samantha Besson et Pascal Pichonnaz (dir.), *Les principes en droit européen – Principles in European Law* (Genève, Schulthess, 2011), p. 36 ; Ellis, « General principles and comparative law » (voir *supra* note 93), p. 954 ; Tarcisio Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), p. 107 ; Fabián Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leyde, Martinus Nijhoff, 2008), p. 44 à 50 ; Julio Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional », *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), p. 32 ; Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations » (voir *supra* note 95), p. 48 à 50 ; Paul de Visscher, « Cours général de droit international public », in *Recueil des cours*, vol. 136 (1972), p. 116 et 117 ; Hermann Mosler, « Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten », René Marcic *et al.* (dir.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross* (Munich, Wilhelm Fink, 1971), p. 384 et 385 ; Frances T. Freeman Jalet, « The quest for the general principles of law recognized by civilized nations – A study », *UCLA Law Review*, vol. 10 (1963), p. 1081.

<sup>104</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (voir *supra* note 95), p. 930 ; Prosper Weil, « Le droit international en quête de son identité : Cours général de droit international public », in *Recueil des cours*, vol. 237 (1992), p. 146 et 147.

<sup>105</sup> *Droit de passage* (voir *supra* note 62), réplique du Portugal, par. 328.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Voir par. 77 ci-après.

<sup>108</sup> *Certains biens* (voir *supra* note 56), Mémoire de la Principauté du Liechtenstein, par. 6.14.

Les juridictions internationales doivent au contraire tirer parti des concepts généraux et des institutions juridiques communs à l'ensemble des grands systèmes juridiques. Elles doivent dès lors s'attacher à dégager les dénominateurs communs à ces systèmes et, en particulier, les notions de base que ceux-ci ont en commun<sup>109</sup>.

60. Ce raisonnement a été exposé plus en détail par une autre Chambre de première instance dans l'affaire *Kunarac* :

La valeur de ces sources [internes] réside en ce qu'elles permettent d'isoler des « concepts généraux et des institutions juridiques » qui, s'ils sont communs à un large éventail de systèmes juridiques internes, sont révélateurs d'une certaine tendance internationale sur un point de droit, dont on peut considérer qu'elle fournit une bonne indication de l'état du droit international en la matière. En passant en revue les principaux systèmes juridiques internes, la Chambre de première instance ne cherche pas à découvrir une disposition juridique précise qui aurait été adoptée par la majorité d'entre eux, mais à déterminer s'il est possible de dégager, à partir de l'examen général de ces systèmes internes, certains principes fondamentaux ou, selon les termes du jugement *Furundžija*, des « dénominateurs communs », qui intègrent les principes à adopter dans un cadre international<sup>110</sup>.

61. En l'affaire *Erdemović*, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également considéré que la détermination d'un principe général suppose :

[l'] examen des juridictions dont la jurisprudence est disponible en pratique, afin de tenter de dégager une tendance générale, une doctrine ou un principe sous-tendant les règles concrètes de la juridiction en question qui soit compatible avec l'objectif et la mission du Tribunal international<sup>111</sup>.

62. L'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, sans mentionner expressément les principes généraux du droit, s'est appuyée sur l'« élément commun largement accepté » dans les règles nationales concernant l'imposition des non-résidents pour interpréter l'expression « revenus de source étrangère », qui figure à la note 59 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires<sup>112</sup>:

[L]es 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

<sup>109</sup> *Furundžija* (voir *supra* note 56), par. 178.

<sup>110</sup> *Kunarac* (voir *supra* note 54), par. 439.

<sup>111</sup> *Erdemović* (voir *supra* note 72), par. 19, qui renvoie à l'opinion individuelle conjointe des juges McDonald et Vohrah, paragraphe 57. Dans la même affaire, le juge Stephen a fait observer ce qui suit: « En cherchant un principe général de droit, l'enquête doit aller plus loin que les règles appliquées et rechercher la raison de leur promulgation et la manière de leur application ... On trouvera donc plus probablement le principe général gouvernant la contrainte dans ces dispositions générales plutôt que dans les exceptions particulières à un crime donné » (Opinion individuelle et dissidente du juge Stephen, par. 63).

<sup>112</sup> 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 et les marchandises, p. 298.

« étranger » imposera un non-résident sur les revenus qui sont générés par ses activités qui ont un certain lien avec l'État en question<sup>113</sup>.

63. Certains juges ont adopté une approche similaire. Ainsi, dans l'*Avis consultatif sur le Sud-Ouest africain*, le juge McNair a considéré à propos de la nature juridique du régime des mandats découlant de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations ce qui suit:

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 [...] Quand le droit international puise à cette source, ce n'est pas en important des institutions de droit privé « en bloc, toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application « des principes généraux de droit » [...] [L]a juste conception de la mission des tribunaux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer, comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des principes à appliquer, les caractéristiques et la terminologie qui rappellent les règles et institutions de droit privé, plutôt que d'importer directement ces règles et institutions<sup>114</sup>.

64. En l'affaire des *Plateformes pétrolières*, M. Simma a estimé qu'un principe général de droit relatif à la responsabilité *in solidum* pouvait faire partie du droit international puisque la question « la question a[vait] été examinée et résolue dans [l]es systèmes de droit [nationaux] avec une constance frappante »<sup>115</sup>. En l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, M. Ammoun a fait observer que les principes généraux sont « commun[...s] aux différentes législations du monde qu'unit l'identité de raison juridique, ou la *ratio legis*, transposées de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international »<sup>116</sup>.

65. En l'absence de recoupements suffisants entre les systèmes juridiques nationaux, il est manifeste qu'un principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice ne saurait être constaté. En l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, les États-Unis ont contesté le principe d'inadmissibilité de la preuve irrégulièrement obtenue, principe que le Mexique avait invoqué, au motif que cet État surestimait l'omniprésence de la règle en question dans les systèmes juridiques du monde entier, qu'il n'avait pas tenu compte de ses diverses formes et qu'il méconnaissait le fait que jamais les déclarations faites par un défendeur avant que celui-ci n'ait obtenu les informations consulaires n'avaient été jugées irrecevables au nom de ce principe<sup>117</sup>. Les États-Unis faisaient également remarquer que l'invocation de la règle d'inadmissibilité dans les systèmes juridiques nationaux n'était absolument pas assez répandue ni uniforme pour être considérée comme un « principe général de droit »<sup>118</sup>, témoin les différentes

<sup>113</sup> États-Unis – Traitement fiscal des « Sociétés de vente à l'étranger », Rapport de l'Organe d'appel, 14 janvier 2002 (WT/DS108/AB/RW), par. 143. Dans leurs conclusions écrites, les États-Unis ont fourni des exemples de règles appliquées en Arabie Saoudite, au Brésil, au Canada, au Chili, et aux États-Unis, en Malaisie, au Panama, au Royaume-Uni et à Taiwan (Chine) (ibid., note 121). L'Organe d'appel a également noté que l'on pouvait dégager « certains principes d'imposition largement reconnus » des principes d'imposition largement reconnus se dégagent des traités bilatéraux et multilatéraux portant sur la double imposition (ibid., par. 141 et 142).

<sup>114</sup> *Statut international du Sud-Ouest africain, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p.128, Opinion individuelle de Sir Arnold McNair, p. 148. C'est sur ce fondement que Sir McNair dégage certains « principes généraux » communs à « [p]resque tous les systèmes juridiques » (ibid., p. 149).

<sup>115</sup> *Plateformes pétrolières (supra, note 85)*, opinion individuelle de M. Simma, par. 66.

<sup>116</sup> *Plateau continental de la mer du Nord (voir supra note 49)*, opinion individuelle de M. Ammoun, p. 135.

<sup>117</sup> *Avena et autres ressortissants mexicains (voir supra note 64)*, Contre-mémoire des États-Unis, par. 8.28.

<sup>118</sup> Ibid., par. 8.29.

façons dont la règle en question avait été appliquée au niveau national<sup>119</sup>. En l'affaire relative à l'*Application de l'Accord intérimaire*, la Macédoine du Nord, en ce qui concerne l'*exceptio non adimpleti contractus*, a fait remarquer qu'il n'existait « pas de conception cohérente quant au statut, à l'existence et aux effets de l'exception dans les systèmes juridiques nationaux, d'où il ressort[ait] que la conclusion de grande envergure [...] selon laquelle l'exception aurait acquis le statut de principe général du droit reconnu par les nations civilisées, ne saurait être retenue »<sup>120</sup>.

66. Dans le même ordre d'idées, la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, dans sa sentence du 17 août 2009, s'est prononcée comme suit [traduction non officielle]:

L'Érythrée a présenté sa demande comme une requête en « dommages indirects ». Le droit international n'admet pas, à titre de catégorie distincte, des « dommages indirects » indemnisables qui seraient caractérisés par des critères de causalité juridique différents ni par aucun autre élément juridique distinctif. Le concept de dommages indirects, certes important dans certains systèmes juridiques nationaux, n'est pas connu dans d'autres systèmes et ne saurait donc être considéré comme un principe général de droit<sup>121</sup>.

67. En l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale a refusé de reconnaître un principe général du droit relatif à la préparation ou la familiarisation des témoins, étant donné les « différences constatées entre les approches adoptées par les systèmes nationaux »<sup>122</sup>. Dans cette même affaire, la Chambre d'appel de la Cour, qui recherchait un principe interdisant l'abus de procédure, a constaté de telles divergences entre les systèmes juridiques nationaux qu'elle a jugé que « le pouvoir de suspendre une procédure pour abus de procédure [...] n'[était] généralement pas reconnu comme indispensable à un tribunal, en tant qu'un attribut indissociable du pouvoir judiciaire »<sup>123</sup>.

68. Dans une autre affaire, la Chambre d'appel de la Cour a jugé, après examen de divers systèmes juridiques nationaux, qu'il « n'exist[ait] aucun principe général de droit sur l'examen des décisions rendues par des juridictions inférieures tendant à ne pas autoriser un pourvoi et qu'un tel principe n'a[vait] pas été universellement adopté »<sup>124</sup>. Dans le même sens, en l'affaire *Banda et Jerbo*, la Chambre d'appel, appelée à déterminer s'il existait un principe général de droit établissant une interdiction pour les anciens procureurs de se joindre à la défense immédiatement

<sup>119</sup> Ibid., par. 8.29-8.33. Dans les *Questions relatives à la saisie et à la détention de certains documents et données* (voir *supra* note 57), l'Australie a également contesté ce qu'elle considérait comme une formulation excessivement générale du principe du secret professionnel des avocats et conseil par le Timor-Leste, celui-ci n'ayant pas tenu compte des réserves de taille quant à la portée et à la teneur de ce principe dans les systèmes juridiques nationaux et des exceptions opposables à l'invocation de ce secret, exceptions largement adoptées dans les ordres internes pour en éviter l'usage abusif (contre-mémoire de l'Australie, vol. I, par. 4.36 et 4.39).

<sup>120</sup> *Application de l'Accord intérimaire* (voir *supra* note 86), Réplique de la Macédoine du Nord (à l'époque, ex-République yougoslave de Macédoine), par. 5.59.

<sup>121</sup> Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, Sentence finale, Réclamations de dommages de l'Éthiopie, 17 août 2009, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXVI, p. 505 à 630, par. 203.

<sup>122</sup> *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Lubanga*, n° ICC-01/04-01-06, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour, 8 novembre 2006, par. 37.

<sup>123</sup> *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Lubanga*, n° ICC-01/04-01-06, Arrêt, 14 décembre 2006, par. 32 à 35.

<sup>124</sup> *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, 13 juillet 2006, par. 32.



après avoir quitté l'accusation, a constaté que la pratique des systèmes juridiques nationaux qui lui avait été présentée n'était pas cohérente et a rejeté le principe général de droit invoqué<sup>125</sup>.

69. Il apparaît donc qu'un principe général du droit ne saurait être constaté si les règles des différents systèmes juridiques nationaux sont fondamentalement différentes.

### C. Sources pertinentes

70. Sachant que l'identification des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux suppose, dans un premier temps, une analyse comparative de ces derniers, la question de savoir quels sont les éléments pertinents aux fins de l'analyse ne pose pas de difficultés particulières. Dans pratiquement tous les exemples mentionnés ci-dessus, l'analyse s'appuyait essentiellement sur des sources juridiques internes émanant des États, au plan législatif ou jurisprudentiel. Bien entendu, dans chaque cas d'espèce, le choix spécifique des sources et l'appréciation de leur place hiérarchique doit tenir compte des caractéristiques de chaque système juridique national.

71. Il ressort en outre de la pratique exposée ci-dessus que la détermination d'un principe général du droit peut puiser à toutes les branches des systèmes juridiques nationaux, celles de « droit privé » comme celles de « droit public », si l'on veut bien accepter cette terminologie<sup>126</sup>. Telle semble être l'opinion régnante dans la doctrine<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, n° ICC-02/05-03/09 OA, Arrêt, 11 novembre 2011, par. 33. Voir également Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Jadranko Prlić et consorts*, n° IT-04-74-AR73.6, Décision relative aux appels interjetés contre la décision d'admission de la transcription de l'audition de l'interrogatoire de Jadranko Prlić, 23 novembre 2007, Chambre d'appel, paragraphe 50 et *Le Procureur c. Ljube Boškoski et Johan Tarčulovski*, n° IT-04-82-A, Arrêt, 19 mai 2010, Chambre d'appel, par. 194 (« la Chambre d'appel relève que Johan Tarčulovski ne renvoie à aucun « principe général du droit » susceptible d'étayer son argument. Le fait que les Déclarations n'étaient pas admissibles devant les tribunaux de l'ex-République yougoslave de Macédoine ne permet pas, en soi, de conclure à l'existence d'un tel principe général du droit. Dans ce contexte, la Chambre d'appel fait observer que les déclarations faites par un accusé hors audience sont admissibles dans un certain nombre de juridictions de *common law* et de tradition romano-germanique ») Voir également *Canfor Corporation, Tembec et al. and Terminal Forests Ltd. v. United States of America*, ordonnance du Tribunal de jonction d'instances, 7 septembre 2005, par. 165.

<sup>126</sup> Voir, en particulier, *El Paso v. Argentina* (voir *supra* note 54), par. 622 ([traduction non officielle] « des règles largement appliquées *in foro domestico*, dans des affaires privées ou publiques, quant au fond ou à la procédure ») ; *Sud-Ouest africain* (voir *supra* note 59) (« [d]ans la mesure où ces "principes généraux de droit" ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme "droit" recouvre toutes les branches du droit, à savoir le droit interne, le droit public, le droit constitutionnel et administratif, le droit privé, le droit commercial, le droit touchant au fond et le droit de la procédure, etc. ») Dans les affaires portées devant les tribunaux pénaux internationaux, la détermination des principes généraux du droit s'est faite en puisant dans le droit pénal national, que l'on peut ranger dans la catégorie de « droit public ».

<sup>127</sup> Voir par exemple Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (voir *supra*, note 94), p. 33 ; Association de droit international, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law (voir *supra* note 96), par. 9; Gebhard Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 33; Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional » (voir *supra* note 103); Hersch Lauterpacht, « Some observations on the prohibition of "non liquet" and the completeness of the law », in Elihu Lauterpacht (dir.) *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 2 (Cambridge, Cambridge University Press, 1975), p. 221 et 222 ; Wolfgang Friedmann, « The uses of "general



72. Lors du débat de 2019, la question du rôle possible des organisations internationales dans la formation de principes généraux du droit issus des systèmes juridiques nationaux a été soulevée<sup>128</sup>. De l'avis du Rapporteur spécial, la pratique des organisations internationales pourrait être pertinente aux fins de la détermination d'un principe général de droit, en particulier en ce qui concerne la première étape de l'analyse en deux temps traitée le présent chapitre. Malgré le caractère succinct de la pratique et la jurisprudence sur ce point<sup>129</sup>, il est possible de prendre en compte dans l'analyse comparative les règles émanant d'une organisation internationale qui, en vertu des pouvoirs conférés à cette organisation, obligent les États membres de celle-ci et s'appliquent directement dans leur systèmes juridiques<sup>130</sup>.

### III. Constat de la transposition dans l'ordre juridique international

73. Le deuxième temps de l'analyse visant à dégager des principes généraux du droit relevant de la première catégorie consiste à rechercher si un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde est transposé dans l'ordre juridique international. Il va de soi, en effet, que le droit interne et le droit international ont chacun leurs caractéristiques et qu'ils diffèrent à de nombreux égards, et non des moindres, de sorte que l'on ne peut présumer, du simple fait qu'un principe se retrouve dans le premier de ces ordres, qu'il opérera dans le second. La transposition ne se fait donc pas automatiquement.

74. Cette partie de la méthodologie est souvent mentionnée dans la doctrine, en des termes toutefois généraux et souvent sans que ses implications précises ne soient élucidées en détail<sup>131</sup>. La pratique et la jurisprudence des États sont ici d'un grand

---

principles" in the development of international law », *American Journal of International Law*, vol. 57 (1963), p. 281 et 282.

<sup>128</sup> Voir par exemples les interventions de M<sup>me</sup> Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, p. 21), M. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, p. 9) ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3491, p. 12) ; M. Park (A/CN.4/SR.3489, p. 19).

<sup>129</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (supra, note 57)*, Mémoire de l'Australie, note 148 ; *Total v. Argentina (supra note 82)*, par. 130 ([traduction non officielle] « Du point de vue du droit comparé, les principes du système juridique de la Communauté européenne (aujourd'hui Union européenne), qui reflètent les traditions juridiques de vingt-sept pays européens, tant de droit civil que de *common law* ... peuvent être pris en compte, d'autant plus que la reconnaissance du principe de la confiance légitime y a été explicitement fondée sur le principe de droit international de la bonne foi ») ; *Gold Reserve v. Venezuela (voir supra note 83)*, par. 576.

<sup>130</sup> Voir, par exemple, Paul Craig et Gráinne de Búrca, *EU Law : Texts, Cases and Materials*, 6<sup>e</sup> éd. (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 198 à 223, sur l'effet direct du droit dérivé de l'Union européenne (règlements, décisions et directives).

<sup>131</sup> Voir par exemple Pellet et Müller, « Article 38 » (voir *supra* note 95), p. 930 à 932 ; Mads Andenas et Ludovica Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law », in M. Andenas et al., *General Principles and the Coherence of International Law (voir supra note 88)*, p. 26 ; Ben Juratowitch et James Shaerf, « Unjust enrichment as a primary rule of international law », *ibid.*, p. 232 ; Abdulqawi A. Yusuf, « Concluding remarks », p. 451 ; Mathias Forteau, « General principles of international procedural law », *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2018), par. 16 ; Bjorge, « Public law sources and analogies of international law » (*supra*, note 103), p. 537 ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (voir *supra*, note 103), p. 163 ; Sienho Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), p. 487 ; Besson, « General principles in international law – Whose principles? » (voir *supra* note 103), p. 37 ; Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment » (*supra*, note 103), p. 104 ; Robert Jennings et A. Watts (dir.), *Oppenheim's International Law*, vol. 1, 9<sup>e</sup> éd., (Harlow, Longman, 1992), p. 37. Pour une analyse plus détaillée

secours. Comme on le verra plus loin, la transposition d'un principe admis *in foro domestico* dans l'ordre juridique international se produit si : a) le principe est compatible avec les principes fondamentaux du droit international ; et b) sont réunies les conditions de sa bonne application dans le système juridique international.

## A. Compatibilité avec les principes fondamentaux du droit international

75. Il ressort de la pratique et de la jurisprudence des États qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde doit, pour être élevé au rang de principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice, être compatible avec les principes fondamentaux du droit international. Ce test de compatibilité vise à garantir qu'un principe juridique donné est reconnu par l'ensemble des nations non seulement comme juste mais encore comme opérant dans le cadre plus large du droit international.

76. La pratique arbitrale antérieure faisait déjà référence à cette condition de transposition. Dans l'affaire des *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, par exemple, le tribunal arbitral a noté, pour refuser d'accueillir le principe de « servitude internationale » dont les États-Unis prétendaient se prévaloir, qu'un tel principe ne saurait être concilié avec le principe de souveraineté :

[C]ette doctrine, qui n'est que peu conforme au principe de souveraineté qui prévaut dans les États à gouvernement constitutionnel comme la Grande-Bretagne et les États-Unis et aux relations internationales actuelles des États souverains, a trouvé un faible appui, s'il en a eu un, chez les modernes publicistes. Par conséquent elle ne pouvait, dans l'intérêt général de la communauté des nations et des parties au traité, être affirmée par ce Tribunal que sur la base de la preuve formelle d'un contrat international<sup>132</sup>.

77. L'Inde a tenu un raisonnement similaire dans ses conclusions écrites en l'affaire du *Droit de passage*. Elle contestait en effet le principe général de droit invoqué par le Portugal au motif qu'il serait incompatible avec la notion de souveraineté territoriale en droit international [traduction non officielle]:

Il n'y a pas d'analogie réelle entre la propriété privée d'un individu et la souveraineté d'un État sur son territoire entendu au sens moderne, à savoir l'espace dans lequel les autorités publiques ont compétence, en vertu du droit international et sous réserve des limites et des règles y établies, pour exercer leur juridiction<sup>133</sup>.

de la question, voir Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (*supra*, note 95), p. 272 à 320.

<sup>132</sup> *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, sentence, 7 septembre 1910, Organisation des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 182.

<sup>133</sup> *Droit de passage* (*supra*, note 62), Contre-mémoire de l'Inde, par. 300. L'Inde se demandait ensuite si l'on pouvait en déduire que la souveraineté territoriale n'était bornée par aucune autre restriction que celles conventionnellement prévues, et répondait par la négative, le professeur Guggenheim ayant pris soin, dans sa plaidoirie, de rappeler les restrictions à la navigation maritime, dont le fondement coutumier ne faisait aucun doute. Ce que l'Inde contestait, c'était que de telles limitations puissent être dérivées de principes généraux de droit à la faveur d'analogies douteuses avec les servitudes reconnues en droit privé (*ibid.*, par. 304). Elle ajoutait que le territoire s'entendait, au sens contemporain, comme un espace dans lequel un État donné avait compétence exclusive pour exercer son autorité, sous réserve de tout droit exorbitant qu'il aurait concédé à un autre État ou, beaucoup plus rarement, des droits nés de règles juridiques, par exemple celui de passage inoffensif. Cette définition n'avait manifestement rien à voir avec les

78. Dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates*, l'Australie a également contesté la tentative de Nauru d'importer la notion de « tutelle » (« *trust* »), issue du droit interne, pour interpréter les obligations de tutelle prévues par la Charte des Nations Unies, dans les termes suivants [traduction non officielle] :

S'agissant de rechercher la nature des obligations incombant à l'Autorité administrante, la Cour doit s'en tenir aux dispositions effectives de la Charte et de l'Accord de tutelle. L'Australie conteste la tentative de Nauru d'importer dans les dispositions conventionnelles concernées l'ensemble des droits et obligations juridiques liés à la notion de « *trust* » en droit interne, en particulier en *common law*. Une telle interprétation reviendrait à méconnaître complètement les éléments fondamentaux du régime de tutelle des Nations Unies. Les analogies nationales, de ce point de vue, valent ce qu'elles valent<sup>134</sup>.

79. La même conclusion ressort des *Affaires du plateau continental de la mer du Nord*. L'Allemagne cherchait à démontrer que le « principe de la part juste et équitable » était un principe général de droit au sens de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale de Justice, et qu'il s'appliquait à la délimitation du plateau continental<sup>135</sup>. Le Danemark et les Pays-Bas contestait l'existence d'un tel principe général de droit en faisant valoir ce qui suit [traduction non officielle]:

En bref, la République fédérale d'Allemagne demande à la Cour d'appliquer en l'espèce un soi-disant « principe général de droit », qu'elle prétend trouver dans les systèmes juridiques nationaux, mais qui est incompatible avec les principes sur lesquels repose dans l'ordre juridique international le droit positif applicable. Les deux Gouvernements, sans remettre en cause le moins du monde la signification de l'article 38, paragraphe 1 c), considèrent absolument irrecevable en l'espèce le moyen tiré de cet article. Les principes généraux de droit issus des systèmes juridiques nationaux qui ont été appliqués en vertu de l'article 38, paragraphe 1 c), ont toujours été des principes reconnus comme applicables aussi aux relations entre États. La République fédérale d'Allemagne elle-même explique que les principes généraux de droit applicables en vertu de l'article 38, paragraphe 1 c) découlent des conceptions et valeurs juridiques admises dans le monde entier. Comment un principe qui contredit directement les principes reconnus dans le droit international lui-même pourrait-il refléter les conceptions juridiques des États en la matière ? À cela s'ajoute que les conceptions en question ont expressément et récemment été cristallisées dans un sens contraire au principe invoqué dans une convention générale de codification du droit<sup>136</sup>.

80. La Cour a donné raison au Danemark et aux Pays-Bas et a rejeté le principe invoqué par l'Allemagne, au motif que la doctrine invoquée de la part juste et équitable ne pouvait être considérée comme un principe général de droit, dans la mesure où elle était « absolument étrangère et opposée à la conception fondamentale du régime du plateau continental » :

---

droits de jouissance et de disposition qui constituent les éléments constitutifs de la propriété privée (ibid., Duplique de l'Inde, par. 568).

<sup>134</sup> *Certaines terres à phosphates à Nauru* (voir *supra* note 63), contre-mémoire de l'Australie, par. 292. Voir également l'opinion individuelle de M. Shahabuddeen.

<sup>135</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra* note 49), Mémoire de l'Allemagne, 21 août 1967, par. 30 ([traduction non officielle] « Ce principe, ci-après appelé *principe de la part juste et équitable*, est un principe juridique fondamental dérivé du concept de justice distributive, principe généralement reconnu et inhérent à tous les systèmes juridiques, y compris celui de la communauté internationale »). Voir également la réplique de l'Allemagne du 31 mai 1968, par. 7 à 11.

<sup>136</sup> Ibid., Duplique commune du Danemark et des Pays-Bas, 30 août 1968, par. 117.

Ce qui est plus important encore, c'est que la doctrine de la part juste et équitable semble s'écarter totalement de la règle qui constitue sans aucun doute possible pour la Cour la plus fondamentale de toutes les règles de droit relatives au plateau continental et qui est consacrée par l'article 2 de la Convention de Genève de 1958, bien qu'elle en soit tout à fait indépendante : les droits de l'État riverain concernant la zone de plateau continental qui constitue un prolongement naturel de son territoire sous la mer existent *ipso facto et ab initio* en vertu de la souveraineté de l'État sur ce territoire et par une extension de cette souveraineté sous la forme de l'exercice de droits souverains aux fins de l'exploration du lit de la mer et de l'exploitation de ses ressources naturelles [...]

Il en découle que, même dans la situation de la mer du Nord, l'idée de répartir une zone non encore délimitée considérée comme un tout, idée sous-jacente à la doctrine de la part juste et équitable, est absolument étrangère et opposée à la conception fondamentale du régime du plateau continental, suivant laquelle l'opération de délimitation consiste essentiellement à tracer une ligne de démarcation entre des zones relevant déjà de l'un ou de l'autre des États intéressés<sup>137</sup>.

81. En l'affaire des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données*, le Timor-Leste, sans s'appuyer expressément sur le critère de compatibilité, a cherché à montrer dans les termes ci-après que le principe qu'il invoquait faisait partie du droit international :

Le principe du secret professionnel des avocats et conseils est essentiel à la primauté du droit sur le plan international, car il permet à l'État d'obtenir librement conseils et assistance juridiques, sans craindre d'ingérence extérieure, notamment pour pouvoir prendre part à des processus de règlement pacifique des différends, en particulier ceux qui sont énoncés à l'article 33 de la Charte des Nations Unies (parmi lesquels figurent les modes de règlement pacifique des différends qui sont plus spécifiquement en cause en la présente espèce : la négociation, l'arbitrage et le règlement judiciaire). Ce principe sous-tend par conséquent celui du règlement pacifique des différends internationaux, consacré au paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies et dont celles-ci ont affirmé, dans leur déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États, qu'il s'agissait de l'un des principes du droit international<sup>138</sup>.

82. Cette condition de compatibilité a également été mentionnée dans la doctrine. Selon un auteur, par exemple, seuls les principes *in foro domestico* « non incompatibles avec les exigences de l'ordre international » peuvent être transposés<sup>139</sup>. Il a également été observé que « [s]i la Cour [internationale de Justice] concluait à la

<sup>137</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra*, note 49), par. 19 et 20. Le Danemark et les Pays-Bas avaient également fait valoir que le principe allégué, tel que formulé par la République fédérale d'Allemagne, était en contradiction flagrante avec les articles premier, 2 et 3 de la Convention de Genève sur le plateau continental qui, conformément à la pratique antérieure et postérieure des États, fixent les droits souverains des États côtiers par référence à un *espace délimité* (Duplique commune du Danemark et des Pays-Bas, 30 août 1968, par.20).

<sup>138</sup> *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données* (*supra*, note 57), Mémoire de Timor-Leste, par. 6.4.

<sup>139</sup> Weil, (*supra*, note 104), p. 147, se référant à Jules Basdevant, t. 58 (1936), p. 471 et suiv. (voir p. 501 et 502) (« Il faudrait ... constater que ces principes sont effectivement susceptibles d'être transportés dans l'ordre international, qu'ils ne contredisent pas une règle établie de droit international, car on est d'accord que cette transposition ne peut être effectuée qu'à défaut de règle conventionnelle ou coutumière »). Voir également Bjorge, « Public law sources and analogies of international law » (*supra*, note 103), p. 538.

convergence des aspects pertinents des systèmes juridiques internes, il resterait à vérifier que le principe ainsi dégagé est compatible avec les principes et les règles du droit international dans le cadre desquels il devrait être appliqué »<sup>140</sup>. Le principe du consentement à la juridiction a été cité à titre d'exemple de « transposition impossible » : « alors que, dans l'ordre interne, la règle fondamentale est que tout litige peut être porté devant un juge, en droit international, en l'absence d'un consentement exprès de l'État défendeur, c'est le principe opposé qui s'applique »<sup>141</sup>.

83. À la lumière de ce qui précède, on peut conclure que, pour qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde soit transposé dans l'ordre juridique international, il doit être compatible avec les principes fondamentaux du droit international ou, pour reprendre les termes utilisés par le Danemark et les Pays-Bas dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, les « principes sur lesquels, dans l'ordre juridique international, se fonde le droit positif régissant la question ». Il s'agit, comme indiqué ci-dessus, du principe de souveraineté, de la notion de souveraineté territoriale, du concept de base du droit au plateau continental et des principes énoncés dans la Déclaration sur les relations amicales. Ce test de compatibilité est nécessaire pour démontrer qu'un principe donné est reconnu par l'ensemble des nations comme applicable dans le cadre plus large du droit international.

84. Il convient de souligner que cette condition nécessaire à la transposition suppose que le principe de droit interne considéré est compatible avec les seuls principes fondamentaux du droit international définis ci-dessus. Selon le Rapporteur spécial, étant donné qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les sources de droit international énumérées à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, les règles générales du droit international conventionnel et coutumier qui n'ont pas ce caractère ne peuvent en elles-mêmes empêcher la transposition d'un principe dans l'ordre juridique international. En cas de conflit entre ce dernier et un principe général de droit, il conviendrait de recourir à des règles d'évitement des conflits, notamment à la *lex specialis*. C'est là une question qui a trait aux fonctions des principes généraux du droit et à leur relation avec d'autres sources de droit international, et que le Rapporteur spécial entend examiner plus en détail dans un futur rapport.

## **B Conditions d'une bonne application du principe dans l'ordre juridique international**

85. Pour qu'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde puisse être transposé, il faut en second lieu que soient réunies les conditions d'une bonne application de ce principe dans l'ordre juridique international. Il s'agit de

<sup>140</sup> Gaja, « General principles in the jurisprudence of the ICJ » (*supra*, note 186), p. 40. Voir également Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional » (*supra*, note 103), p.36 à 38. Voir également Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, 2007), p. 515.

<sup>141</sup> Pellet et Müller, « Article 38 » (*supra*, note 95), par 270 ; Basdevant, « Règles générales du droit de la paix » (*supra*, note 139), p. 502. Voir également *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, arrêt du 4 février 2005, Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme, opinion partiellement dissidente commune des juges Caflisch, Türmen et Kovler, par. 22 (« Pour ce qui est des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, il se peut effectivement qu'il existe une règle largement répandue conférant un caractère obligatoire aux mesures provisoires au niveau interne, découlant de la règle de la compétence obligatoire applicable à ce niveau. En revanche, ... cette règle n'est pas valable sur le plan international, raison pour laquelle elle ne peut s'appliquer telle quelle à ce niveau. Autrement dit, le principe en cause ne peut être transposé aux activités des juridictions internationales. »)

s'assurer que le principe peut servir correctement son objectif en droit international, et d'éviter les distorsions ou les abus éventuels. Dans la pratique, on a souvent considéré que cette étape de la méthodologie consistait à examiner les systèmes juridiques nationaux, en particulier les cadres procéduraux dans lesquels s'appliquent les règles ou principes, et à déterminer si le système en place au niveau international permet une application adéquate du principe considéré.

86. Un exemple, à cet égard, est donné par l'affaire *Tadić*, dans laquelle la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a répondu à l'argument selon lequel, conformément aux conventions internationales sur les droits de l'homme, une accusation pénale doit être tranchée par un tribunal « établi par la loi »<sup>142</sup>. La Chambre d'appel a dit que le principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi était « un principe général du droit imposant une obligation internationale qui ne s'applique qu'à l'administration de la justice pénale dans un cadre national ». Elle a, par ailleurs, considéré qu'un tribunal pénal international devait « trouver racine dans la règle de droit et offrir toutes les garanties figurant dans les instruments internationaux pertinents » et qu'« [on pouvait] alors dire que le tribunal [était] "établi par la loi" »<sup>143</sup>.

87. La Chambre a ensuite analysé les différentes interprétations possibles du terme « établi par la loi », en commençant par celle que fait la Cour européenne des droits de l'homme dans son examen de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), selon laquelle « établi par la loi » signifie établi par un organe législatif<sup>144</sup>. La Chambre d'appel a rejeté la thèse selon laquelle cette interprétation était applicable à son propre établissement, dans les termes suivants :

Il est clair que la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, qui est largement retenue dans la plupart des systèmes nationaux, ne s'applique pas au cadre international ni, plus spécifiquement, au cadre d'une organisation internationale comme les Nations Unies. La répartition des trois fonctions judiciaire, exécutive et législative entre les principaux organes des Nations Unies n'est pas clairement tranchée. S'agissant de la fonction judiciaire, la Cour internationale de Justice est, de toute évidence, l'« organe judiciaire principal » (voir Charte des Nations Unies, art. 92). Il n'existe pas, cependant, d'organe législatif dans l'acception technique du terme dans le système des Nations Unies et, plus généralement, pas de Parlement dans la communauté mondiale. Cela signifie qu'il n'existe pas d'organe officiellement habilité à promulguer des lois ayant un effet contraignant direct sur des sujets juridiques internationaux.

Il est, de toute évidence, impossible de classer les organes des Nations Unies en fonction de la répartition précitée qui existe dans le droit interne des États. En fait, l'Appelant est convenu que la structure constitutionnelle des Nations Unies ne suit pas la séparation des pouvoirs que l'on observe souvent dans les constitutions nationales. En conséquence, l'élément « séparation des pouvoirs » de la condition qu'un tribunal soit « établi par la loi » ne s'applique pas en droit

<sup>142</sup> Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire n° IT-94-1-A, 2 oct. 1995, Arrêt Relatif à l'Appel de la Défense concernant l'Exception Préjudicielle d'Incompétence. 2 octobre 1995, Chambre d'appel, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 41.

<sup>143</sup> Ibid., par 42.

<sup>144</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950), vol. 213, n° 2889, p. 221.



international. Le principe susmentionné peut seulement imposer aux États une obligation concernant le fonctionnement de leurs propres systèmes nationaux<sup>145</sup>.

88. La Chambre a ensuite examiné une autre interprétation, selon laquelle « établi par la loi » signifie « créé conformément à la règle de droit ». Se référant aux travaux du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et aux décisions du Comité des droits de l'homme, de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, elle a confirmé cette interprétation :

Cela semble être l'interprétation la plus raisonnable et la plus probable de l'expression dans le contexte du droit international. Pour qu'un tribunal tel que celui-ci soit établi dans le respect de l'État de droit, il doit être établi conformément aux normes internationales appropriées ; il doit offrir toutes les garanties d'équité, de justice et d'impartialité, en toute conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme.

Cette interprétation de la garantie qu'un tribunal est « établi par la loi » est confirmée par une analyse [de l'article 14 du] Pacte international relatif aux droits civils et politiques... Le point important pour déterminer si un tribunal a été « établi par la loi » n'est pas de savoir s'il a été préétabli ou établi dans un but ou pour une situation spécifiques ; ce qui importe, c'est qu'il soit établi par un organe compétent dans le respect des procédures juridiques pertinentes et qu'il observe les exigences de l'équité procédurale<sup>146</sup>.

89. Dans l'affaire *Delalić* et autres, une chambre de première instance du Tribunal a estimé que « les principes de légalité [*nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege*] existent et sont reconnus dans tous les grands systèmes de justice pénale du monde », mais que « [n]ul ne [savait] avec exactitude dans quelle mesure ils [étaient] admis comme une partie intégrante de la pratique juridique internationale, séparée et distincte des systèmes juridiques internes. La raison en [était] que les modes d'incrimination [étaient] différents dans les systèmes internes et dans les systèmes internationaux de justice pénale »<sup>147</sup>. La Chambre de première instance a conclu ce qui suit :

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

... Dès lors, on pourrait supposer que les principes de légalité sont, en droit pénal international, différents de ce qu'ils sont dans les systèmes juridiques internes, pour ce qui est de leur application et de leurs normes. Ils semblent être caractérisés par leur objectif clair : tenir la balance égale entre la nécessité de faire preuve de justice et d'équité envers l'accusé et le besoin de préserver l'ordre mondial. À cette fin, l'État ou les États concernés doivent prendre en considération des facteurs tels que la nature du droit international, l'absence de politiques et de normes législatives internationales, les processus ad hoc de la rédaction technique ; et l'hypothèse fondamentale selon laquelle les normes en

<sup>145</sup> *Tadić*, décision du 2 octobre 1995 (*supra*, note 142). par 43.

<sup>146</sup> *Ibid.*, par. 45.

<sup>147</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalić et al.*, affaire n° IT-96-21-T Jugement, 16 novembre 1998, Chambre de première instance, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 403.



droit pénal international seront transposées dans le droit pénal interne des différents États<sup>148</sup>.

90. De même, dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance a noté ce qui suit :

... on doit tenir compte de la spécificité des procédures pénales internationales lorsqu'on utilise des notions juridiques nationales puisqu'aussi bien « un certain nombre de caractéristiques distinguent les procès internationaux des procédures pénales nationales ». On évite ainsi une introduction ou une transposition mécanique du droit interne dans les procédures du droit pénal international ainsi que l'altération corrélative des traits singuliers de ces procédures<sup>149</sup>.

91. Dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le juge Fitzmaurice a abordé la question comme suit :

... il est avant tout nécessaire, puisqu'il s'agit d'une société et de ses actionnaires, de prendre en considération la conception et la structure des sociétés dans leurs systèmes d'origine, qui sont des systèmes de droit privé ou interne ; il faut en outre s'en tenir strictement au principe selon lequel quand, dans le domaine juridique international, on est amené à utiliser des concepts de droit privé ou à s'occuper d'institutions de droit privé, on ne doit pas les déformer ou les traiter d'une manière qui ne soit pas conforme à leur véritable nature, telle qu'elle ressort du système ou des systèmes qui les ont créés. Cela dit, il est presque aussi important de ne pas oublier que les conditions qui règnent dans le domaine international peuvent être très différentes de celles de l'ordre interne et que l'application stricte de règles pleinement justifiées pour celui-ci devient parfois moins défendable lorsqu'on les transpose sur le plan international. En négligeant cette précaution, on risque d'aboutir à la déformation contraire, en ce sens que les restrictions ou atténuations à la règle prévues sur le plan interne ne se retrouveront peut-être pas suffisamment sur le plan international, d'où un certain nombre de paradoxes, anomalies et injustices<sup>150</sup>.

92. Les affaires dans lesquelles on n'a pas envisagé de transposer au système juridique international un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, parce que les conditions de sa bonne application n'étaient pas réunies au niveau international, fournissent également des indications. Dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, par exemple, le Nicaragua a estimé que certaines notions de droit interne concernant la nullité de jugements ou de sentences arbitrales ne pouvaient pas être correctement appliquées en droit international en raison de l'absence d'un système judiciaire analogue à ceux des États :

le [] Nicaragua a estimé utile d'indiquer ... la raison pour laquelle le droit des gens s'écarte sur ce point de la solution admise en droit interne qui, dans certains cas, admet la nullité relative ou annulabilité. Cette raison doit être cherchée dans l'absence, en règle générale, de recours qui, à l'initiative d'une des parties, peuvent valablement vérifier la réalité des griefs invoqués, tandis qu'en droit interne, il est en général loisible aux intéressés d'utiliser à cet effet les mêmes

<sup>148</sup> Ibid., par. 404 et 405.

<sup>149</sup> *Furundžija* (voir *supra*, note 56), par. 178. Voir également *El Paso c. Argentine* (*supra*, note 54), par. 622 (« des règles largement appliquées in foro domestico, dans des affaires privées ou publiques, quant au fond ou à la procédure, pourvu que, moyennant adaptation, elles se prêtent à une application en droit international public »).

<sup>150</sup> *Barcelona Traction* (*supra*, note 217), opinion individuelle de Sir Gerald Fitzmaurice, p. 64, par. 5.

voies de recours que celles qui sont ouvertes en vue du contrôle de la justice de la décision<sup>151</sup>.

93. Dans les *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données*, l'Australie a réservé un traitement similaire au principe du secret professionnel invoqué par le Timor-Leste, faisant valoir ce qui suit :

La Cour devrait adopter une démarche tout aussi prudente s'agissant de la reconnaissance de ce principe en droit international, et ce, d'autant plus qu'il n'existe aucune enceinte ni aucun mécanisme établi pour apprécier l'invocation du secret professionnel en droit international. Pour autant que l'Australie le sache, c'est la première fois qu'un État fait valoir devant la Cour un moyen qui s'apparente au secret professionnel des avocats et conseils et, comme le Timor-Leste le reconnaît implicitement, il n'existe aucune procédure ni garantie procédurale pour aider la Cour à se prononcer sur de telles demandes. À l'inverse, les régimes juridiques nationaux disposent de mécanismes sophistiqués et bien établis permettant d'apprécier pareil argument en prenant en compte, parmi d'autres facteurs, la qualification correcte des documents en cause et l'application d'exceptions appropriées (y compris l'exception en cas d'infraction pénale)<sup>152</sup>.

94. Un autre exemple est donné par une affaire récemment portée devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, dans laquelle l'Argentine a fait valoir qu'il existe un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, fondé sur les « principes de droit de l'insolvabilité reconnus au niveau national », selon lequel les États ont le droit de refuser d'assurer le service de la dette obligataire envers des créanciers privés qui, contrairement à la majorité des créanciers, n'ont pas accepté l'échange de créances effectué par l'État émetteur dans le contexte d'une crise de la dette nationale et cherchent à obtenir un remboursement intégral. La Cour constitutionnelle a rejeté l'argument de l'Argentine dans les termes suivants :

Plus précisément, le plaignant invoque le principe de bonne foi dans le contexte de l'insolvabilité (imminente) de l'État. Même si l'on supposait que les exigences spécifiques découlant pour le plaignant du principe de bonne foi – à savoir l'égalité de traitement des créanciers et l'intégrité d'une procédure d'insolvabilité ordonnée – constituent un principe généralement reconnu dans les ordres juridiques internes, et même s'il était vrai que ces exigences spécifiques sont reconnues au sein des grandes familles juridiques ... le transfert du principe aux situations régies par le droit international nécessiterait au moins l'existence d'un ensemble complet de règles régissant la faillite d'État ... Les exigences spécifiques qui, selon le plaignant, découlent du principe de bonne foi en droit de l'insolvabilité ne pourraient donc être appliquées au niveau du droit international que s'il existait également une autorité de réglementation ou de contrôle indépendante, compétente pour s'assurer du respect de ces règles et

<sup>151</sup> Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne (voir *supra*, note 54), duplique du Nicaragua, par. 51.

<sup>152</sup> Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (*supra*, note 57), Mémoire de Timor-Leste, par. 6.4. Dans l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, l'Australie a également fait valoir ce qui suit, à propos de la transposition de la notion de « tutelle » des systèmes juridiques nationaux : « Il faut envisager avec prudence la translation de règles de droit privé dans le domaine du droit international, notamment parce que la relation est de nature essentiellement différente. Une tutelle, en droit privé, établit normalement une relation commerciale ou personnelle. En revanche, un accord de tutelle au titre de la Charte donne lieu à l'exercice d'un ensemble complet de fonctions gouvernementales pour le compte de toute une unité d'autodétermination. Les deux situations ne sont pas comparables » (*Certaines terres à phosphates* (voir note 63 ci-dessus), contre-mémoire de l'Australie, paragraphe 298).

capable de garantir un équilibre équitable entre les intérêts de toutes les parties concernées ... Les principes du droit de l'insolvabilité invoqués par le plaignant font partie intégrante du régime détaillé du droit national de l'insolvabilité, qui contient des règles de procédure, notamment pour la protection des créanciers minoritaires, dont le respect est contrôlé par une juridiction neutre, généralement un tribunal des faillites. En l'absence d'un cadre procédural fondé sur l'état de droit qui permette le contrôle judiciaire de décisions défavorables à la minorité [des créanciers], il manque une condition préalable essentielle pour que [le principe] puisse être transposé au niveau du droit international. On ne saurait donc invoquer en vertu de l'alinéa c) de l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la CIJ différents principes tirés du droit de l'insolvabilité<sup>153</sup>.

95. De même, le juge Simma, à propos de *l'exceptio non adimpleti contractus*, a fait remarquer ce qui suit :

Se pose alors, bien évidemment, la question de la possibilité de transposer cette notion forgée *in foro domestico* dans l'ordre juridique international, et, plus précisément, celle des modifications qui devront être apportées à ce principe général de sorte qu'il puisse également jouer un rôle constructif sur le plan international. À cet égard, le problème est que, dans les systèmes juridiques nationaux les plus développés, l'élément synallagmatique fonctionnel s'exercera sous le contrôle des juridictions, ce qui signifie, à tout le moins, que pareil contrôle sera toujours possible si une partie affectée par l'application de ce principe estime que les conditions requises pour y recourir n'étaient pas réunies ; dans l'ordre juridique international, en revanche, les cas d'inexécution d'obligations conventionnelles s'accompagnant de l'invocation dudit principe mais dans lesquels il ne peut être recouru à une décision judiciaire impartiale quant à la licéité des mesures en cause sont par trop fréquents. Le garde-fou que constitue le contrôle judiciaire faisant défaut, ce principe se révélera donc propice aux abus ; la question de la licéité demeurera souvent contestée<sup>154</sup>.

96. Les universitaires ont fait référence à cette condition nécessaire pour transposer les principes communs aux principaux systèmes juridiques du monde dans l'ordre juridique international, bien qu'ils utilisent une terminologie différente et abordent la question de manière plus ou moins détaillée. Il a été suggéré, par exemple, que « l'adéquation [d'un principe commun] à l'ordre juridique international doit être vérifiée »<sup>155</sup>, ou que seuls les principes *in foro domestico* qui sont « appropriés dans le contexte des relations internationales » peuvent être élevés au rang de principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice<sup>156</sup>. D'autres auteurs ont indiqué que les principes *in foro domestico* deviennent des principes généraux du droit « dès lors qu'ils sont applicables aux relations des États »<sup>157</sup>, et que l'on ne peut « appliquer au droit

<sup>153</sup> Allemagne, Cour constitutionnelle fédérale, arrêt du 3 juillet 2019 (2 BvR 824/15), par. 38 et 39.

<sup>154</sup> Application de l'accord intérimaire (voir *supra*, note 86), opinion individuelle du juge Simma, par. 13. Voir également Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale* (Presses Universitaires de France, 1997), p. 20 et 21, qui donne des raisons similaires pour lesquelles le principe de prescription existant dans les ordres juridiques nationaux ne peut être transposé dans l'ordre juridique international.

<sup>155</sup> Andenas et Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law » (*supra*, note 13), p. 26 ;

<sup>156</sup> Bjorge, « Public law sources and analogies of international law » (*supra*, note 103), p. 538. Voir également Lord Lloyd-Jones, « General principles of law in international law and common law », Discours au Conseil d'État, Paris, 16 février 2018 (« pour autant qu'ils puissent être correctement appliqués dans le contexte très différent du droit international »).

<sup>157</sup> J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 32. Ellis, « General principles and comparative law » (*supra*, note 103), p. 16 ; Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law* (*supra*, note 131), p. 37.

international le même concept normatif que celui qu'on applique au droit national », mettant en garde contre « toute reproduction simpliste des principes de droit interne pour les appliquer aux relations internationales »<sup>158</sup>.

### C. Preuve de la transposition

97. Il ressort de la pratique des États et de la jurisprudence des juridictions internationales que, dans certains cas, les instruments internationaux, en particulier les traités, peuvent être considérés comme une preuve de la transposition dans l'ordre juridique international d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde.

98. Ainsi, dans les affaires *Plateau continental de la mer du Nord*, le Danemark et les Pays-Bas ont contesté le principe général du droit invoqué par l'Allemagne au motif notamment que cette dernière n'avait pas tenté de présenter des exemples de l'application du principe allégué dans les conventions internationales<sup>159</sup>.

99. En l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, le Mexique a fait valoir que le principe de l'exclusion des preuves obtenues illégalement, en plus d'être généralement admis dans les systèmes juridiques nationaux, avait également été reconnu dans des instruments régissant les tribunaux pénaux internationaux, l'article 15 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>160</sup> et le paragraphe 3 de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>161</sup>.

100. Dans l'affaire *Certains biens*, après avoir établi que l'enrichissement sans cause était un principe commun à des systèmes juridiques nationaux qui n'était pas incompatible avec le droit international, le Liechtenstein a ajouté que ce principe avait été incorporé en droit international en ce qu'il inspirait divers régimes juridiques en droit international public, comme les règles du droit international en matière de succession d'États, d'indemnisation en cas d'expropriation et d'évaluation de l'indemnisation<sup>162</sup>.

101. En l'affaire *Application de l'Accord Intérimaire*, la Macédoine du Nord a contesté l'existence du principe général du droit invoqué par la Grèce (*exceptio non adimpleti contractus*) aux motifs notamment que l'argumentation de cette dernière

<sup>158</sup> Maarten Bos, « The recognized manifestations of international law », *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), p. 9 à 76 (voir p. 41). Voir également An Hertogen, « The persuasiveness of domestic law analogies in international law », *European Journal of International Law*, vol. 29 (2018), p. 1127-1148 ; Association de droit international, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law (voir *supra*, note 96), par. 211 ; Rumiana Yotova, « Challenges in identification of the 'general principles of law recognized by civilized nations': The approach of the International Court of Justice », *Cambridge Journal of Comparative and Contemporary International Law*, vol. 3 (2017), p. 269 à 323, (voir p. 320) ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (voir *supra*, note 103), p. 163 ; Christian Tomuschat, « Obligations arising for States with or against their will », dans *Recueil des cours*, vol. 241 (1993), p. 315 ; Michael Akehurst, « Equity and general principles of law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), p. 801 à 825 (voir p. 816).

<sup>159</sup> *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 49), Duplique commune soumise par les Gouvernements du Royaume du Danemark et du Royaume des Pays-Bas, 30 août 1968, par. 19.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> *Avena et autres ressortissants mexicains* (voir *supra*, note 64), Mémoire du Mexique, par. 377 à 379. 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.

<sup>162</sup> *Certains biens* (voir *supra*, note 56), Mémoire de la Principauté du Liechtenstein, par. 6.23 à 6.25.

reposait sur « des sources limitées et anciennes qui [étaient] antérieures à l'adoption des règles modernes du droit international en matière de traités et de responsabilités de l'État<sup>163</sup> » et que le principe « ne fut pas consacré dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, en dehors de l'article 60<sup>164</sup> ».

102. La Cour internationale de justice a également fait observer à de multiples reprises que 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<sup>165</sup>.

103. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a retenu que le principe *non bis in idem*, qui apparaissait sous une forme ou sous une autre dans les codes pénaux internes de nombreuses nations avait acquis un certain statut international, étant articulé au paragraphe 7 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>166</sup>. Dans la même affaire, pour statuer sur des allégations d'outrage au Tribunal, la Chambre d'appel s'est référée « aux principes généraux du droit communs aux grands systèmes juridiques dans le monde, tels qu'ils ont été développés et affirmés (le cas échéant) dans la jurisprudence internationale<sup>167</sup> ». Après avoir passé en revue les règles internes relatives à l'outrage dans divers pays, la Chambre d'appel a examiné les articles du Règlement de procédure et de preuve en la matière, ainsi que l'historique de l'élaboration de ces dispositions<sup>168</sup>.

104. On retrouve une approche similaire dans la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains. En l'affaire *Sea-Land Service v. Iran*, par exemple, le Tribunal, ayant estimé que l'enrichissement injustifié était codifié ou reconnu dans la jurisprudence par la grande majorité des systèmes juridiques internes, a constaté qu'il était également largement admis comme faisant partie du répertoire de principes généraux du droit invocables devant les juridictions internationales<sup>169</sup>. Dans une autre affaire, le Tribunal a conclu que la notion de changement de circonstances dans sa forme élémentaire était admise dans un tel nombre de systèmes juridiques qu'on pouvait la considérer comme un principe général du droit. Il a également constaté que

<sup>163</sup> *Application de l'Accord Intérimaire* (voir *supra*, note 86), Réplique de Macédoine du Nord, par. 5.55.

<sup>164</sup> *Ibid.*, par. 5.56.

<sup>165</sup> Voir, par exemple, *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, C.I.J. Recueil 2018, par. 68 ; *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, par. 58. Mais voir également *Statut international du Sud-Ouest africain* (voir *supra*, note 114), p. 132, et *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, par. 419, dans lesquels les principes *in foro domestico* semblent ne pas avoir été considérés comme transposés, compte tenu du sens particulier donné à ces termes dans certains traités.

<sup>166</sup> Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance, *Le Procureur c. Duško Tadić alias « Dule »*, affaire n° IT-94-1-T, Decision on the defence motion on the principle of *non-bis-in-idem*, 14 novembre 1995, par. 9. Toutefois, le Tribunal n'a pas appliqué le principe à titre de principe général du droit mais plutôt comme principe s'imposant à lui dans la mesure où il figurait dans le Statut et en la version y apparaissant (*ibid.*).

<sup>167</sup> *Tadić* (2000) (voir *supra*, note 56, par. 15).

<sup>168</sup> *Ibid.*, par. 19 à 29.

<sup>169</sup> *Sea-Land Service v. Iran* (voir *supra*, note 58).

cette notion était consacrée à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et largement reconnue à ce titre<sup>170</sup>.

105. D'autres tribunaux arbitraux se sont également fondés sur des instruments internationaux pour confirmer que des principes généraux du droit avaient été transposés dans l'ordre juridique international. En l'affaire *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, le tribunal a jugé que le principe selon lequel il appartient à celui qui allègue un fait d'en rapporter la preuve (*actori incumbat probatio*) était un principe du droit bien établi, au motif notamment que celui-ci avait été incorporé dans les dispositions d'instruments fondamentaux comme le paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou le paragraphe 1 de l'article 24 du Statut du Tribunal des différends irano-américains<sup>171</sup>. De la même manière, dans l'affaire *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, pour se prononcer sur la nécessité d'un lien de connexité entre une demande reconventionnelle et une demande principale, le tribunal s'est référé aux dispositions pertinentes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États<sup>172</sup> et de la Déclaration relative au règlement des différends irano-américains et a relevé que, selon l'interprétation et l'application qui en avaient été faites dans les décisions citées, ces dispositions reflétaient un principe général du droit quant à la nature du lien étroit devant exister entre la demande principale et la demande reconventionnelle afin que le tribunal compétent à l'égard de l'une le soit également à l'égard de l'autre<sup>173</sup>.

106. Il suit de ce qui précède que l'existence au niveau international, que ce soit dans des traités ou dans d'autres instruments internationaux, d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde peut constituer la preuve que ce principe est transposé dans l'ordre juridique international. La raison semble en être que, si l'ensemble des nations expriment de cette manière qu'elles reconnaissent l'applicabilité du principe sur le plan international, c'est que celui-ci est considéré comme compatible avec les principes fondamentaux du droit international et que le système juridique international prévoit les conditions de sa bonne application.

#### IV. Différence avec la méthode de détermination du droit international coutumier

107. Un dernier point reste à envisager : la différence entre la méthode de détermination des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux et la méthode de détermination du droit international coutumier. De l'avis du Rapporteur spécial, au vu des considérations développées dans les chapitres qui

<sup>170</sup> *Questech, Inc. v. Iran* (voir *supra*, note 54). Voir également *Rockwell v. Iran* (voir *supra*, note 54), par. 92 ; *Isaiah v. Bank Mellat* (voir *supra*, note 54).

<sup>171</sup> Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, affaire n° ARB/02/13, sentence, 31 janvier 2006, par. 73.

<sup>172</sup> Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 575, n° 8359, p. 159.

<sup>173</sup> Cour permanente d'arbitrage, *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, affaire n° 2001-03, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 mai 2004, par. 76. Voir également, Organisation mondiale du commerce, *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, rapport du Groupe spécial, 31 juillet 2002 (WT/DS212/R), par. 7.49 et 7.50.



précédent, cette distinction est claire et aucune confusion ne devrait être possible entre les deux sources.

108. À la conclusion 2 de ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, prenant note de la résolution 73/203 de l'Assemblée générale en date du 20 décembre 2018, la Commission propose que, « [p]our déterminer l'existence et le contenu d'une règle de droit international coutumier, il est nécessaire de rechercher s'il existe une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) ». Parmi les différentes formes que peut revêtir la pratique, à sa conclusion 6, elle cite les « actes législatifs et administratifs » ainsi que les « décisions des juridictions internes ». En outre, à sa conclusion 10, elle indique que les formes de preuve de l'*opinio juris* comprennent les « décisions des juridictions nationales »<sup>174</sup>.

109. Les formes de pratique et de preuve de l'*opinio juris* se recoupent avec les éléments utilisés aux fins de déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux, lesquels sont, comme on l'a expliqué plus haut, essentiellement des sources de droit internes (législation et jurisprudence nationales). Toutefois, il convient d'apporter quelques tempéraments à ce recoupement.

110. En premier lieu, pour présenter un intérêt aux fins de la détermination du droit international coutumier, la législation et la jurisprudence nationales doivent être accompagnées de l'*opinio juris*, c'est-à-dire de la conviction qu'a l'État d'agir conformément à un droit ou à une obligation en droit international. En revanche, cet élément n'est pas nécessaire à l'émergence d'un principe général du droit : ce qui importe, c'est la manière dont la législation et la jurisprudence nationale régissent et tranchent les différends internes<sup>175</sup>.

111. En second lieu, la deuxième étape de l'analyse visant à déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux (soit le constat de la transposition) est propre à cette source du droit international. Une telle analyse n'est nullement nécessaire pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier.

112. Au vu des développements qui précèdent, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion suivants :

<sup>174</sup> Voir également par. 5 du commentaire relatif à la conclusion 10 des conclusions sur la détermination du droit international coutumier, A/73/10, p. 150 (« La législation nationale, bien qu'elle découle dans la plupart des cas d'un choix politique, peut démontrer l'acceptation d'une pratique comme étant le droit, en particulier lorsqu'il est précisé (par exemple à l'occasion de l'adoption de la législation) qu'elle a été prescrite par le droit international coutumier ou vise à donner effet à celui-ci. Il arrive également que les décisions de juridictions nationales portant sur des questions de droit international contiennent pareilles précisions. »).

<sup>175</sup> Voir également Michael Wood, « Customary international law and the general principles of law recognized by civilized nations », *International Community Law Review*, vol. 21, 2019, p. 318 (ce qu'il faut examiner, c'est comment les États régissent les relations juridiques qui interviennent au niveau national) ; Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (voir *supra*, note 92, p. 24 (dans la définition de la troisième source de droit international, il y a aussi l'élément de reconnaissance de la part des peuples civilisés, mais l'exigence d'une pratique générale est absente. L'objet de la reconnaissance n'est donc plus le caractère juridique de la règle impliquée dans un usage international, mais l'existence de certains principes intrinsèquement juridiques.) Voir également Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (voir *supra*, note 94), p. 20 ; 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 » (voir *supra*, note 103), p. 185 ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (voir *supra*, note 103), p. 167.



*Projet de conclusion 4**Détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux*

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

- a) s'il existe un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ;
- b) si ce principe est transposé dans le système juridique international.

*Projet de conclusion 5**Détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde*

1. Pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.
2. L'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et régions du monde.
3. L'analyse comparative comprend un examen des législations et jurisprudences nationales.

*Projet de conclusion 6**Constat de la transposition dans le système juridique international*

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

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

## **Troisième partie : Détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international**

### **I. Considérations générales**

113. Outre les principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux, le premier rapport sur le sujet visait une seconde catégorie de principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice : ceux formés dans le cadre du système juridique international<sup>176</sup>. La présente partie porte sur la méthode de détermination de ces derniers.

114. Tout d'abord, il convient de rappeler que les avis divergent au sein de la Commission sur cette catégorie de principes généraux de droit. De nombreux membres se sont généralement ralliés à l'idée qu'il puisse exister des principes trouvant leur origine exclusivement dans le système juridique international<sup>177</sup>. Sans

<sup>176</sup> A/CN.4/732, par. 231 à 253.

<sup>177</sup> Voir les déclarations de M. Aurescu (A/CN.4/SR.3491, p. 11) ; M. Cissé (A/CN.4/SR.3492, p. 21) (selon lequel « [l]e texte du paragraphe 1 c) de l'article 38, les travaux préparatoires et l'historique

exclure catégoriquement la possibilité d'une seconde catégorie, d'autres ont néanmoins soulevé plusieurs interrogations à cet égard<sup>178</sup>. Pour l'essentiel, ces dernières tenaient aux éléments suivants : le caractère apparemment insuffisant ou non concluant de la pratique s'agissant de cette catégorie de principes généraux du droit ; la difficulté de distinguer entre cette catégorie et le droit international coutumier ; le risque que les critères de détermination de ces principes généraux du droit ne soient pas suffisamment stricts, avec pour conséquence que des règles de droit international pourraient être trop facilement invoquées.

115. Des vues divergentes ont également été exprimées au sein de la Sixième Commission. D'une manière générale, la plupart des États ont convenu qu'il existait une seconde catégorie de principes généraux du droit relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice<sup>179</sup>. D'autres

de la disposition contredisent les arguments avancés par certains auteurs selon lesquels seule la [catégorie des principes généraux de droit qui découlent des systèmes juridiques nationaux] devrait être retenue. La nature générale du texte et l'absence d'élément indiquant clairement que les rédacteurs souhaitaient limiter le paragraphe à cette seule catégorie justifient l'adoption d'une interprétation plus large et plus libérale du concept » ; M<sup>me</sup> Galvão Teles (A/CN.4/SR.3489, p. 21 à 22) (selon laquelle « [u]n autre ensemble de principes généraux peut avoir son origine dans le système international ou les relations internationales elles-mêmes. Cette idée est, elle aussi, largement étayée par la pratique et la doctrine ») ; M. Gómez-Robledo (A/CN.4/SR.3492, p. 10) ; M. Grossman (A/CN.4/SR.3493, p. 7) (selon lequel « [l]'existence de principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international répond aussi à la nécessité de mettre en évidence certaines caractéristiques majeures dudit système. Ces principes peuvent servir à régler des problèmes inédits dans les systèmes nationaux qui, à défaut, resteraient sans solution. Ils peuvent, en outre, servir à régler des questions qui font l'objet d'un large consensus mais sur lesquelles la pratique des États n'a guère la possibilité de se développer. ») ; M. Huang (A/CN.4/SR.3493, p. 12) ; M. Jalloh (A/CN.4/3491, p. 7) ; M<sup>me</sup> Lehto (A/CN.4/SR.3492, p. 15) (selon laquelle « [l]e libellé de l'Article 38, qui est ensuite devenu le paragraphe 1 c) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, n'exclut toutefois pas d'autres types de principes généraux, et les travaux préparatoires montrent que [l]e texte est, lui aussi, un compromis entre deux conceptions des principes généraux. ») ; M. Nguyen (A/CN.4/SR.3491, p. 13) ; M. Nolte (A/CN.4/SR.3492, p. 19) (selon lequel « [e]n fonction des critères de détermination, la catégorie des "principes généraux du droit formés dans le système juridique international" pourrait être considérée comme un type de principe général au sens du paragraphe 1 c) de l'Article 38 ») ; M<sup>me</sup> Oral (A/CN.4/SR.3492, p. 7) ; M. Ruda Santolaria (A/CN.4/SR.3492, p. 12) ; M. Saboia (A/CN.4/SR.3491, p. 17) ; M. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 3) ; M. Valencia-Ospina (A/CN.4/SR.3489, p. 10) (selon lequel « [d'autres principes] sont inhérents à l'ordre juridique international (par exemple le principe du consentement à la compétence) »).

<sup>178</sup> Voir les déclarations de M. Argüello Gómez (A/CN.4/SR.3492, p. 4) ; M. Hmoud (A/CN.4/SR.3489, p. 14 et 15) ; M. Murase (A/CN.4/SR.3489, p. 8) ; M. Murphy (A/CN.4/SR.3490, p. 14) ; M. Park (A/CN.4/SR.3489, p. 16 et 17) ; M. Rajput (A/CN.4/SR.3490, p. 19) ; M. Šturma (A/CN.4/SR.3493, p. 16) ; M. Wood (A/CN.4/SR.3490, p. 4 et 9).

<sup>179</sup> Voir les déclarations faites par les délégations des pays suivants : Autriche (A/C.6/74/SR.31, par. 88) (selon laquelle « [d]ans certaines circonstances, il peut aussi y avoir des principes généraux du droit "formés dans le cadre du système juridique international" ») ; Bélarus (A/C.6/74/SR.31, par. 95) ; Chine (A/C.6/74/SR.27, par. 96) ; Équateur (A/C.6/74/SR.27, par. 37) ; Estonie (disponible sur le portail PaperSmart) ; Italie (A/C.6/74/SR.32, par. 34) ; Pays-Bas (A/C.6/74/SR.31, par. 153) (selon laquelle « certains principes généraux de droit trouvent leur origine dans le système juridique international, cet avis étant étayé par la pratique des États et la jurisprudence des cours et tribunaux internationaux. Ainsi, la liberté de la haute mer est un exemple de principe général du droit international ») ; Norvège (au nom des pays nordiques) (A/C.6/74/SR.31, par. 77) (selon laquelle « l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 n'exclut pas la possibilité que des principes généraux de droit émanent de sources autres que les systèmes juridiques internes ») ; Pérou (disponible sur le portail PaperSmart) (selon laquelle un principe général du droit peut avoir pour origine soit les systèmes juridiques nationaux, par la transposition de principes de ces systèmes au droit international, soit le système juridique international lui-même) ; Portugal (A/C.6/74/SR.32, par. 87) ; Fédération de Russie (ibid., par. 79) ; Sierra Leone (A/C.6/74/SR.31, par. 106) (selon laquelle « [d]ans certains domaines du droit international, comme le droit pénal international, les principes généraux du droit découlant du droit national et

ont invité la Commission à étudier davantage la question, sans adopter une position claire<sup>180</sup>. D'autres encore ont dit douter de l'existence de cette catégorie<sup>181</sup>.

116. Les préoccupations soulevées au sein de la Commission et de la Sixième Commission appellent quelques observations générales. Le Rapporteur spécial convient qu'il faut veiller à fonder les travaux de la Commission sur une pratique suffisante, a fortiori quand le sujet touche à l'une des sources du droit international. S'agissant plus particulièrement de la seconde catégorie de principes généraux du droit, la difficulté à cerner une pratique pertinente tient, premièrement, à ce que l'alinéa c) du paragraphe 1) de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice a rarement été expressément cité lorsque de tels principes ont été invoqués. Deuxièmement, il faut bien admettre que la terminologie employée en pratique manque de précision. Déterminer si, dans un cas précis, c'est un principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international ou une règle du droit conventionnel ou du droit international coutumier qui a été invoqué ou appliqué est donc souvent une question d'interprétation. Troisièmement, dans certains cas, les première et deuxième catégories de principes généraux du droit pourraient se recouper dans la mesure où un principe relevant potentiellement de la seconde pourrait également se retrouver dans les systèmes juridiques nationaux (à titre d'exemple, on pourrait citer le principe *pacta sunt servanda*).

117. De l'avis du Rapporteur spécial, le faible nombre de références dans la pratique à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'est pas un obstacle insurmontable. Dans le premier rapport, on a expliqué que l'historique de l'élaboration de cet alinéa et son libellé étayaient l'existence d'une seconde catégorie de principes généraux du droit. Comme on le verra dans le prochain chapitre, des exemples puisés dans la pratique semblent aller dans ce sens. Les avis exprimés par les États au sein de la Sixième Commission laissent également penser que la portée de cet alinéa ne se borne pas aux seuls principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux.

118. S'agissant de l'imprécision de la terminologie employée dans la pratique comme dans la doctrine (en particulier l'utilisation de termes comme « principes généraux du droit international » et « principes du droit international »), le Rapporteur spécial estime que chaque occurrence doit être soigneusement analysée en contexte. Dans certains cas, ces termes peuvent renvoyer aux principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Dans d'autres, les auteurs peuvent avoir à l'esprit des règles du droit conventionnel ou du droit international coutumier, voire des principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux. Afin de surmonter cette difficulté, il importe de déterminer si, dans l'espèce, une méthode distincte a été employée pour établir l'existence de la norme.

119. S'agissant de la question du recoupement entre les deux catégories de principes généraux du droit relevant de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de

---

international sont particulièrement importants ») ; Espagne (A/C.6/74/SR.32, par. 39, et déclaration versée sur le portail PaperSmart) (selon laquelle il existe deux grandes catégories de principes généraux du droit, à savoir ceux qui sont dérivés des systèmes juridiques nationaux et ceux qui sont formés dans le cadre du système juridique international) ; Soudan (ibid., par. 28) ; Ouzbékistan (disponible sur le portail PaperSmart).

<sup>180</sup> Voir les déclarations faites par les délégations des pays suivants : Australie (disponible sur le portail PaperSmart) ; Chili (A/C.6/74/SR.32, par. 47) ; Croatie (A/C.6/74/SR.25, par. 57) ; Cuba (A/C.6/74/SR.31, par. 138 et 139) ; République de Corée (A/C.6/74/SR.32, par. 121) ; États fédérés de Micronésie (ibid., par. 54) ; Philippines (ibid., par. 4) ; Viet Nam (ibid., par. 59).

<sup>181</sup> Voir les déclarations des délégations des pays suivants : République tchèque (A/C.6/74/SR.32, par. 104) ; République islamique d'Iran (disponible sur le portail PaperSmart) ; Slovaquie (A/C.6/74/SR.31, par. 118) ; Royaume-Uni (A/C.6/74/SR.32, par. 15) ; États-Unis (disponible sur le portail PaperSmart).

la Cour internationale de Justice, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il faut éviter de brouiller la distinction entre les deux. Comme on l'a montré dans le premier rapport et dans le présent rapport, les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux sont largement admis dans la pratique et dans la doctrine, et la méthode permettant d'en déterminer l'existence présente des caractéristiques propres. La méthode de détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international est différente. Pour déterminer qu'il existe un principe reconnu par l'ensemble des nations, il faut établir : que le principe est largement reconnu dans des traités et d'autres instruments internationaux ; qu'il sous-tend des règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ; ou bien, qu'il est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international.

120. Tout comme la quasi-totalité des membres de la Commission et des États au sein de la Sixième Commission, le Rapporteur spécial estime qu'il faut distinguer clairement les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international des règles du droit international coutumier. Cette nécessité est liée au souci que le critère de détermination des principes généraux de droit relevant de la seconde catégorie soit suffisamment strict et que ces principes généraux ne soient pas vus comme une manière facile d'invoquer des règles de droit international. Cette question est étudiée plus en détail dans le chapitre III ci-après.

## II. Méthode

121. La pratique et la jurisprudence des États permettent d'éclairer la manière dont les principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international doivent être déterminés. Ces principes relevant, selon le Rapporteur spécial, de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la condition essentielle de leur existence est celle de la reconnaissance, qui, comme pour la première catégorie, doit être large et représentative, car correspondant à une conception commune à l'ensemble des nations. Dans le présent contexte, on peut considérer que la reconnaissance revêt trois formes possibles. Premièrement, il peut s'agir d'un principe largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux. Deuxièmement, ce peut être un principe sous-tendant les règles générales du droit international conventionnel ou coutumier. Enfin, ce peut être un principe inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international. Il convient de noter, toutefois, que ces formes de reconnaissance ne s'excluent pas mutuellement. Comme on le verra plus loin, elles peuvent dans certains cas coexister.

### A. Principes largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux

122. Une première façon de déterminer les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international consiste à vérifier si tel ou tel principe est largement repris dans les traités et autres instruments internationaux, tels que les résolutions de l'Assemblée générale.

123. Les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (Principes de Nuremberg) peuvent être considérés comme un exemple de principes généraux de droit qui ont pris corps de cette manière. Les Principes de Nuremberg ont été retenus dans le Statut du Tribunal

militaire international (Statut de Nuremberg) de 1945<sup>182</sup> et appliqués par le Tribunal militaire international dans le cadre de la poursuite et du châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe (Tribunal de Nuremberg). Le 11 décembre 1946, l'Assemblée générale a confirmé dans sa résolution 95 (I), adoptée à l'unanimité, « les principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg, et par l'arrêt de cette Cour »<sup>183</sup>. Elle a également chargé la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification de formuler ces principes<sup>184</sup>.

124. Au cours de sa première session, la Commission a examiné s'il y avait lieu de déterminer dans quelle mesure les principes de Nuremberg constituaient des « principes de droit international » et conclu que « les Principes ayant été consacrés par l'Assemblée générale, la tâche confiée à la Commission [...] ne consistait pas à porter un jugement sur ces principes en tant que principes du droit international, mais purement et simplement à les formuler »<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> Statut du Tribunal militaire international annexé à l'Accord de Londres concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279.

<sup>183</sup> Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946.

<sup>184</sup> Ibid.

<sup>185</sup> *Annuaire de la Commission du droit international 1950*, vol. II, p. 374, par. 96 (en français, doc. A/1316, par. 96, p. 12). Voir aussi *Annuaire ... 1949*, vol. I, p. 133, par. 35 ; *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 189, par. 36 (en français, doc. A/CN.4/22, Troisième partie, p. 29, 3<sup>e</sup> par.). Les Principes de Nuremberg disposent ce qui suit :

« *Principe I*

Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement.

*Principe II*

Le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis.

*Principe III*

Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international.

*Principe IV*

Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir.

*Principe V*

Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit.

*Principe VI*

Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international :

a) Crimes contre la paix :

i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux ;

ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i.

b) Crimes de guerre : Les violations des lois et coutumes de la guerre, qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

c) Crimes contre l'humanité : L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes.

125. Par la suite, au moment de l'adoption du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'homme, les Principes de Nuremberg semblent avoir été considérés par les États comme des principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Comme indiqué dans le premier rapport, les travaux des deux traités montrent que la présence du paragraphe 2 dans les articles 15 et 7 des deux instruments répondait à l'intention des Parties de « confirmer et renforcer » encore les Principes de Nuremberg<sup>186</sup>. S'agissant de la nature juridique des Principes, les États ont notamment fait observer qu'ils figuraient dans le Statut du Tribunal militaire international, étaient confirmés dans la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, et étaient conformes aux buts de la Charte des Nations Unies, de la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, où il est affirmé que le génocide est un crime de droit des gens, et de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>187</sup>.

126. On trouve également dans la jurisprudence des références au caractère juridique des Principes de Nuremberg en tant que principes généraux de droit. Par exemple, dans l'affaire *Kolk et Kislyiy c. Estonie*, la Cour européenne des droits de l'homme a fait observer que :

Si le Tribunal [de Nuremberg] fut constitué pour juger les principaux criminels de guerre des pays européens de l'Axe pour les infractions qu'ils avaient commises avant ou pendant la Seconde Guerre mondiale, la Cour relève que la validité universelle des principes relatifs aux crimes contre l'humanité a été confirmée par la suite, notamment par la résolution 95 de l'Assemblée générale des Nations unies (11 décembre 1946) puis par la Commission du droit international. Par conséquent, la responsabilité pour crimes contre l'humanité ne saurait se limiter aux seuls ressortissants de certains pays ni aux seuls actes commis pendant la Seconde Guerre mondiale. À cet égard, la Cour tient à souligner que l'article I b) de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité dispose expressément que les crimes contre l'humanité, qu'ils soient commis en temps de guerre ou en temps de paix, sont imprescriptibles, quelle que soit la date de leur commission. Après avoir adhéré à la convention précitée, la République d'Estonie est devenue liée par ces principes.

[L]e paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit expressément que ledit article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, ce qui est le cas du crime contre l'humanité, dont l'imprescriptibilité a été consacrée par le statut du Tribunal de Nuremberg<sup>188</sup>.

---

#### *Principe VII*

La complicité d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans le principe VI, est un crime de droit international. »

<sup>186</sup> Voir A/2929, par. 96 ; A/4625, par. 15 et 16 ; A/C.3/SR.1008, par. 2, 3 et 14 ; A/C.3/SR.1010, par. 9 ; A/C.3/SR.1012, par. 15 ; A/C.3/SR.1013, par. 14, 15 et 17 ; Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, Travaux préparatoires de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, Document d'information rédigé par le Secrétariat de la Commission (DH (57) 6), p. 4.

<sup>187</sup> Voir A/C.3/SR.1008, p. 135, par. 14 ; A/C.3/SR.1012, par. 15 ; A/C.3/SR.1013, par. 14 et 15. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.

<sup>188</sup> *Kolk et Kislyiy c. Estonie* (déc.), Requêtes n°s 23052/04 et 24018/04, Décision sur la recevabilité, 17 janvier 2006, Quatrième section, Cour européenne des droits de l'homme, *Recueil des arrêts et*



127. On peut conclure, sur la base de ce qui précède, que les Principes de Nuremberg ont été reconnus par l'ensemble des nations comme des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international par une conjonction d'actes : leur inclusion dans le Statut du Tribunal militaire international, leur application par le Tribunal de Nuremberg et leur confirmation unanime par l'adoption de la résolution 95 (I) de l'Assemblée générale. Leur caractère de principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice semble confirmé par les travaux sur le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme.

128. Dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le Génocide*, la Cour internationale de Justice semble avoir pris en considération l'existence de certains principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations et ne découlant pas des systèmes juridiques nationaux pour déterminer le type de réserves pouvant être faites à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et le type d'objections pouvant être faites à ces dernières. Dans son avis consultatif, la Cour a déclaré, entre autres, ce qui suit :

La réponse à ces questions doit être cherchée dans les traits particuliers que présente la Convention sur le génocide. Les origines et le caractère de la Convention, les fins poursuivies par l'Assemblée générale et par les parties contractantes, les rapports que présentent les dispositions de la Convention entre elles et avec ces fins, fournissent des éléments d'interprétation de la volonté de l'Assemblée générale et des parties. Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme « un crime de droit des gens » impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (1) de l'Assemblée générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire « pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux » (préambule de la Convention). La Convention sur le génocide a donc été voulue tant par l'Assemblée générale que par les parties contractantes comme une convention de portée nettement universelle. En fait, elle fut approuvée, le 9 décembre 1948, par une résolution qui fut votée unanimement par cinquante-six États<sup>189</sup>.

129. Dans sa résolution 96 (I), à laquelle se réfère la Cour, l'Assemblée générale a également indiqué que le crime de génocide « est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies », et affirmé que « le génocide est un crime de droit des gens que le monde civilisé condamne et pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des

*décisions* (CEDH), 2006-I. Voir aussi *Vasiliauskas c. Lituanie* [Grande Chambre], Requête n° 35343/05, arrêt du 20 octobre 2015, Cour européenne des droits de l'homme, CEDH 2015-VII, par. 187 à 190 (confirmant sa propre jurisprudence, selon laquelle le second paragraphe de l'article 7 de la Convention européenne n'est qu'une « précision contextuelle du volet de cette [disposition du paragraphe 1 de l'article 7], ajoutée pour lever tout doute concernant la validité des poursuites engagées après la Seconde Guerre mondiale contre les auteurs d'exactions commises pendant cette guerre [...]. Ainsi, il est clair que les auteurs de la Convention n'avaient pas l'intention de ménager une exception générale à la règle de la non-rétroactivité »).

<sup>189</sup> *Réserves à la Convention sur le Génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la p. 23.

hommes d'État, doivent être punis, qu'ils agissent pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour d'autres motifs »<sup>190</sup>.

130. De l'avis du Rapporteur spécial, les termes employés par la Cour peuvent être interprétés comme renvoyant aux principes généraux de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 de son statut (« reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États »). Comme l'a fait observer la Cour, les principes en question (se rapportant à la condamnation et à la répression du crime de génocide) « sont à la base de » la Convention et sont contraignants pour les États même en l'absence de cette convention. On peut considérer que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale traduisent la reconnaissance de ces principes par l'ensemble des nations.

131. Un autre exemple de principes généraux de droit relevant de la seconde catégorie qui ont pris corps dans le cadre des traités est incarné par la clause de Martens, apparue pour la première fois dans le préambule des Conventions de La Haye de 1899 (II) et de 1907 (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre<sup>191</sup>, et ainsi rédigée :

En attendant qu'un Code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par Elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique.

132. Cette clause a été incorporée à plusieurs autres traités postérieurs aux Conventions de La Haye, comme les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels<sup>192</sup>. Une formulation plus récente de la clause de Martens évoque les « principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique »<sup>193</sup>.

133. La clause de Martens renvoie aux « principes du droit des gens, tels qu'ils résultent [...] des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique » dans le cadre des lois de la guerre, applicables parallèlement aux « principes du droit

<sup>190</sup> Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946.

<sup>191</sup> Conventions de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907) : Convention (II) concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles (Convention II de La Haye) ; Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention IV de La Haye), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, J. B. Scott (dir.), New York, Oxford University Press, 1918.

<sup>192</sup> Voir Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Genève, 12 août 1949), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 970, p. 31, art. 63 ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Genève, 12 août 1949), *ibid.*, n° 971, p. 85, art. 62 ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (Genève, 12 août 1949), *ibid.*, n° 972, p. 135, art. 142 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Genève, 12 août 1949), *ibid.*, n° 973, p. 287, art. 158 ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) (Genève, 8 juin 1977), *ibid.*, vol. 1125, n° 17512, p. 3, art. 1, par. 2 (p. 275) ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) (Genève, 8 juin 1977), *ibid.*, n° 17513, p. 609, préambule (p. 651) ; Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (Genève, 10 octobre 1980), *ibid.*, vol. 1342, n° 22495, p. 137, préambule (p. 174).

<sup>193</sup> Voir Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, art. 1, par. 2.

des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées » (c'est-à-dire la coutume). Les lois (ou principes) de l'humanité et les exigences de la conscience publique ont été considérées par certains États comme des principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, et ne découlant pas des systèmes juridiques nationaux. Dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, par exemple, Nauru a avancé ce qui suit :

La clause de Martens semble appeler l'application des principes généraux de droit. Elle invoque les lois de l'humanité et les exigences de la conscience publique. Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées incarneraient donc les principes d'humanité et la conscience publique. Les armes inhumaines et les armes qui sont une offense à la conscience publique sont par conséquent interdites<sup>194</sup>.

134. De même, lors des débats tenus à la Sixième Commission en 2019, la Norvège (au nom des pays nordiques) a fait valoir que la clause de Martens était « un exemple de principe établi au sein du système juridique international »<sup>195</sup>.

135. On trouve également dans le droit international de l'environnement des principes généraux du droit qui se sont dégagés à la faveur de l'élaboration des traités et autres instruments internationaux<sup>196</sup>. Un exemple possible en est le principe pollueur-payeur, expressément stipulé ou incorporé dans plusieurs traités relatifs à l'environnement, et qui fait obligation au pollueur de prendre à sa charge les frais liés à la prévention, à la maîtrise et à la réduction de la pollution<sup>197</sup>. Certains traités récents

<sup>194</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Lettre du 15 juin 1995 du conseil désigné par Nauru, accompagnée de l'exposé écrit du Gouvernement de Nauru, p. 13 (traduction non officielle).

<sup>195</sup> Déclaration de la Norvège (au nom des pays nordiques) (A/C.6/74/SR.31, par. 77).

<sup>196</sup> Pour l'idée selon laquelle il peut exister certains principes généraux de droit, au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui soient propres au droit de l'environnement et ne découlent pas nécessairement des systèmes juridiques nationaux, voir par exemple *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 14, Opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 135, par. 6, 28, 48 et 52 ; Makane Moïse Mbengue et Brian McGarry, « General principles of international environmental law in the case law of international courts and tribunals », in Andenas *et al.*, *General Principles and the Coherence of International Law* (voir, *supra*, note 88), p. 408 à 413. Toutefois les auteurs précisent également que puisque le principal corpus de droit international de l'environnement est désigné sous le vocable de « principes » parce qu'il est largement issu d'instruments universels de droit non contraignant (comme la déclaration de Rio), ces normes peuvent, en ce sens, être considérées comme corpus de droit international coutumier (p. 420).

<sup>197</sup> Voir, par exemple, la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 956, n° 13706, p. 251 ; Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963), *ibid.*, vol. 1063, n° 16197, p. 265 ; Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (Barcelone, 16 février 1976), *ibid.*, vol. 1102, n° 16908, p. 27, art. 12 (p. 58) ; Accord de l'ASEAN sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (Kuala Lumpur, 9 juillet 1985), PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment* (Cambridge, 1991), vol. 2, p. 144, art. 10 d) ; Convention sur la protection des Alpes (Salzbourg, Autriche, 7 novembre 1991), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1917, n° 32724, p. 135, art. 2, par. 1 (p. 183) ; Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Paris, 22 septembre 1992), *ibid.*, vol. 2354, n° 42279, p. 67, art. 2, par. 2 b) (p. 108) ; Accord sur l'Espace économique européen (Bruxelles, 13 décembre 1993), *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 37, n° L 1, p. 3, art. 73, par. 2 ; Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1936, n° 33207, p. 269, art. 2, par. 5 b) (p. 292) ; Agreements on the Protection of the Rivers Meuse and Scheldt (Charleville-Mézières, France, 26 avril 1994), *International Legal Materials*, vol. 34 (1995), p. 851, art. 3, par. 2 d) – en français, voir Décret n° 2003-473 du 26 mai 2003 portant publication de l'accord concernant la protection de la Meuse, fait à Charleville-Mézières le 26 avril 1994, *Journal officiel de la République*

évoquant dans leur préambule le principe pollueur-payeur l'ont qualifié de « principe général du droit international de l'environnement »<sup>198</sup>.

136. Hormis les traités, on retrouve le principe pollueur-payeur dans certains instruments internationaux. Le principe 16 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement<sup>199</sup>, notamment, dispose que :

Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement<sup>200</sup>.

137. De l'avis du Rapporteur spécial, on pourrait considérer le principe pollueur-payeur comme un principe général de droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice du fait que l'on peut se rendre compte, par sa reprise dans différents traités et autres instruments internationaux largement acceptés, qu'il est reconnu par l'ensemble des nations<sup>201</sup>.

## B. Principes au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier

138. On peut également identifier des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international lorsque l'on peut établir que les principes en question sous-tendent des règles générales du droit international conventionnel ou

---

française, n° 127 du 3 juin 2003 et Accord relatif à la protection de l'Escaut, à l'adresse <https://iea.uoregon.edu/treaty-text/1994-protectionscheldtfrtxt> ; Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (Sofia, 29 juin 1994), *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 52, n° L 342, p. 19, art. 2, par. 4 ; Protocole à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Londres, 7 novembre 1996), Organisation maritime internationale, 2003, art. 3, par. 2 ; Convention pour la protection du Rhin (Berne, 12 avril 1999), *Journal officiel des Communautés européennes*, vol. 43, n° L 289, p. 32, art. 4 d). Voir aussi Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge University Press, 2003), p. 279 à 281.

<sup>198</sup> Voir, par exemple, la Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures (Londres, 30 novembre 1990), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1891, n° 32194, p. 93.

<sup>199</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. I, *Résolutions adoptées par la Conférence (A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) ; Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif)*, résolution 1, annexe, p. 2, à la p. 5.

<sup>200</sup> Voir aussi Organisation de coopération et de développement économiques : Recommandation du Conseil sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0102> (1972), annexe, paragraphes 2 à 5 ; Recommandation du Conseil sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0132> (1974) ; Recommandation du Conseil sur l'application du principe pollueur payeur aux pollutions accidentelles, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0251> (1989) ; Recommandation du Conseil relative à l'utilisation des instruments économiques dans les politiques de l'environnement, <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0258> (1991).

<sup>201</sup> Voir aussi Pierre-Marie Dupuy et Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), p. 81 (« À première vue, [le principe pollueur-payeur] pourrait sembler une simple variante, applicable au domaine de l'environnement, de l'obligation de réparer les dommages causés à autrui. Toutefois, le borner à cette acception en ôterait toute teneur intrinsèque, puisque cette obligation est déjà bien établie dans le droit international coutumier sous la forme du principe « ne pas nuire » et du principe de prévention » [traduction non officielle]).

coutumier<sup>202</sup>. Dans ces cas, la condition de reconnaissance qui détermine si l'on a affaire à un principe général en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice semble être induite de l'acceptation générale des règles qu'ils sous-tendent. Cette méthode est essentiellement déductive.

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

Les obligations qui incombait aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États<sup>203</sup>.

140. La Cour n'a pas appliqué la Convention de La Haye, qui n'est applicable qu'en temps de guerre et l'Albanie, en tout état de cause, n'y était pas partie. Elle a néanmoins identifié certaines obligations fondées sur des « principes généraux et bien reconnus », dont on peut considérer qu'ils ont été déduits des règles existantes du droit international conventionnel ou coutumier<sup>204</sup> et a appliqué ces principes pour trancher l'affaire dont elle était saisie.

141. Dans l'affaire *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, l'Indonésie a cherché à déterminer l'existence d'un principe général du droit par voie de déduction à partir de dispositions conventionnelles. D'après elle, le principe selon lequel est aussi illégal le fait de menacer de commettre un acte illégal trouvait un appui dans les instruments juridiques internationaux et dans l'*opinio juris*, ainsi que dans les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées<sup>205</sup>.

142. En invoquant cet argument, l'Indonésie a fait référence de manière générale aux traités interdisant la possession et la fabrication d'armes de destruction massive, aux principes de Nuremberg, au Protocole I de la Convention de Genève et à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (voir, *supra*, note 103), p. 162. Les auteurs ajoutent que c'est en partant du droit international que l'on peut dégager des principes généraux qui pourront ensuite être appliqués à d'autres situations ne relevant pas du champ d'application initial des règles pertinentes (ibid.).

<sup>203</sup> *Détroit de Corfou* (voir, *supra*, note 55), p. 22. Dans ses conclusions, le Royaume-Uni avait demandé à la Cour de dire, entre autres, que l'Albanie « n'a[va]it pas notifié l'existence de ces mines comme le requiert la Convention VIII de La Haye de 1907, conformément aux principes généraux du droit international et aux règles d'humanité » (ibid., p. 10). Dans son contre-mémoire, l'Albanie a fait savoir que, même si le Gouvernement albanais n'avait pas notifié son adhésion à la Convention, [...] il avait déclaré [...] qu'il respectait la Convention et qu'il lui restait fidèle, en vertu de son « caractère déclaratoire » (Contre-mémoire de l'Albanie, par. 84). Voir aussi Duplique présentée par le Gouvernement albanais, par. 27.

<sup>204</sup> Voir Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law » (*supra*, note 103), p. 163 ; Yotova, « Challenges in identification of the "general principles of law recognized by civilized nations" » (*supra*, note 158), p. 299.

<sup>205</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CR 1995/25, 3 novembre 1995, p. 37, par. 77.

<sup>206</sup> Ibid., par. 78 et 79.

143. Dans l'affaire *Furundžija*, constatant une « différence fondamentale » dans l'incrimination de la pénétration orale forcée dans le droit interne des États<sup>207</sup>, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a estimé qu'il lui revenait de voir si l'on pouvait « parvenir à une solution appropriée en recourant aux principes généraux du droit pénal international ou, si ces principes [n'étaient] d'aucun secours, aux principes généraux du droit international »<sup>208</sup>. Quoiqu'elle n'ait pas précisé quelle distinction elle faisait entre ces deux termes, ni dit sur lequel de ces deux types de principe elle s'appuyait, elle a déclaré ce qui suit :

[L]a pénétration buccale forcée par l'organe sexuel masculin constitue une atteinte à la dignité humaine particulièrement humiliante et dégradante. L'aspect essentiel des règles du droit international humanitaire ainsi que du droit relatif aux droits humains réside dans la protection de la dignité de la personne, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin. Le principe général du respect de la dignité humaine est à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme et en est, en fait, la raison d'être ; il est désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble. Ce principe a pour but de protéger l'être humain de toute atteinte à sa dignité personnelle, que celle-ci découle de violences corporelles, d'humiliations ou de coups portés à l'honneur, au respect de soi ou au bien-être mental d'une personne. Qu'une violence sexuelle aussi grave que la pénétration orale forcée soit qualifiée de viol est dans le droit fil de ce principe<sup>209</sup>.

144. La Chambre de première instance semble donc avoir déterminé l'existence d'un « principe général du respect de la dignité humaine » et l'avoir appliqué, estimant qu'il était à la base du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

145. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial conclut que l'on peut considérer qu'un principe est formé dans l'ordre juridique international lorsqu'il est à la base de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier. Ces principes sont « reconnus » au sens de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut, étant donné le vaste soutien dont ils bénéficient dans les traités et les règles coutumières en question. Leur existence est déterminée selon une méthode reposant essentiellement sur la déduction : il faut analyser telle règle du droit international et en déduire les principes qui la sous-tendent. Le principe ainsi dégagé peut alors être appliqué indépendamment de la règle du droit international conventionnel ou coutumier concernée, voire en l'absence de telle règle. En d'autres termes, le principe se distingue des règles à partir desquelles il a été déduit.

### **C. Principes inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international**

146. La troisième manière de déterminer l'existence de principes généraux de droit appartenant à la deuxième catégorie consiste à s'assurer qu'ils sont inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international, qui est une création de l'ensemble des nations.

147. On peut citer à titre d'exemple le principe du consentement à la compétence, que l'on peut considérer comme propre au système juridique international étant donné la structure de ce dernier : il est la conséquence nécessaire de ce que les États souverains sont égaux et qu'il n'existe pas de juridiction judiciaire devant laquelle porter d'office un différend analogue à celles qu'on trouve dans les systèmes

<sup>207</sup> *Furundžija* (voir *supra*, note 56), par. 182.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*, par. 183.



juridiques internes. Divers instruments internationaux s'inspirent de ce principe et y font écho, tout comme la jurisprudence, qui s'appuie souvent dessus. Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, par exemple, la Cour internationale de Justice a déclaré que « [s]tatuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier »<sup>210</sup>. Le principe a également été invoqué par le Nicaragua dans l'affaire relative au *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime* en tant que « principe du droit international général », qui était « consacré dans les dispositions de l'Article 62 [du Statut de la Cour internationale de Justice] »<sup>211</sup>. La Chambre de la Cour a conclu que, pour trancher la question de savoir si l'existence d'un lien juridictionnel était une condition essentielle pour que le Nicaragua puisse être admis à intervenir en vertu de l'Article 62 du Statut, elle devait « examiner le principe général de la juridiction consensuelle dans ses rapports avec l'institution de l'intervention »<sup>212</sup>. À cet égard, elle a fait observer que « [l]'importance de ce principe général [...] ne saurait être mise en doute » et cité l'affaire relative aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, dans laquelle la Cour permanente avait dit avoir agi en considération du fait que sa juridiction [était] limitée, qu'elle se fond[ait] toujours sur le consentement du défendeur et ne saurait subsister en dehors des limites dans lesquelles ce consentement a[vait] été donné »<sup>213</sup>. Cela étant dit, on pourrait également avancer que le principe de la juridiction consensuelle est largement reconnu dans les conventions, ce qui correspond à la première forme de reconnaissance au niveau international. Comme on l'a déjà rappelé, les différentes formes de reconnaissance ne s'excluent pas mutuellement.

148. Dans l'affaire *Droit de passage*, le Portugal a soutenu que les principes généraux du droit au sens de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice englobaient non seulement ceux découlant des systèmes juridiques nationaux mais aussi ceux propres au système juridique international<sup>214</sup>. Sur ce point, le Portugal a allégué ce qui suit :

Parmi les principes du droit international, il en est un certain nombre dont le caractère fondamental résulte de ce qu'ils sont intimement liés à la structure de ce droit. Ce sont, dit justement Sørensen, des principes « inhérents au système juridique international tel que nous le connaissons à l'époque contemporaine ». « Sans eux », précise-t-il, « la structure de la communauté internationale serait radicalement changée, et historiquement ils ont donc fait partie du droit international dès le début de l'ordre juridique international sous sa forme moderne » .... Et il ajoute : « Parmi les plus significatifs de ces principes axiomatiques, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence de la Cour, il y a lieu de signaler les principes de l'indépendance et de l'égalité des États qui, à leur tour, font partie de la notion traditionnelle de la souveraineté »<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (Question préliminaire)*, arrêt du 15 juin 1954 : C.I.J. Recueil 1954, p. 19.

<sup>211</sup> Cour internationale de Justice, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenants))*, Rôle général n° 75 (1986), Requête à fin d'intervention du Gouvernement du Nicaragua, p. 6.

<sup>212</sup> *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 92, par. 94.

<sup>213</sup> Ibid., p. 133, par. 95. Voir également par. 99.

<sup>214</sup> *Droit de passage* (voir *supra*, note 62), réplique du Portugal, par. 335. Le Portugal a ajouté ce qui suit : « Ce sont des principes généraux qui sont propres à l'ordre juridique international et dont il serait donc vain de chercher la manifestation dans les ordres juridiques internes ». (ibid.).

<sup>215</sup> Ibid., par. 338.

149. L'Inde a toutefois rejeté le point de vue du Portugal, déclarant notamment que les principes du droit international public ne relevaient pas de l'Article 38, paragraphe 1, alinéa c), du Statut (qui, selon elle, ne comprenait que les principes découlant des systèmes juridiques nationaux), et que les principes généraux du droit international public n'avaient d'autre teneur que celle découlant des règles du droit coutumier et du droit conventionnel<sup>216</sup>. La Cour internationale de Justice n'était pas compétente pour trancher cette question.

150. Dans l'affaire relative au *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, la Chambre de la Cour internationale de Justice a mentionné le principe de l'*uti possidetis*, dont elle a estimé qu'il constituait un principe général, logiquement lié au phénomène d'accession à l'indépendance. La Chambre a déclaré ce qui suit :

Dès lors que ... les deux parties ont expressément demandé à la Chambre de trancher leur différend sur la base notamment du « principe de l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation », la Chambre ne saurait écarter le principe de l'*uti possidetis juris* dont l'application a précisément pour conséquences le respect des frontières héritées. Bien qu'il ne soit pas nécessaire, aux fins de la présente affaire, de démontrer qu'il s'agit là d'un principe bien établi en droit international, en matière de décolonisation, la Chambre désire en souligner la portée générale, en raison de l'importance exceptionnelle qu'il revêt pour le continent africain ainsi que pour les deux Parties. À ce propos, il convient d'observer que le principe de l'*uti possidetis* paraît bien avoir été invoqué pour la première fois en Amérique hispanique, étant donné que c'est sur ce continent qu'on a assisté pour la première fois au phénomène de décolonisation entraînant la formation d'une pluralité d'États souverains sur un territoire ayant antérieurement appartenu à une seule métropole. Ce principe ne revêt pas pour autant le caractère d'une règle particulière, inhérente à un système déterminé de droit international. Il constitue un principe général, logiquement lié au phénomène de l'accession à l'indépendance, où qu'il se manifeste. Son but évident est d'éviter que l'indépendance et la stabilité des nouveaux États ne soient mises en danger par des luttes fratricides nées de la contestation des frontières à la suite du retrait de la puissance administrante<sup>217</sup>.

La Chambre a en outre noté qu'il fallait voir « dans le respect par les nouveaux États africains des limites administratives et des frontières établies par les puissances coloniales, non pas une simple pratique qui aurait contribué à la formation graduelle d'un principe de droit international coutumier dont la valeur serait limitée au continent africain comme elle l'aurait été auparavant à l'Amérique hispanique, mais bien l'application en Afrique d'une règle de portée générale »<sup>218</sup>. Elle a également

<sup>216</sup> Ibid., Contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde, par. 295 et 296. L'Inde a en outre fait observer qu'elle ne contestait pas l'existence des principes généraux du droit public international invoqués par le Portugal qui, à son avis, tenaient une place importante dans la doctrine et la vie internationale et exprimaient les tendances essentielles du droit et les idées et sentiments fondamentaux qui en déterminaient le développement. De son point de vue, cependant, ils ne font partie du droit positif que dans la mesure où leur application est attestée par l'une ou l'autre des sources énumérées à l'Article 38 (ibid., par. 297). Dans sa duplique, l'Inde a ajouté que ces principes généraux, en ce qu'ils découlent de règles du droit positif, trouvent leur fondement dans le droit positif. Dès lors, quand l'existence d'un supposé principe général est remise en cause, il est essentiel de la démontrer en invoquant les règles de droit positif sur lesquelles ledit principe reposerait. On ne saurait admettre non plus que le principe général soit formulé en des termes vagues et généraux qui s'écarteraient en substance des règles fondamentales du droit positif ni que des corollaires soient déduits du principe général par un processus purement logique, sans égard pour les éléments qui fondent le droit positif (ibid., duplique de l'Inde, par. 571). Voir également par. 574.

<sup>217</sup> *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, par. 20.

<sup>218</sup> Ibid., par. 21.

rappelé que ce principe avait été repris dans les déclarations faites par les responsables africains, dans la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine et dans la résolution AGH/Res.16 (I), adoptée à la première session de la Conférence des chefs d'État africains en 1964<sup>219</sup>. En outre, elle a déclaré que « [l]e principe considéré, tel qu'il a[vait] trouvé son application bien connue en Amérique hispanique, [était] constitué de différents éléments » et a souligné le fait que « sous son aspect essentiel, ce principe vis[ait], avant tout, à assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à l'indépendance ». D'après elle, le principe était applicable non seulement aux régions d'Amérique, mais aussi aux parties à l'affaire, l'*uti possidetis* étant « un principe d'ordre général nécessairement lié à la décolonisation où qu'elle se produise »<sup>220</sup>. Elle a ajouté que l'obligation de respecter les frontières préexistantes en cas de succession d'États « découle[ait] [...] d'une règle générale de droit international, qu'elle trouve ou non son expression dans la formule *uti possidetis*. Par conséquent, les nombreuses affirmations solennelles relatives à l'intangibilité des frontières qui existaient au moment de l'accession à l'indépendance des États africains [...] [avaient] manifestement une valeur déclaratoire et non pas constitutive : elles reconnaiss[ai]ent et confirm[ai]ent un principe existant »<sup>221</sup>.

151. Cette décision met en lumière la différence qui existe entre la formation de principes généraux du droit au sein du système juridique international et celle des règles du droit international coutumier. La formation d'une règle de droit international coutumier suppose l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (autrement dit, une *opinio juris*), alors que le principe général du droit doit être « reconnu » par l'ensemble des nations. Par son raisonnement, la Chambre laisse entendre que, au moment où l'arrêt a été rendu, l'*uti possidetis* n'était pas encore considéré comme une règle de droit international coutumier, mais comme un « principe général », qui était « logiquement lié au phénomène d'accession à l'indépendance ». Selon elle, ce principe était applicable aux États africains avant même qu'ils ne l'acceptent expressément dans des déclarations, la Charte de l'Organisation de l'Unité africaine et la résolution AGH/Res.16 (I). On peut dès lors conclure de ce qui précède que la détermination du principe de l'*uti possidetis juris* comme principe général du droit était fondée sur la constatation qu'il était logiquement lié au phénomène d'accession à l'indépendance, c'est-à-dire propre à celui-ci, phénomène qui ne se produit que dans le fonctionnement du système juridique international, qui est une création de l'ensemble des nations. On trouve des preuves d'une telle reconnaissance dans l'attitude des États qui admettent l'existence de ce principe<sup>222</sup>.

152. Aujourd'hui, le principe de l'*uti possidetis* est généralement considéré comme une règle du droit international coutumier. On peut donc y voir un exemple de principe général du droit qui, après avoir été appliqué de manière constante par les États, a également acquis le statut de règle du droit international coutumier. De toute

<sup>219</sup> Ibid., p. 565 et 566, par. 22.

<sup>220</sup> Ibid., p. 566, par. 23.

<sup>221</sup> Ibid., par. 24. Voir également p. 567, par. 26 (« on ne saurait mettre en doute l'applicabilité de l'*uti possidetis* dans la présente affaire simplement parce que, en 1960, année de l'accession à l'indépendance du Mali et du Burkina Faso, l'Organisation de l'unité africaine, qui a proclamé ce principe, n'existait pas encore et que la résolution précitée relative à l'engagement de respecter les frontières préexistantes ne date que de 1964 »).

<sup>222</sup> Giorgio Gaja, « General principles of law », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, par. 19. ([traduction non officielle] « L'Article 38 1) c) du Statut de la C.I.J. exige qu'un principe général de droit soit "reconnu par les nations civilisées". Lorsqu'un principe donné n'existe qu'en droit international, la reconnaissance de ce principe repose sur l'attitude adoptée à son égard par la communauté internationale, et donc essentiellement par les États. En d'autres termes, pour qu'un principe existe, il faudrait que les États reconnaissent, même implicitement, qu'il s'applique à leurs *relations internationales* »).

évidence, rien n'empêche une norme de revêtir tout à la fois le statut de principe général du droit et celui de règle du droit international coutumier<sup>223</sup>.

153. La Cour internationale de Justice semble avoir suivi le même raisonnement dans une autre affaire, à savoir l'affaire relative aux *Pêcheries* ayant opposé la Norvège et le Royaume-Uni. Pour déterminer si certaines lignes de délimitation de la zone de pêche norvégienne (en particulier les lignes de base utilisées) étaient compatibles avec le droit international applicable à l'époque concernée (1935-1951), la Cour a conclu ce qui suit :

Il n'en résulte aucunement qu'à défaut de règles offrant le caractère de précision technique affirmé par le Gouvernement du Royaume-Uni, la délimitation à laquelle a procédé le Gouvernement norvégien en 1935 ne soit pas soumise à certains principes qui permettent d'en apprécier la validité selon le droit international. La délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'État riverain telle qu'elle s'exprime dans son droit interne. S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'État riverain a seul qualité pour procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des États tiers relève du droit international.

À cet égard, certaines considérations fondamentales, liées à la nature de la mer territoriale, conduisent à dégager quelques critères qui, à défaut de précision rigoureuse, fournissent au juge des bases suffisantes de décision, adaptées à la diversité des situations de fait<sup>224</sup>.

154. Parmi ces considérations, la Cour a invoqué « l'étroite dépendance de la mer territoriale à l'égard du domaine terrestre », le « rapport plus ou moins intime qui existe entre certaines étendues de mer et les formations terrestres qui les séparent ou qui les entourent » et « certains intérêts économiques propres à une région » pour trancher la question dont elle était saisie<sup>225</sup>.

155. Dans l'affaire *Kupreškić*, après avoir conclu qu'il n'existait aucun principe général de droit pénal commun aux principaux systèmes juridiques du monde, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a recherché un principe général du droit conforme aux caractéristiques de la justice pénale internationale et répondant à ses exigences fondamentales<sup>226</sup>. Pour ce faire, elle a constaté ce qui suit :

Deux exigences fondamentales [...] sont à cet égard d'une importance primordiale compte tenu de l'état actuel du droit international pénal. La première exigence est celle du plein respect des droits de l'accusé et la seconde commande que le Procureur et, plus généralement, le Tribunal international soient en mesure d'exercer tous les pouvoirs dérivant expressément ou implicitement du Statut ou inhérents à leurs fonctions, indispensables pour accomplir leur mission efficacement et dans l'intérêt de la justice<sup>227</sup>.

<sup>223</sup> On notera que, dans une affaire ultérieure, El Salvador a fait valoir que le principe de l'*uti possidetis* était aussi bien une règle du droit international coutumier qu'un principe général du droit. Voir *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime [El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant)]*, Mémoire d'El Salvador, par. 3.4. El Salvador a également fait observer que le principe était applicable à toute délimitation frontalière entre des États devenus indépendants après avoir été soumis à la même puissance coloniale (ibid.).

<sup>224</sup> *Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951 : C.I.J. Recueil 1951*, p. 116.

<sup>225</sup> Ibid., p. 133.

<sup>226</sup> *Kupreškić et al.*, jugement, Chambre de première instance (voir *supra*, note 56), par. 738.

<sup>227</sup> Ibid., par. 739.

156. S'agissant de la première exigence, la Chambre de première instance a rappelé « l'état rudimentaire » dans lequel se trouvaient les règles pénales internationales et ajouté que « [l]e système étant encore fluctuant, les droits de l'accusé ne seraient pas sauvegardés comme il convient » si elle était amenée à déclarer une personne coupable non seulement d'un crime spécifique mais également de toute autre infraction reposant sur les mêmes faits et ne figurant dans l'acte d'accusation<sup>228</sup>. Elle a estimé qu'il y aurait aussi violation de l'article 21, paragraphe 4 a), du Statut du Tribunal, aux termes duquel il convient d'informer une personne accusée « dans le plus court délai [...] et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle »<sup>229</sup>. S'agissant de la seconde exigence, elle a déclaré ce qui suit :

[L]a seconde exigence, à savoir que le Tribunal s'acquitte de ses fonctions efficacement et dans l'intérêt de la justice, impose pour sa part de conclure que dès lors que l'Accusation semble avoir suffisamment établi les faits, on ne saurait invalider une procédure pénale entière sur la base de toute erreur qu'elle aurait pu commettre et que tous les vices de formes de l'acte d'accusation ne sont pas de nature à restreindre les droits de la Défense ou à leur porter atteinte<sup>230</sup>.

Recherchant un point d'équilibre entre ces deux exigences, la Chambre de première instance a défini une série de critères pour prendre sa décision<sup>231</sup>.

157. Ainsi, dans ce cas, des principes généraux du droit semblent avoir été déterminés selon les caractéristiques et conditions fondamentales de la justice pénale internationale. On peut considérer que la « reconnaissance » par l'ensemble des nations est tirée des caractéristiques et conditions fondamentales de cette branche du droit.

158. Compte tenu de ce qui précède, on peut conclure qu'il est possible de déduire des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international à partir des caractères essentiels et des présupposés fondamentaux du système juridique international qui, encore une fois, est une création de l'ensemble des nations.

### III. Différence avec la méthode de détermination du droit international coutumier

159. Comme mentionné ci-dessus, il se dégage un consensus au sein de la Commission du droit international et de la Sixième Commission sur la nécessité de distinguer clairement les principes généraux de droit formés dans le système juridique international et le droit international coutumier. Cette question est examinée ci-après.

160. La première distinction à faire entre ces deux sources concerne leur méthode de détermination. Comme il a été rappelé précédemment, la formation d'une règle de droit international coutumier suppose l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit (c'est-à-dire assortie de l'*opinio juris*). Les principes généraux du droit, en revanche, doivent être reconnus par l'ensemble des nations.

<sup>228</sup> Ibid., par. 740.

<sup>229</sup> Ibid.

<sup>230</sup> Ibid. par. 741.

<sup>231</sup> Ibid., par. 742 et 743. On pourrait également citer parmi les principes inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international celui de la liberté de la haute mer, évoqué par les Pays-Bas au cours du débat tenu à la Sixième Commission en 2019 (A/C.6/74/SR.31, par. 153).

161. Les formes que peut prendre la reconnaissance aux fins de la détermination de principes généraux du droit appartenant à la deuxième catégorie ont déjà été énumérées précédemment. En ce qui concerne les principes largement reconnus dans les traités et autres instruments internationaux, il peut sembler y avoir un certain chevauchement, étant donné que les éléments qui permettent d'attester la reconnaissance servent aussi à déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier.

162. Conformément à la conclusion 11 des conclusion sur la détermination du droit international coutumier, une règle énoncée dans un traité peut refléter une règle de droit international coutumier dans trois cas : premièrement, si elle codifie une règle coutumière préexistante ou, en d'autres termes, s'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit ayant produit une règle qui existait déjà à la date de la conclusion du traité ; deuxièmement, si elle aboutit à la cristallisation d'une règle de droit international coutumier qui était en train d'émerger avant la conclusion du traité ou, en d'autres termes, si le traité contribue à la poursuite de la pratique acceptée comme étant le droit jusqu'à ce qu'une règle coutumière surgisse ; troisièmement, si elle sert de point de départ à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit, engendrant ainsi une nouvelle règle de droit international coutumier.

163. En outre, il est expliqué dans la conclusion 12 que toute résolution adoptée par une organisation internationale ou lors d'une conférence intergouvernementale peut fournir un élément de preuve pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier ou contribuer à son développement. Une disposition d'une telle résolution peut refléter une règle de droit international coutumier s'il est établi que cette disposition correspond à une pratique générale qui est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

164. Dans tous les cas mentionnés, ce qui importe en définitive est la nécessité d'établir qu'il existe une pratique générale et que cette pratique est acceptée comme étant le droit (*opinio juris*) – les deux éléments constitutifs du droit international coutumier.

165. S'agissant des principes généraux de droit relevant de la deuxième catégorie, il n'est nul besoin de rechercher une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*). Ce qui importe, c'est la reconnaissance claire par les traités et autres instruments internationaux de l'existence d'un principe juridique d'application générale. On doit pouvoir déduire de ces instruments que l'ensemble des nations reconnaît l'existence d'un principe général distinct de validité universelle. Chaque cas doit être analysé dans son contexte, compte tenu du texte de l'instrument considéré et de l'intention des parties ayant participé à la négociation.

166. S'agissant des principes au fondement des règles générales du droit international conventionnel et coutumier, eux aussi doivent être déterminés à l'aide d'une méthode spécifique. Comme expliqué plus haut, l'approche retenue est essentiellement déductive. À cet égard, on peut rappeler l'observation faite par la Commission dans ses commentaires relatifs aux conclusions sur la détermination du droit international coutumier :

L'approche des deux éléments n'exclut pas, en fait, qu'un élément déductif soit utilisé, avec prudence, à titre d'aide, en particulier lorsque l'on envisage d'éventuelles règles de droit international coutumier qui entrent en jeu dans le contexte de règles formulées en termes plus généraux, qui elles-mêmes découlent et sont l'expression d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, ou lorsque l'on conclut que d'éventuelles règles de droit international font partie d'un « tout indivisible ». <sup>232</sup>

<sup>232</sup> Par. 5) du commentaire relatif à la conclusion 2, A/73/10, p. 126.



167. De l'avis du Rapporteur spécial, « l'élément déductif » évoqué par la Commission n'est pas le raisonnement déductif devant servir à déterminer les principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international. Il faut noter la place fort modeste réservée à cet « élément déductif » dans la mise en œuvre de l'approche des deux éléments. Il ne peut être utilisé qu'« à titre d'aide », à savoir lorsqu'il s'agit de déterminer qu'il existe une pratique générale acceptée comme étant le droit (*opinio juris*).

168. S'agissant des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international, la méthode déductive doit s'appliquer non seulement aux règles générales du droit international coutumier, mais également aux règles générales du droit conventionnel. Le raisonnement déductif ne vient pas aider à établir l'existence d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, mais constitue le principal élément permettant de poser l'existence d'un principe juridique de portée générale et peut s'appliquer à une situation que les règles d'où procède le principe n'avaient pas anticipée. La même remarque vaut pour les principes inhérents aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international, qui sont également déterminés, comme il a été dit plus haut, par voie de déduction.

169. Dernier point à examiner : la nature des principes généraux de droit relevant de la deuxième catégorie. Pour certains d'entre eux tout au moins, ces principes semblent être des normes de caractère général qui n'emportent pas nécessairement une obligation d'agir de manière à préserver leur objet. La Cour internationale de Justice semble abonder en ce sens quand elle écrit dans l'arrêt rendu il y a peu dans l'affaire des *Immunités et procédures pénales* :

Pendant, l'article 4 [de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée] ne fait nullement référence aux règles du droit international coutumier, en ce compris celles de l'immunité de l'État, qui découlent de l'égalité souveraine, mais au principe même de celle-ci. L'article 4 se contente de renvoyer à des principes généraux du droit international. Lu dans son sens ordinaire, le paragraphe 1 de l'article 4 n'impose pas aux États parties, par sa référence à l'égalité souveraine, l'obligation de se comporter d'une manière compatible avec les nombreuses règles de droit international qui protègent la souveraineté en général, ainsi qu'avec toutes les conditions dont ces règles sont assorties<sup>233</sup>.

170. Cette question sera approfondie plus tard dans le rapport consacré aux fonctions des principes généraux du droit.

171. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose le projet de conclusion suivant :

*Projet de conclusion 7*  
*Détermination des principes généraux de droit formés dans le cadre du système juridique international*

Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général de 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 ;

<sup>233</sup> *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 292, à la p. 321, par. 93.*

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.

### **Quatrième partie : Moyens auxiliaires de détermination des principes généraux de droit**

172. Aux termes de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice :

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

[...]

d) sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

173. Dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, la Commission assigne une place précise aux moyens auxiliaires de détermination des règles de droit. La conclusion 13 est libellée comme suit :

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier constituent un moyen auxiliaire de détermination desdites règles.

2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de règles de droit international coutumier, à titre de moyen auxiliaire de détermination de telles règles.

174. Dans le commentaire y relatif, la Commission précise en outre, entre autres observations, que les décisions judiciaires aident à déterminer les règles de droit international coutumier<sup>234</sup> et que « l'emploi de l'expression "moyens auxiliaires" vise à indiquer que les décisions de justice jouent un rôle secondaire dans la détermination du droit et ne sont pas elles-mêmes une source de droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit) ». Elle souligne toutefois que « [l]'emploi de cette expression n'indique pas [...] que ces décisions ne sont pas importantes aux fins de la détermination du droit international coutumier »<sup>235</sup>.

175. La conclusion 14 est libellée comme suit :

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international coutumier.

176. Dans le commentaire y relatif, il est précisé que « la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international, mais elle peut donner des

---

<sup>234</sup> Par. 1) du commentaire relatif à la conclusion 13, [A/73/10](#), p. 158 et 159.

<sup>235</sup> Par. 2), *ibid.*

indications aux fins de la détermination de l'existence et du contenu des règles de ce droit »<sup>236</sup>.

177. Le Rapporteur spécial ne voit aucune raison de s'écarter de cette approche dans le cadre du présent sujet. Le terme « règles de droit » figurant à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 38, lu dans son contexte, englobe à l'évidence les trois sources de droit international visées dans l'article. Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés peuvent donc servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux de droit.

178. Les décisions judiciaires sont souvent sollicitées pour déterminer l'existence et, le cas échéant, le contenu des principes généraux de droit, en particulier ceux qui découlent des systèmes juridiques nationaux. Prenons quelques exemples. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a estimé que les moyens de preuve indirecte étaient non seulement admis dans « tous les systèmes de droit » mais que leur usage était « sanctionné par la jurisprudence internationale »<sup>237</sup>. Dans *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Cour a fait observer également qu'il était « un principe général de droit, confirmé par la jurisprudence de la Cour, selon lequel une partie qui avance un élément de fait à l'appui de sa prétention doit établir celui-ci »<sup>238</sup>. Dans l'arbitrage concernant l'*Aire maritime protégée des Chagos*, le tribunal a constaté que « l'invocation fréquente [du principe d'estoppel] dans les procédures internationales a[vait] permis d'en préciser la portée »<sup>239</sup>. Dans l'affaire *Yukos*, le tribunal arbitral a rejeté la doctrine des mains propres invoquée par la Fédération de Russie, notant en particulier que celle-ci ne citait aucun exemple d'une juridiction internationale ou d'un tribunal arbitral ayant décidé à la majorité de ses membres d'appliquer ce principe dans un différend entre États ou entre un investisseur et un État<sup>240</sup>.

179. La doctrine a également été maintes fois convoquée pour déterminer des principes généraux. Ce moyen auxiliaire a été utilisé, par exemple, pour établir qu'un principe était commun aux principaux systèmes juridiques du monde<sup>241</sup>. La doctrine peut être particulièrement utile pour surmonter les obstacles linguistiques dans l'étude

<sup>236</sup> Par. 2) du commentaire relatif à la conclusion 14, *ibid.*, p. 151.

<sup>237</sup> *Détroit de Corfou* (voir *supra*, note 55), p. 18.

<sup>238</sup> *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 12, à la p. 31, par. 45.

<sup>239</sup> *Aire marine protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)*, affaire n° 2011-03, sentence du 18 mars 2015, Cour permanente d'arbitrage, par. 436. Dans l'affaire relative à *Certains biens*, le Liechtenstein a également cherché à expliciter le contenu du principe de l'enrichissement sans cause en invoquant la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains. Voir *Certains biens* (voir *supra*, note 56), mémoire du Liechtenstein, par. 6.33 à 6.34.

<sup>240</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, affaire n° AA 227, sentence finale du 18 juillet 2014, Cour permanente d'arbitrage, par. 1362. Dans l'affaire relative à l'*Obligation de négocier l'accès à l'océan Pacifique*, la Cour internationale de Justice a fait observer que, bien qu'il soit fait référence aux attentes légitimes dans certaines sentences arbitrales concernant des différends entre un investisseur et un État, « [i]l n'en découle pas qu'il existerait en droit international général un principe qui donnerait naissance à une obligation sur la base de ce qui pourrait être considéré comme une attente légitime ». *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2018, p. 507, à la p. 559, par. 162.

<sup>241</sup> Voir, par exemple, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevette*, rapport de l'Organe d'appel, 12 octobre 1998 (WT/DS58/AB/R), par. 158 ; *Certains biens* (voir *supra*, note 56), mémoire du Liechtenstein, par. 6.10 à 6.15 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (voir *supra*, note 49), opinion individuelle de M. Ammoun, p. 101, aux p. 140 et 141 ; *Plates-formes pétrolières* (voir *supra*, note 85), opinion individuelle de M. Simma, par. 66 à 73 ; *Erdemović* (voir *supra*, note 72), opinion individuelle présentée conjointement par M<sup>me</sup> McDonald et M. Vohrah, par. 59 et 60 ; *Gold Reserve v. Venezuela* (voir *supra*, note 83), par. 576 ; *Sea-Land Service v. Iran* (voir *supra*, note 58), par. 60 et 61.

comparative des systèmes juridiques nationaux. Toutefois, comme l'a noté la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier, il faut « être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence d'une règle du droit international coutumier est variable »<sup>242</sup>.

180. D'autres types de ressources, comme les textes issus d'initiatives de codification publiques et privées, ont également été utilisées pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe commun aux systèmes juridiques nationaux. Ainsi, des tribunaux se sont appuyés sur les Principes relatifs aux contrats du commerce international établis par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), s'agissant des principes pouvant dériver du droit interne des contrats, au motif que ces principes constituaient « une sorte de mise en forme [*restatement*] internationale du droit des contrats, où sont recensés les règles et principes appliqués par la majorité des systèmes juridiques nationaux »<sup>243</sup>. De même, pour déterminer les règles et principes du droit des États-Unis, l'on a parfois invoqué le *Restatement (Second) of Contracts*<sup>244</sup>, le *Restatement of Torts*<sup>245</sup> et le *Restatement of the Law of Restitution*<sup>246</sup>.

181. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose les projets de conclusion suivants :

*Projet de conclusion 8*  
*Décisions de juridictions*

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de principes généraux de droit constituent un moyen auxiliaire de détermination desdits principes.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de principes généraux de droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.

<sup>242</sup> Par. 2) du commentaire relatif à la conclusion 14, A/73/10, à la p. 160. Selon Bogdan, par exemple, « il faut garder à l'esprit que les principes généraux du droit suivent l'évolution des systèmes juridiques internes. Il ne faut donc sans doute utiliser les études comparatives anciennes qu'avec précaution, car elles peuvent être déjà en grande partie obsolètes ». Voir Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations » (voir *supra*, note 95), p. 51.

<sup>243</sup> *El Paso v. Argentina* (voir *supra*, note 54), par. 623. Voir aussi *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, sentence partielle du 19 août 2005, par. 174. Voir également Jarrod Hepburn, « The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and investment treaty arbitration: A limited relationship », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, 2015, p. 905 à 934, aux pp. 914 et 915. Parmi les instruments visant à codifier des principes généralement reconnus dans les systèmes juridiques nationaux figurent la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Paris, 17 décembre 1997, disponible à l'adresse [http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery\\_FR.pdf](http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf)) et les principes de la CNUCED visant à promouvoir des pratiques responsables pour l'octroi de prêts et la souscription d'emprunts souverains (voir Association de droit international, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law (voir *supra*, note 96), par. 202).

<sup>244</sup> *Amco v. Indonesia* (voir *supra*, note 80), par. 266.

<sup>245</sup> *Plates-formes pétrolières* (voir *supra*, note 85), opinion individuelle de M. Simma, par. 68.

<sup>246</sup> *Certains biens* (voir *supra*, note 56), mémoire du Liechtenstein, par. 6.12. Voir aussi Rudolf B. Schlesinger, « Research on the general principles of law recognized by civilized nations », *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), p. 734 à 753.

*Projet de conclusion 9**Doctrine*

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux de droit.

**Cinquième partie : Suite des travaux**

182. Dans le prolongement des débats tenus à la Commission du droit international et à la Sixième Commission, le prochain rapport sur le sujet portera sur les fonctions des principes généraux de droit et leurs rapports avec d'autres sources de droit international.

## Annexe

### Projets de conclusion proposés

#### Projet de conclusion 4

##### Détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux

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

- a) s'il existe un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ;
- b) si ce principe est transposé dans le système juridique international.

#### Projet de conclusion 5

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

1. Pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.
2. L'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et régions du monde.
3. L'analyse comparative comprend un examen des législations et jurisprudences nationales.

#### Projet de conclusion 6

##### Constat de la transposition dans le système juridique international

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

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

#### Projet de conclusion 7

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

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

- a) que le principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux ;
  - b) que le principe est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ;
- ou
- c) que le principe est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international.



### **Projet de conclusion 8**

#### **Décisions de juridictions**

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de principes généraux de droit constituent un moyen auxiliaire de détermination desdits principes.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de principes généraux de droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.

### **Projet de conclusion 9**

#### **Doctrine**

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux de droit.

## **Texte complet des projets de conclusion**

### **Projet de conclusion 1**

#### **Champ d'application du sujet**

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

### **Projet de conclusion 2**

#### **Condition de reconnaissance**

Pour exister, un principe général de droit doit être généralement reconnu par [l'ensemble des nations].

### **Projet de conclusion 3**

#### **Catégories de principes généraux de droit**

- Les principes généraux de droit comprennent les principes :
- a) découlant des systèmes juridiques nationaux ;
  - b) formés dans le cadre du système juridique international.

### **Projet de conclusion 4**

#### **Détermination des principes généraux de droit découlant des systèmes juridiques nationaux**

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

- a) s'il existe un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde ;
- b) si ce principe est transposé dans le système juridique international.

### **Projet de conclusion 5**

#### **Détermination de l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde**

1. Pour déterminer l'existence d'un principe commun aux principaux systèmes juridiques du monde, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.

2. L'analyse comparative doit être large et représentative ; elle doit englober différentes familles juridiques et régions du monde.
3. L'analyse comparative comprend un examen des législations et jurisprudences nationales.

**Projet de conclusion 6**

**Constat de la transposition dans le système juridique international**

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

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

**Projet de conclusion 7**

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

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

- a) que le principe est largement reconnu dans les traités et autres instruments internationaux ;
  - b) que le principe est au fondement de règles générales du droit international conventionnel ou coutumier ;
- ou
- c) que le principe est inhérent aux caractères essentiels et aux présupposés fondamentaux du système juridique international.

**Projet de conclusion 8**

**Décisions de juridictions**

1. Les décisions de juridictions internationales, en particulier celles de la Cour internationale de Justice, relatives à l'existence et au contenu de principes généraux de droit constituent un moyen auxiliaire de détermination desdits principes.
2. Une attention peut être portée, le cas échéant, aux décisions des juridictions nationales relatives à l'existence et au contenu de principes généraux de droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.

**Projet de conclusion 9**

**Doctrines**

La doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations peut servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux de droit.