

Chapitre IV

Principes généraux du droit

A. Introduction

30. À sa soixante-dixième session (2018), la Commission a décidé d'inscrire le sujet « Principes généraux du droit » à son programme de travail et a désigné M. Marcelo Vázquez-Bermúdez Rapporteur spécial. Au paragraphe 7 de sa résolution 73/265 du 22 décembre 2018, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail.

31. À sa soixante et onzième session (2019), la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/732), dans lequel celui-ci exposait l'approche retenue pour la délimitation du sujet et sa conception du résultat des travaux ainsi que les principales questions que la Commission devrait examiner dans ce cadre. À l'issue du débat en plénière, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 1 à 3 tels qu'ils figuraient dans le premier rapport du Rapporteur spécial. Elle a ensuite pris note du rapport intermédiaire du Président du Comité de rédaction sur le projet de conclusion 1, provisoirement adopté par le Comité en anglais seulement, qui lui avait été présenté à titre informatif¹¹.

32. À sa soixante et onzième session également, la Commission a prié le Secrétariat de faire une étude sur la jurisprudence des tribunaux arbitraux interétatiques, la jurisprudence des juridictions pénales internationales de caractère universel et les traités susceptibles de présenter un intérêt particulier pour ses travaux futurs sur le sujet.

33. À sa soixante-douzième session (2021), la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/741 et Corr.1), dans lequel celui-ci examinait la question de la détermination des principes généraux du droit entendus au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle était également saisie de l'étude qu'elle avait prié le Secrétariat de faire à sa soixante et onzième session (A/CN.4/742). À l'issue du débat en plénière, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 4 à 9 tels qu'ils figuraient dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. La Commission a provisoirement adopté les projets de conclusions 1, 2 et 4 et les commentaires y relatifs et a pris note du projet de conclusion 5 tel qu'il figurait dans le rapport du Comité de rédaction¹².

34. À la soixante-treizième session (2022), la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/753), dans lequel celui-ci étudiait la question de la transposition, les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international et les fonctions des principes généraux du droit et leurs rapports avec les autres sources du droit international. À l'issue du débat en plénière, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de conclusions 10 à 14 tels qu'ils figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. La Commission a provisoirement adopté les projets de conclusions 3, 5 et 7 et les commentaires y relatifs et a pris note des projets de conclusions 6, 8, 9, 10 et 11 tels qu'ils figuraient dans le rapport du Comité de rédaction¹³.

¹¹ Le rapport intermédiaire du Président du Comité de rédaction peut être consulté sur la page du guide analytique des travaux de la Commission du droit international, disponible à l'adresse suivante : http://legal.un.org/ilc/guide/I_15.shtml.

¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-seizième session, Supplément n° 10 (A/76/10)*, par. 169 à 172, 238 et 239. Voir aussi A/CN.4/L.955 et Add.1.

¹³ *Ibid.*, *soixante-dix-septième session, Supplément n° 10 (A/77/10)*, par. 94 à 149. Voir aussi A/CN.4/L.971.

B. Examen du sujet à la présente session

35. À la présente session, la Commission n'était pas saisie d'un nouveau rapport du Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction a achevé l'examen du projet de conclusions qui lui avait été transmis par la Commission et qu'il avait déjà provisoirement adopté¹⁴.

36. À sa 3628^e séance, le 19 mai 2023, la Commission a reçu et examiné le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.982) et adopté en première lecture le projet de conclusions sur les principes généraux du droit (voir sect. C.1 ci-après).

37. De sa 3643^e séance à sa 3646^e séance, du 24 au 26 juillet 2023, la Commission a adopté les commentaires du projet de conclusions susmentionné (voir sect. C.2 ci-après).

38. À sa 3646^e séance, le 26 juillet 2023, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet de conclusions (voir sect. C ci-après) aux États, par l'entremise du Secrétaire général, en les priant de communiquer à celui-ci leurs commentaires et observations le 1^{er} décembre 2024 au plus tard.

39. À sa 3646^e séance, le 26 juillet 2023, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Marcelo Vázquez-Bermúdez, qui lui a permis de mener à bien la première lecture du projet de conclusions sur les principes généraux du droit.

C. Texte du projet de conclusions sur les principes généraux du droit adopté par la Commission en première lecture

1. Texte du projet de conclusions

40. Le texte du projet de conclusions adopté par la Commission en première lecture est reproduit ci-après.

Principes généraux du droit

Conclusion 1

Champ d'application

Le présent projet de conclusions porte sur les principes généraux du droit comme source du droit international.

Conclusion 2

Reconnaissance

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

Conclusion 3

Catégories de principes généraux du droit

Les principes généraux du droit comprennent les principes :

- a) qui proviennent des systèmes juridiques nationaux ;
- b) qui peuvent se former dans le cadre du système juridique international.

Conclusion 4

Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

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

¹⁴ À la soixante-treizième session, le Comité de rédaction a provisoirement adopté le texte consolidé des projets de conclusions 1 à 11 tels qu'ils figuraient dans son rapport pour cette session (A/CN.4/L.971).

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

Conclusion 5

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

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

Conclusion 6

Détermination de la transposition dans le système juridique international

Un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde peut être transposé dans le système juridique international pour autant qu'il est compatible avec ce système.

Conclusion 7

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

1. Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit qui peut se former dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir que l'ensemble des nations a reconnu ce principe comme intrinsèque au système juridique international.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de la question de l'existence éventuelle d'autres principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

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 du 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 du droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.

Conclusion 9

Doctrines

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

Conclusion 10

Fonctions des principes généraux du droit

1. Il est principalement fait recours aux principes généraux du droit lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie.

2. Les principes généraux du droit contribuent à la cohérence du système juridique international. Ils peuvent servir, *inter alia* :

- a) à interpréter et à compléter d'autres règles du droit international ;
- b) de fondement à des droits et obligations primaires, ainsi qu'à des règles secondaires et procédurales.

Conclusion 11

Relations entre les principes généraux du droit et les traités et le droit international coutumier

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

2. Un principe général du droit peut coexister avec une règle de contenu identique ou similaire dans un traité ou en droit international coutumier.

3. Tout conflit entre un principe général du droit et une règle dans un traité ou en droit international coutumier doit être résolu en appliquant les méthodes d'interprétation et de résolution des conflits généralement admises en droit international.

2. Texte du projet de conclusions et des commentaires y relatifs

41. Le texte du projet de conclusions et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture à sa soixante-quatorzième session est reproduit ci-après.

Principes généraux du droit

Conclusion 1

Champ d'application

Le présent projet de conclusions porte sur les principes généraux du droit comme source du droit international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 1 a un caractère introductif. Il dispose que le projet de conclusions porte sur les principes généraux du droit comme source du droit international. Le terme « principes généraux du droit » est employé dans l'ensemble du projet de conclusions pour désigner « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » mentionnés à 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, de la jurisprudence des cours et tribunaux et de la doctrine¹⁵.

2) Le projet de conclusion 1 réaffirme que les principes généraux du droit sont l'une des sources du droit international. La nature juridique de ces principes en tant que source du droit international est confirmée par le fait qu'ils sont cités à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38, aux côtés des traités et du droit international coutumier, parmi les sources du « droit international » que la Cour applique pour régler les différends qui lui sont soumis. En 1920, le paragraphe 3 de l'Article 38 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, prédécesseur de cette disposition, avait été longuement débattu à la Société des Nations, en particulier par le Comité consultatif de juristes, qui avait été créé par le Conseil de la Société des Nations et s'employait à codifier la pratique antérieure à l'adoption du Statut. Depuis, les principes généraux du droit ont été reconnus comme source du droit

¹⁵ Tenant compte de la jurisprudence et de la pratique récentes des États, les versions espagnole et française du texte du projet de conclusion 1 contiennent, respectivement, les termes « *principios generales del derecho* » et « principes généraux du droit ». Il est entendu que l'emploi des termes « *del derecho* » et « du droit » ne modifient pas et n'ont pas vocation à modifier la substance de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

international tant dans la pratique des États, y compris les traités bilatéraux et multilatéraux, que dans la jurisprudence de différentes juridictions¹⁶.

3) Le terme « source du droit international » désigne les processus juridiques et les techniques par lesquels un principe général du droit voit le jour. Le projet de conclusions a vocation à préciser la portée des principes généraux du droit, les procédés permettant de déterminer ces principes, et leurs fonctions et relations avec les autres sources du droit international.

Conclusion 2

Reconnaissance

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 2 réaffirme un élément fondamental de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, à savoir que, pour qu'un principe général du droit existe, il doit être « reconnu » par l'ensemble des nations.

2) Dans la pratique des États, la jurisprudence des cours et tribunaux et la doctrine, la reconnaissance apparaît souvent comme la condition essentielle de l'émergence d'un principe général du droit. Ainsi, pour déterminer si un principe général du droit existe à un moment donné, il faut examiner tous les éléments disponibles permettant d'établir que le principe est reconnu. Cette détermination se fait en fonction de critères objectifs exposés dans les projets de conclusion suivants.

3) L'expression « l'ensemble des nations » remplace la formule « les nations civilisées », qui figure à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, parce que cette formule est aujourd'hui jugée anachronique¹⁷. Elle est reprise du paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, instrument largement accepté puisqu'il a été ratifié par 173 États¹⁸. Les différentes versions linguistiques du projet de conclusion 2 reprennent les termes employés dans les versions linguistiques du Pacte qui font foi, comme « *community of nations* » en anglais et « *comunidad internacional* » en espagnol. Ces termes soulignent que toutes les nations participent de manière égale, sans distinction aucune, à la formation des principes généraux du droit, conformément au principe de l'égalité souveraine énoncé au paragraphe 1 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

4) L'emploi de l'expression « l'ensemble des nations » ne vise pas à modifier la portée ou le contenu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En particulier, il ne vise pas à suggérer qu'un principe général du droit doit être reconnu uniformément et collectivement par les États ou que les principes généraux du droit ne peuvent se former que dans le contexte du système juridique international. De surcroît, il faut se garder de confondre « l'ensemble des nations » et « la communauté internationale des États dans son ensemble », formule utilisée à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁹ dans le contexte des normes impératives du droit international général (*jus cogens*).

¹⁶ Voir, par exemple, [A/CN.4/732](#) (premier rapport du Rapporteur spécial) et [A/CN.4/742](#) (étude du Secréariat).

¹⁷ On a aussi envisagé d'utiliser les expressions « États », « communauté d'États », « la communauté internationale », « nations », « États-nations » et « nations dans leur ensemble ».

¹⁸ Cette disposition est libellée comme suit : « Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. ». Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 14668, p. 171. Voir Nations Unies, *État des traités multilatéraux*, chap. IV.4.

¹⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

5) L'emploi de l'expression « l'ensemble des nations » n'exclut pas la possibilité que des organisations internationales contribuent, dans certaines circonstances, à la formation des principes généraux du droit.

Conclusion 3

Catégories de principes généraux du droit

Les principes généraux du droit comprennent les principes :

- a) qui proviennent des systèmes juridiques nationaux ;
- b) qui peuvent se former dans le cadre du système juridique international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 3 vise les deux catégories de 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. Le terme « catégories » désigne les deux catégories dont les principes généraux du droit relèvent en fonction de leur origine, et donc du processus par lequel ils peuvent se former. À la différence de l'alinéa a) du projet de conclusion, qui emploie l'expression « qui proviennent des », l'alinéa b) emploie l'expression « qui peuvent se former ». On a en effet considéré que l'expression « qui peuvent se former » permettait d'introduire dans cette disposition une certaine souplesse valant reconnaissance du débat sur la question de savoir s'il existe effectivement une deuxième catégorie de principes généraux du droit.

2) L'alinéa a) du projet de conclusion fait référence aux principes généraux du droit qui proviennent des systèmes juridiques nationaux. Le fait 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, comprennent les principes qui proviennent des systèmes juridiques nationaux est établi dans la jurisprudence des cours et tribunaux²⁰, ainsi que dans la doctrine²¹, et est

²⁰ Voir, par exemple, affaire *Fabiani* (1896) (dans H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berlin, Stämpfli, 1902, p. 356) ; *Affaire de l'indemnité russe (Russie c. Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, p. 421 à 447, à la page 445 ; Cour internationale de Justice, *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 4, à la page 18 ; Cour internationale de Justice, *Sud-Ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, par. 88 ; *Argentine-Chile Frontier Case*, sentence du 9 décembre 1966, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVI, p. 109 à 182, à la page 164 ; Cour internationale de Justice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, à la page 38, par. 50 ; Tribunal des différends irano-américains, *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, sentence n° 135-33-1, 20 juin 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (I), vol. 6, p. 149 et suiv., à la page 168 ; Tribunal des différends irano-américains, *Questech, Inc. v. Iran*, sentence n° 191-59-1, 25 septembre 1985, IUSCTR, vol. 9, p. 107 et suiv., à la page 122 ; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Aloeboetoe et autres c. Suriname*, arrêt du 10 septembre 1993 (réparations et dépens), série C, n° 15, par. 50 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, arrêt, 15 juillet 1999, par. 225 ; *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-A, arrêt, 20 février 2001, par. 179 ; Organisation mondiale du commerce, Organe d'appel, *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. 142 et 143 ; Cour constitutionnelle de l'Allemagne, arrêt du 4 septembre 2004 (2 BvR 1475/07), par. 20 ; Cour permanente d'arbitrage, *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, 22 juillet 2009, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXX, p. 145 à 416, à la page 299, par. 401 ; Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, affaire n° ARB/03/15, sentence, 31 octobre 2011, par. 622 ; Cour suprême des Philippines, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC*, arrêt du 8 mars 2016 (G.R. n° 221697 et GR n°s 221698 à 700), p. 19 et 21.

²¹ Voir, par exemple, B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953/2006), p. 25 ; G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 207 (1987), p. 188 et 189 ; J. A. Barberis, « Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional », *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), p. 11 à 41, aux pages 30 et 31 ;

confirmé par les travaux préparatoires du Statut²². Les projets de conclusions 4 à 6 abordent plus en détail la méthode de détermination de ces principes.

3) L'alinéa b) du projet de conclusion 3 fait référence aux principes généraux du droit qui peuvent se former dans le cadre du système juridique international. L'existence de cette catégorie de 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 semble être étayée par la jurisprudence des cours et tribunaux²³ et la doctrine²⁴. Certains membres, cependant, considèrent que l'alinéa c)

R. Jennings et A. Watts, *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9^e éd. (Longman, 1996), p. 36 et 37 ; S. Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), p. 472 à 498, à la page 487 ; P. Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules », dans M. Andenas et autres (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leyde, Brill, 2019), p. 47 à 59, à la page 48 ; A. Pellet et D. Müller, « Article 38 », dans A. Zimmermann et autres (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 925.

²² Cour permanente de Justice internationale, Comité consultatif de juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité, 16 juin-24 juillet 1920* (La Haye, Van Langenhuysen Bros., 1920), p. 331 à 336.

²³ Voir, par exemple, Cour internationale de Justice, *Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 20), p. 22 ; Cour internationale de Justice, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 23 ; Cour internationale de Justice, affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Etats-Unis d'Amérique), question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 19, à la page 32 ; Cour internationale de Justice, *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554, à la page 565, par. 20 et 21 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Jugement, 10 décembre 1998, par. 183 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Zoran Kupreškić et consorts*, affaire n° IT-95-16-T, Jugement, 14 janvier 2000, par. 738.

²⁴ Voir, par exemple, D. Anzilotti, Cours de droit international (Éditions Panthéon-Assas, 1929/1999, p. 117), L. Siorat, *Le problème des lacunes en droit international : Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958), p. 286 ; P. Reuter, *Principes de droit international public, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 103 (1961), p. 425 à 656, aux pages 466 et 467 ; J. G. Lammers, « General principles of law recognized by civilized nations », dans F. Kalshoven, P. J. Kuyper et J. G. Lammers (dir. publ.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen-sur-le-Rhin, Sijthoff & Noordhoff, 1980), p. 53 à 75, à la page 67 ; O. Schachter, « International law in theory and practice: general course in public international law », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 178 (1982), p. 9 à 396, aux pages 75, 79 et 80 ; R. Kolb, *La bonne foi en droit international public: contribution à l'étude des principes généraux de droit* (Genève/Paris, Presses universitaires de France, 2000), p. 56 et 57 ; R. Wolfrum, « General international law (principles, rules, and standards) », dans R. Wolfrum (dir. publ.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, vol. IV (article mis à jour en 2010 ; Oxford, Oxford University Press, 2012), par. 28 ; M. Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18^e éd. (Madrid, Tecnos, 2013), p. 126 et 127 ; A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 3^e éd. revue et corrigée (Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2013), p. 55 à 86 ; B. I. Bonafé et P. Palchetti, « Relying on general principles of law », dans C. Brölmann et Y. Radi (dir. publ.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar Publishing, 2016), p. 160 à 176, à la page 162 ; R. Yotova, « Challenges in the identification of the "general principles of law recognized by civilized nations": the approach of the International Court », *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3. (2017), p. 269 à 325, à la page 275, et p. 291 à 310 ; M. Fitzmaurice, The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: the journey from the past to the present, dans S. Besson, J. d'Aspremont et S. Knuchel (dir. publ.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), p. 193 ; A. Yusuf, « Concluding remarks », dans M. Andenas et autres (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law* (voir *supra* la note 21), p. 450 ; P. Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2020), p. 35 à 42 ; F. Francioni, « Custom and general principles of international cultural heritage law », dans F. Francioni et A. F. Vrdoljak (dir. publ.), *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law* (Oxford, Oxford University Press, 2020), p. 531 à 550, aux pages 541 à 544 ; G. Gaja, « General principles of law », dans *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2020), par. 17 à 20 ; G. Boas, *Public International Law: Contemporary Principles*, 2^e éd. (Cheltenham, Edward Elgar, 2023), p. 125 et 126.

du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne désigne pas une deuxième catégorie de principes généraux du droit, ou du moins demeurent sceptiques quant à l'existence de cette catégorie en tant que source autonome du droit international, et constate que la doctrine est divisée sur ce point²⁵. D'autres aspects des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international sont exposés dans le commentaire du projet de conclusion 7.

Conclusion 4

Détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux

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

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 4 porte sur les conditions requises pour déterminer les principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux. Il dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit, il est nécessaire d'établir : a) l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ; et b) la transposition de ce principe dans le système juridique international.

2) Largement admise dans la pratique et la doctrine, cette méthode en deux étapes a vocation à permettre de démontrer qu'un principe général du droit a été « reconnu » au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle est objective et doit être appliquée par tous ceux qui sont appelés à déterminer si tel ou tel principe constitue un principe général du droit à un moment donné et quel en est le contenu.

3) L'alinéa a) concerne la première condition, à savoir qu'il faut établir l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. Il est nécessaire de procéder à cette opération, essentiellement inductive, si l'on veut démontrer qu'un principe juridique est généralement reconnu par l'ensemble des nations. La formule « différents systèmes juridiques du monde » vient souligner que le principe en question doit exister d'une manière générale dans les systèmes juridiques du monde. Elle est vaste et générale et recouvre les divers systèmes juridiques nationaux dans toute leur variété. Cette condition est décrite plus avant dans le projet de conclusion 5.

4) L'alinéa b) concerne la deuxième condition, à savoir qu'il faut établir que le principe commun aux différents systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international. Cette condition, décrite plus en avant dans le projet de conclusion 6, doit nécessairement être remplie si l'on veut démontrer que le principe est non seulement reconnu par l'ensemble des nations dans les différents systèmes juridiques nationaux, mais aussi reconnu comme applicable dans le système juridique international.

5) Employé à l'alinéa b), le terme « transposition » s'entend du processus visant à déterminer si, dans quelle mesure et comment un principe commun aux différents systèmes juridiques nationaux peut s'appliquer dans le système juridique international. Il ne signifie pas qu'un acte de transposition officiel ou exprès est nécessaire.

6) « Transposition » a été préféré à « transposabilité », autre terme parfois employé dans ce contexte. La transposition englobe nécessairement la transposabilité, qui désigne l'applicabilité, dans le système juridique international, d'un principe déterminé au moyen de la procédure décrite à l'alinéa a), mais ne permet pas d'établir entièrement que le principe a été transposé.

²⁵ Certains auteurs considèrent que les principes généraux du droit sont limités à ceux découlant des systèmes juridiques nationaux.

7) Compte tenu des différences entre le système juridique international et les systèmes juridiques nationaux, il est possible qu'un principe ou certains éléments d'un principe déterminé au moyen du processus décrit à l'alinéa a) ne se prêtent pas à une application dans le système juridique international. La « transposition » laisse donc ouverte la possibilité que le contenu du principe général du droit déterminé au moyen de l'analyse en deux étapes et celui du principe apparu dans les divers systèmes juridiques nationaux ne soient pas identiques.

Conclusion 5

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

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

Commentaire

1) Le projet de conclusion 5 porte sur la première des deux étapes de la méthode de détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux énoncée dans le projet de conclusion 4, à savoir la détermination de l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. Le paragraphe 1 dispose que pour déterminer l'existence d'un tel principe, il est nécessaire de procéder à une analyse comparative. Le paragraphe 2 dit que cette analyse doit être large et représentative et inclure les différentes régions du monde. Le paragraphe 3 explique quels sont les documents pertinents aux fins de cette analyse.

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 5 dispose qu'il est nécessaire de procéder à « une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux » pour pouvoir déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. Cette formule s'inspire de l'approche générale qui se retrouve dans la pratique et la doctrine et consiste à examiner et comparer les systèmes juridiques nationaux afin d'établir qu'un principe juridique leur est commun. L'« analyse comparative » en question ne nécessite pas que l'on ait recours aux méthodes particulières employées dans le domaine du droit comparé. Certes, ces méthodes peuvent, le cas échéant, fournir des éléments d'appréciation, mais une certaine souplesse est généralement conservée en pratique. Ce qui importe, aux fins du projet de conclusion 5, est de trouver un dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux²⁶.

3) Le projet de conclusion 5 ne précise pas ce qu'on entend par un principe juridique « commun » aux différents systèmes juridiques du monde. La Commission a estimé que, le contenu et la portée des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux étant susceptibles de varier, il convenait de ne pas être trop prescriptif à cet égard et de permettre une analyse au cas par cas. Dans de nombreux cas, l'analyse comparative peut aboutir à la détermination de l'existence d'un principe juridique de nature générale et abstraite²⁷. Dans d'autres, elle peut toutefois conduire à l'établissement de principes juridiques plus concrets ou spécifiques²⁸.

²⁶ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Furundžija* (note 23 *supra*), par. 178, et *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač et Zoran Vuković*, affaires n° IT-96-23-T et n° IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, par. 439.

²⁷ Le principe de la bonne foi est un principe général du droit auquel il est régulièrement fait référence dans la pratique et la doctrine et qui peut être considéré comme étant de nature générale et abstraite.

²⁸ Parmi les principes généraux du droit qui ont été invoqués ou appliqués en pratique et dont on peut considérer qu'ils sont plus spécifiques (parce que des conditions précises doivent être réunies pour qu'ils soient appliqués, par exemple), on peut citer les principes de l'autorité de la chose jugée, de la

4) Le paragraphe 2 du projet de conclusion 5 indique que l'analyse comparative menée pour déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde doit être « large et représentative » et « inclure les différentes régions du monde ». Cette description vise à préciser que, s'il n'est pas nécessaire d'examiner chacun des systèmes juridiques du monde pour déterminer l'existence d'un principe général du droit, l'analyse comparative doit toutefois être suffisamment complète pour tenir compte des systèmes juridiques des États conformément au principe de l'égalité souveraine des États. La formule « les différentes régions du monde » vise à souligner qu'il ne suffit pas de prouver qu'un principe juridique existe dans les systèmes appartenant à certaines familles de droit (telles que le droit civil, la *common law* et le droit islamique), mais qu'il est aussi nécessaire de montrer que ce principe est largement reconnu dans les différentes régions du monde²⁹ ou,

litispendance et du secret professionnel des avocats. Voir, respectivement, Cour internationale de Justice, *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 (I)*, p. 100, aux pages 125 et 126, par. 58 à 61 ; Cour permanente de Justice internationale, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 25 août 1925, C.P.J. I. série A, n° 6*, p. 5 et suiv., à la page 20 ; Cour internationale de Justice, *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, aux pages 152 et 153, par. 24 à 28.

²⁹ Parmi les exemples de pratique étatique dont on peut considérer qu'ils ont fait l'objet d'une analyse comparative large et représentative, on peut citer les affaires suivantes : Cour internationale de Justice, affaire du *Droit de passage sur le territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960*, p. 6, observations et conclusions du Gouvernement de la République portugaise sur les exceptions préliminaires du Gouvernement de l'Inde, annexe 20, p. 714 à 752, et réplique du Gouvernement de la République portugaise, annexe 194, p. 858 à 861 (systèmes juridiques des pays suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Arabie saoudite, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Bolivie (État plurinational de), Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Cuba, Danemark, Égypte, El Salvador, Équateur, Espagne, États-Unis, France, Ghana, Grèce, Guatemala, Haïti, Honduras, Inde, Indonésie, Irlande, Italie, Japon, Mexique, Myanmar, Nicaragua, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Panama, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République dominicaine, Sri Lanka, Suède, Suisse, Türkiye, Uruguay, Venezuela (République bolivarienne du), Yémen et Zambie, et Tchécoslovaquie et Union soviétique) ; Cour internationale de Justice, *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, mémoire de la République de Nauru, appendice 3 (systèmes juridiques des pays suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Bangladesh, Belgique, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Danemark, Espagne, États-Unis, Éthiopie, Finlande, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Inde, Irlande, Italie, Japon, Liechtenstein, Mexique, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pays-Bas, Roumanie, Royaume-Uni, Sénégal, Sri Lanka, Suède et Suisse) ; Cour internationale de Justice, *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)* (voir *supra* la note 28), mémoire du Timor-Leste, annexes 22 à 24 (systèmes juridiques des pays suivants : Afrique du Sud, Allemagne, Arabie saoudite, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Bulgarie, Chine, Chypre, Danemark, d'Espagne, Estonie, États-Unis, 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 et Türkiye, et de l'Union européenne et de Hong Kong (Chine)) et contre-mémoire de l'Australie, annexe 51 (systèmes juridiques des pays suivants : Allemagne, Australie, Belgique, Danemark, États-Unis, Fédération de Russie, France, Inde, Indonésie, Maroc, Mexique, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Royaume-Uni, Slovaquie, Suisse et Timor-Leste). On trouve des exemples analogues dans la jurisprudence d'autres juridictions. Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, arrêt *Delalić* (voir *supra* la note 20), par. 584 à 589 (Afrique du Sud, Allemagne, Angleterre, Australie, Bahamas, Barbade, Croatie, Écosse, États-Unis, Fédération de Russie, Italie, Japon, Singapour, Türkiye et ex-Yougoslavie, et Hong Kong (Chine)) ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Pavle Strugar*, affaire n° IT-01-42-A, Arrêt, 17 juillet 2008, par. 52 à 54 (Allemagne, Australie, Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Canada, Chili, Croatie, États-Unis, Fédération de Russie, Inde, Japon, Malaisie, Monténégro, Pays-Bas, République de Corée, Royaume-Uni et Serbie) ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Dražen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, Arrêt, 7 octobre 1997, par. 19, référence étant faite à l'opinion individuelle présentée conjointement par la Juge McDonald et le Juge Vohrah, par. 59 à 65 (Afrique du Sud, Allemagne, Angleterre, Australie, Belgique, Canada, Chili, Chine, Espagne, Éthiopie, Finlande,

comme la Cour internationale de Justice l'a indiqué dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, qu'un principe a été « généralement accepté [...] par les systèmes de droit interne³⁰ ».

5) Le paragraphe 3 du projet de conclusion 5 donne des orientations supplémentaires en énumérant, de manière non exhaustive, les sources qui peuvent être examinées aux fins de l'analyse comparative des systèmes juridiques nationaux. La formule « lois et jurisprudences nationales » doit être entendue au sens large et couvrir l'ensemble des documents juridiques nationaux qui peuvent potentiellement être pertinents pour déterminer l'existence d'un principe général du droit ; il s'agit notamment des constitutions, des lois, des décrets et règlements, ainsi que des décisions des juridictions nationales de différents degrés et de différentes compétences, notamment les cours et tribunaux constitutionnels, les cours suprêmes, les cours de cassation, les cours d'appel, les juridictions de première instance et les tribunaux administratifs. La formule « ainsi que d'autres documents pertinents » vise à inclure d'autres sources du droit national qui pourraient aussi être pertinentes, telles que le droit coutumier ou la doctrine.

6) Lorsqu'elle a élaboré le paragraphe 3 du projet de conclusion 5, la Commission a gardé à l'esprit que les systèmes juridiques nationaux n'étaient pas identiques et que chaque système devait être analysé dans son propre contexte, en tenant compte de ses caractéristiques propres. Ainsi, dans certains systèmes, les décisions des juridictions nationales peuvent être plus utiles aux fins de la détermination de l'existence d'un principe juridique, alors que dans d'autres, les codes écrits et la doctrine sont susceptibles d'être plus importants. Les membres de la Commission se sont aussi accordés pour dire que toutes les branches du droit national, tant public que privé, étaient potentiellement pertinentes pour déterminer l'existence d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux³¹.

France, Inde, Italie, Japon, Malaisie, Maroc, Mexique, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Panama, Pays-Bas, Pologne, Somalie, Suède, Venezuela (République bolivarienne du) et ex-Yougoslavie) ; *Furundžija* (voir *supra* la note 23), par. 180 (Allemagne, Argentine, Autriche, Bosnie-Herzégovine, Chili, Chine, France, Inde, Italie, Japon, Ouganda, Pakistan, Pays-Bas, Zambie, Angleterre et Pays de Galles, ex-Yougoslavie et Nouvelle-Galles du Sud (Australie)) ; *Kunarac* (voir *supra* la note 26), par. 437 à 460 (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).

³⁰ *Barcelona Traction* (voir *supra* la note 20), p. 38, par. 50. Voir aussi *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (note 20 *supra*), p. 19 et 21 ; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (note 20 *supra*), par. 622 ; Cour internationale de Justice, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, p. 639, à la page 675, par. 104 ; *Délimitation de la région de l'Abyei* (note 20 *supra*), p. 299, par. 401 ; Cour constitutionnelle de l'Allemagne, arrêt, 4 septembre 2004 (note 20 *supra*), par. 20 ; *Kunarac* (voir *supra* la note 26), par. 439 ; *Delalić*, Arrêt (note 20 *supra*), par. 179 ; *Tadić* (note 20 *supra*), par. 225 ; Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Le Procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, Jugement, 2 septembre 1998, par. 46 ; Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Zénil Delalić et consorts*, 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, 28 mai 1997, par. 7 et 8 ; *Aloeboetoe et autres c. Suriname* (note 20 *supra*), par. 62 ; *Questech* (note 20 *supra*), p. 122 ; *Sea-Land Service, Inc. v. Iran* (note 20 *supra*), p. 168 ; *Détroit de Corfou* (note 20 *supra*), p. 18 ; *Fabiani* (note 20 *supra*), p. 356 ; affaire du *Queen* opposant le Brésil, la Norvège et la Suède (1871) (reproduit dans La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900 : Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (note 20 *supra*)), p. 155.

³¹ Voir, par exemple, *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie* (note 28 *supra*), p. 125, par. 58 (application du principe de l'autorité de la chose jugée, qui provient du droit de la procédure civile) ; *Barcelona Traction* (note 20 *supra*), p. 38, par. 50 (application du principe de la séparation entre la société et l'actionnaire, qui provient du droit des sociétés) ; *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »* (note 20 *supra*), par. 143 (application d'un principe relatif à l'imposition des non-résidents, qui provient du droit fiscal) ; *Questech* (voir *supra* la note 20), p. 122 (application du principe *rebus sic stantibus*, qui provient du droit des contrats) ; *Sea-Land Service* (note 20 *supra*), p. 168 (application du principe de l'enrichissement injustifié, qui provient du droit civil ou du droit des obligations) ; *Furundžija* (voir *supra* la note 23), par. 178 à 182, et *Kunarac* (voir *supra* la note 26), par. 439 à 460 (application

7) Il convient de souligner que déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ne suffit pas pour établir l'existence et le contenu d'un principe général du droit au sens de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. Comme il est indiqué dans le projet de conclusion 4, il est aussi nécessaire d'établir la transposition de ce principe dans le système juridique international. Cette seconde étape de la méthode fait l'objet du projet de conclusion 6.

Conclusion 6

Détermination de la transposition dans le système juridique international

Un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde peut être transposé dans le système juridique international pour autant qu'il est compatible avec ce système.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 6 concerne la détermination de la transposition d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde dans le système juridique international. Il dispose qu'un tel principe peut être transposé pour autant qu'il est compatible avec le système juridique international. Il convient de rappeler que, comme il ressort clairement du projet de conclusion 4, déterminer la transposition est la deuxième condition à remplir pour établir l'existence et le contenu d'un principe général du droit provenant des systèmes juridiques nationaux.

2) Le projet de conclusion 6 dispose qu'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde « peut être » transposé dans le système juridique international. Les mots « peut être » viennent souligner que la transposition ne se fait pas de manière automatique.

3) Le critère pertinent aux fins de la détermination de la transposition est que le principe commun aux différents systèmes juridiques du monde doit s'avérer « compatible » avec le système juridique international. La logique qui sous-tend l'adoption de ce critère de la compatibilité est que le système juridique international et les systèmes juridiques nationaux ont des structures et des caractéristiques distinctes, que l'on ne saurait ignorer. Les principes éventuellement communs aux différents systèmes juridiques du monde, adoptés avant tout pour répondre aux besoins d'une société particulière et s'appliquer dans un système juridique donné, ne sont pas nécessairement applicables au niveau international du fait de ces différences.

4) Un principe apparu *in foro domestico* peut être considéré comme étant compatible avec le système juridique international s'il est possible de l'appliquer dans l'ordre juridique international, lorsque les conditions de son application sont réunies³².

d'une définition du « viol » qui provient du droit pénal) ; *Aloeboetoe c. Suriname* (note 20 *supra*), par. 62 (application à des fins d'indemnisation d'un principe relatif à la succession, qui provient des lois relatives à l'héritage et à la succession) ; *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (note 20 *supra*), p. 21 (application d'un principe relatif à la nationalité des enfants trouvés, qui provient des lois relatives à la nationalité). Voir aussi *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (note 20 *supra*), par. 622 (« les « principes généraux » sont des règles qui sont largement appliquées *in foro domestico*, dans des affaires privées ou publiques, quant au fond ou à la procédure ») ; *Sud-Ouest africain, deuxième phase* (note 20 *supra*), Opinion dissidente de M. Tanaka, p. 250, à la page 294 (« Dans 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. »).

³² Par exemple, en l'affaire *North Atlantic Coast Fisheries*, le tribunal n'a pas appuyé le principe d'une servitude internationale, qu'il a jugé peu adaptée au principe de souveraineté. *North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, sentence, 7 septembre 1910, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, p. 167 à 226, à la page 182. En l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour internationale de Justice (CIJ) n'a pas appuyé le « principe de la part juste et équitable » invoqué par l'Allemagne en tant que principe général du droit, soulignant que cette doctrine était « absolument étrangère et opposée à la conception fondamentale du régime du plateau continental ». *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, aux pages 21 à 23, par. 17, 19

5) Un exemple souvent cité à cet égard est le droit d'accès aux tribunaux, qui existe invariablement dans les systèmes juridiques nationaux. Ce droit ne peut pas être transposé, car il serait incompatible avec le principe du consentement à la juridiction, principe fondamental du droit international qui sous-tend la structure et le fonctionnement des juridictions internationales. Outre que la transposition du droit d'accès aux tribunaux contreviendrait directement au principe du consentement à la juridiction, ce droit serait incapable de produire ses effets au niveau international en raison de l'absence des conditions nécessaires à son application, à savoir l'absence d'organe judiciaire doté d'une juridiction universelle et obligatoire pour régler les différends.

6) Le projet de conclusion 6 indique qu'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde ne peut être transposé que « pour autant » qu'il est compatible avec le système juridique international. L'emploi de ces mots (« pour autant ») vient mettre l'accent sur le fait qu'il existe un certain degré de flexibilité s'agissant de déterminer la transposition. Comme il ressort du commentaire du projet de conclusion 4 plus haut, si tel principe est compatible en partie seulement avec le système juridique international, il ne peut être transposé que dans cette mesure³³.

7) Le projet de conclusion 6 doit être lu conjointement avec le projet de conclusion 2, qui indique que, pour qu'un principe général du droit existe, il doit être reconnu par l'ensemble des nations. Par conséquent, il faut qu'il soit reconnu qu'un principe commun aux

et 20. En l'affaire *Tadić*, pour ce qui est du principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a constaté ce qui suit : « 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 [...] En conséquence, l'élément "séparation des pouvoirs" de la condition qu'un tribunal soit "établi par la loi" ne s'applique pas en droit international. » Ayant tenu compte de plusieurs conventions relatives aux droits de l'homme et décisions d'organes chargés des droits de l'homme, la Chambre d'appel a considéré qu'« établi par la loi » signifiait « conforme à la règle de droit ». *Le Procureur c/ Duško Tadić alias « DULE »*, affaire n° IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 43 à 45. En l'affaire *Delalić et consorts*, une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a dit : « [L]es 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 « nul ne sait avec exactitude dans quelle mesure ils sont admis comme une partie intégrante de la pratique juridique internationale, séparée et distincte des systèmes juridiques internes. La raison en est [...] que les modes d'incrimination sont différents dans les systèmes internes et dans les systèmes internationaux de justice pénale ». La chambre de première instance a donc conclu ce qui suit : « [...] 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 procédures *ad hoc* de la rédaction technique et l'hypothèse fondamentale selon laquelle les normes en droit pénal international seront transposées dans le droit pénal interne des différents États. ». *Le Procureur c/ Zejnil Delalić et consorts*, affaire n° IT-96-21-T, Jugement, 16 novembre 1998, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, par. 403 et 405.

³³ Compte tenu des différences entre le système juridique international et les systèmes juridiques nationaux, il est possible que certains aspects d'un principe commun à différents systèmes juridiques ne puissent pas être transposés dans le système juridique international. Du fait de la transposition, les principes généraux du droit appliqués dans un cadre international peuvent ne pas avoir exactement le même contenu que les principes juridiques nationaux correspondants. Voir, par exemple, *Tadić* (note 20 *supra*), par. 41 à 45 ; *Delalić* (note 32 *supra*), par. 403 à 405 ; *Furundžija* (note 23 *supra*), par. 178 ; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* (note 20 *supra*), par. 622 ; Cour internationale de Justice, *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. 13. Il a été noté, à cet égard, qu'un principe de droit apparu *in foro domestico* ne peut pas être transposé « en bloc » (*Cour internationale de justice, Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 128, opinion individuelle de M. le juge McNair, p. 146, à la page 148).

différents systèmes juridiques du monde est transposé dans le système juridique international. Dans ce contexte, la reconnaissance est implicite lorsque le critère de la compatibilité est satisfait. En d'autres termes, si un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde est applicable dans le cadre du système juridique international, lorsque les conditions de son application sont réunies, on peut en général considérer que l'ensemble des nations a reconnu qu'il était transposé. Aucun acte de transposition officiel n'est requis pour que se dégage un principe général du droit.

Conclusion 7

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

1. Pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit qui peut se former dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir que l'ensemble des nations a reconnu ce principe comme intrinsèque au système juridique international.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de la question de l'existence éventuelle d'autres principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 7 porte sur la détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international³⁴.

2) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 7 dispose que, pour déterminer l'existence et le contenu d'un principe général du droit qui peut se former dans le cadre du système juridique international, il est nécessaire d'établir que l'ensemble des nations a reconnu ce principe comme intrinsèque à ce système. La Commission a estimé qu'il était justifié de conclure à l'existence de ce type de principe général du droit pour plusieurs raisons. Premièrement, on trouve dans la pratique judiciaire et la pratique des États des exemples qui semblent étayer l'existence de ces principes généraux du droit. Deuxièmement, le système juridique international, comme tout autre système juridique, doit pouvoir engendrer des principes généraux du droit qui lui sont propres et ne pas avoir uniquement des principes généraux du droit empruntés à d'autres systèmes juridiques. Troisièmement, rien dans le texte de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ni dans les travaux préparatoires de cette disposition ne limite les principes généraux du droit à ceux qui proviennent des systèmes juridiques nationaux.

3) En ce qui concerne la méthode de détermination des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, la Commission a estimé qu'elle avait des points communs avec la méthode applicable à la détermination des principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, qui fait l'objet des projets de conclusions 4 à 6 plus haut. Dans les deux cas, il est d'abord procédé à une analyse inductive des normes existantes. Dans le cas des principes de la première catégorie, les règles existant dans les différents systèmes juridiques du monde sont analysées comparativement aux fins de la détermination de l'existence d'un principe qui leur est commun. En ce qui concerne les principes de la deuxième catégorie, il faut analyser les règles existant dans le système juridique international afin de trouver les principes qui se dégagent de ces règles ou les sous-tendent et qui ont un caractère autonome. L'analyse doit tenir compte de tous les éléments disponibles qui viennent mettre en évidence la reconnaissance du principe en question par l'ensemble des nations, notamment les instruments internationaux reflétant le principe, les

³⁴ Parmi les exemples mentionnés par les membres de la Commission pendant les débats, on peut citer le principe de l'égalité souveraine des États, le principe de l'intégrité territoriale, le principe de l'*uti possidetis juris*, le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un autre État, le principe du consentement à la juridiction des cours et tribunaux internationaux, les considérations élémentaires d'humanité, le respect de la dignité humaine, les principes de Nuremberg et les principes du droit international de l'environnement (les Principes de droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal (Principes de Nuremberg) sont publiés à l'*Annuaire de la Commission du droit international (Annuaire ...)* 1950, vol. II, p. 374, par. 96).

résolutions adoptées par des organisations internationales ou à des conférences intergouvernementales et les déclarations faites par les États. Les paragraphes 6 à 10 renvoient à des décisions de juridictions qui illustrent certains aspects de cette méthode.

4) On emploie aussi une méthode déductive pour les deux catégories. En ce qui concerne les principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux, il faut déterminer leur compatibilité avec le système juridique international. Les principes généraux formés dans le cadre du système juridique international doivent quant à eux se révéler intrinsèques à ce système. Le terme « intrinsèque » signifie que le principe est propre au système juridique international et qu'il reflète et régit ses caractéristiques essentielles.

5) Le principe du consentement à la juridiction peut être considéré comme un principe général reconnu par l'ensemble des nations comme étant intrinsèque au système juridique international vu les caractéristiques essentielles de ce dernier. C'est une conséquence du principe de l'égalité des États souverains et du fait qu'il n'existe pas, au niveau international, d'autorité judiciaire ayant une compétence universelle et obligatoire à l'égard de tout différend. Ce principe trouve expression dans divers instruments internationaux qui en sont inspirés et a souvent été invoqué dans les décisions de juridictions³⁵.

6) Le principe de l'*uti possidetis* est un autre principe général qui peut être considéré comme étant reconnu par l'ensemble des nations comme étant intrinsèque au système juridique international lorsque les conditions de son application sont réunies. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)*, une chambre de la Cour internationale de Justice a dit qu'il constituait un principe général logiquement lié au phénomène de l'indépendance et reconnu et solennellement affirmé par des États. La chambre a déclaré :

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 administrante³⁶.

7) La chambre a également déclaré qu'« il f[allai]t 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 générale³⁷ ». Elle a en outre rappelé que ce principe avait été repris dans des déclarations faites par des 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 1964³⁸. Elle a ajouté que l'obligation de respecter les frontières préexistantes en cas de succession d'États « découla[it] [...] d'une règle générale de droit international, qu'elle trouve ou non son expression dans la formule *uti possidetis*. À cet égard aussi, par conséquent, les nombreuses affirmations solennelles relatives à l'intangibilité des frontières qui existaient au moment de l'accession

³⁵ Voir, par exemple, *Or monétaire* (note 23 *supra*), p. 32 (« [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 ». Cour internationale de Justice, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), requête à fin d'intervention, arrêt*, C.I.J. Recueil 1990, p. 92, aux pages 132 et 133, par. 94.

³⁶ *Différend frontalier* (voir *supra* la note 23), p. 565, par. 20.

³⁷ *Ibid.*, par. 21. Au sujet de la relation entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit, voir *infra* le projet de conclusion 11.

³⁸ *Ibid.*, p. 565 et 566, par. 22.

des États africains à l'indépendance [avaient] manifestement une valeur déclaratoire et non pas constitutive : elles reconnaiss[ai]ent et confirm[ai]ent un principe existant³⁹ ». Ainsi, le principe de *l'uti possidetis*, considéré comme logiquement lié au phénomène de l'indépendance, a été appliqué par des États et reconnu et affirmé dans des déclarations solennelles, des instruments internationaux et des résolutions.

8) Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a dégagé des obligations internationales fondées 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 États⁴⁰ ».

9) La Cour n'a pas appliqué la Convention (VIII) de La Haye⁴¹, qui n'est applicable qu'en temps de guerre et à laquelle, en tout état de cause, l'Albanie n'était pas partie. Néanmoins, elle a dégagé certaines obligations fondées sur des « principes généraux et bien reconnus » qui semblent avoir été déduits des règles existantes du droit international conventionnel et coutumier. Ces principes peuvent être considérés comme intrinsèques au système juridique international.

10) Dans l'affaire *Furundžija*, la Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a dégagé et appliqué un « principe général du respect de la dignité humaine », partant du postulat que « 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 » et que 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 »⁴².

11) Le second paragraphe du projet de conclusion 7 indique que ce projet de conclusion est sans préjudice de la question de l'existence éventuelle d'autres principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international. Ce paragraphe a été ajouté pour refléter l'opinion de certains membres de la Commission qui convenaient qu'il existait des principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international, mais estimaient que le paragraphe 1 du projet de conclusion aurait une portée trop étroite et n'engloberait pas d'autres principes éventuels qui, sans être intrinsèques au système juridique international, pouvaient néanmoins provenir de ce système et non des systèmes juridiques nationaux.

³⁹ Ibid., par. 24. Voir aussi 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 »).

⁴⁰ Affaire du *Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 20), à la page 22 : « 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. ». Voir aussi Cour internationale de Justice, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, à la page 112, par. 215 ; Tribunal international du droit de la mer, *Affaire du navire « SAIGA » (No 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 10, aux pages 61 et 62, par. 155.

⁴¹ Convention (VIII) de 1907 relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (La Haye, 18 octobre 1907), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, J. B. Scott (dir. publ.) (New York, Oxford University Press, 1915), p. 151.

⁴² *Furundžija* (note 23 *supra*), par. 183.

12) Sans exclure qu'il puisse exister une deuxième catégorie de 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, plusieurs membres ont dit trouver préoccupant que la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine ne soient pas suffisantes pour étayer pleinement l'existence de cette deuxième catégorie, de sorte qu'il était difficile de définir clairement la méthode de détermination des principes en question.

13) Certains autres membres se sont dit d'avis que l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne visait que les principes généraux du droit provenant des systèmes juridiques nationaux. Certains membres ont dit que la Commission devrait faire preuve de prudence et ne pas se livrer à un exercice de développement progressif sur un sujet qui concernait une des sources du droit international. Il a également été dit qu'il fallait éviter toute confusion avec les autres sources du droit international. Sur ce point, certains membres de la Commission ont estimé que la distinction entre le droit international coutumier et les principes généraux du droit formés dans le cadre du système juridique international entendus au sens que leur donne le projet de conclusion 7 n'était pas claire et que la Commission devrait se garder de proposer une méthode de détermination de ces principes qui pourrait empiéter sur les conditions de formation des règles de droit international coutumier.

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 du 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 du droit, à titre de moyen auxiliaire de détermination de tels principes.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 8 porte sur le rôle des décisions des juridictions internationales et des juridictions nationales aux fins de la détermination des principes généraux du droit. L'approche de la question est la même que celle adoptée par la Commission dans ses conclusions sur la détermination du droit international coutumier⁴³, lequel est aussi, comme les principes généraux du droit, une source de droit international.

2) Les décisions des juridictions internationales et des juridictions nationales sont souvent sollicitées pour déterminer l'existence et, le cas échéant, le contenu des principes généraux du droit, en particulier ceux qui proviennent des systèmes juridiques nationaux. Entre autres exemples, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a estimé non seulement que les moyens de preuve indirecte étaient admis dans « tous les systèmes de droit », mais aussi que leur usage était « sanctionné par la jurisprudence internationale »⁴⁴. Dans l'affaire *Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, la Cour a déclaré 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 »⁴⁵. Dans l'affaire de l'*Aire Maritime protégée des Chagos*, le tribunal arbitral a constaté que « l'invocation fréquente du principe de l'estoppel dans les procédures internationales avait permis d'en préciser la portée »⁴⁶.

⁴³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 65 et 66.

⁴⁴ Affaire du *Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 20), p. 18.

⁴⁵ Cour internationale de Justice, *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 12, à la page 31, par. 45.

⁴⁶ Cour permanente d'arbitrage, *Aire maritime protégée des Chagos (Maurice c. Royaume-Uni)*, affaire n° 2011-03, sentence du 18 mars 2015, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXXI, p. 543, par. 436.

3) La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme se sont aussi appuyées sur des décisions antérieures pour décider qu'il était justifié de conclure à l'existence du principe *iura novit curia*⁴⁷. En droit international pénal, les décisions antérieures de juridictions internationales ont joué un rôle important dans la détermination des principes généraux du droit⁴⁸.

4) Les décisions des juridictions nationales peuvent elles aussi être utilisées aux fins de la détermination des principes généraux du droit. À cet égard, il convient de rappeler que les décisions des juridictions nationales ont une double fonction en ce qui concerne la détermination des principes généraux du droit. D'une part, ainsi qu'il ressort du projet de conclusion 5, elles peuvent être utiles aux fins de l'analyse comparative à laquelle il faut procéder pour déterminer l'existence d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde. D'autre part, elles peuvent servir de moyen auxiliaire de détermination des principes généraux du droit lorsqu'elles ont elles-mêmes trait à l'existence et au contenu d'un principe général du droit. Le projet de conclusion 8 ne concerne que ce dernier cas de figure.

5) Le texte du projet de conclusion 8 est largement inspiré du libellé de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon lequel, si les décisions de la Cour ne sont obligatoires que pour les parties au litige et dans le cas qui a été décidé, les décisions de justice constituent des moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international, y compris des principes généraux du droit. 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 du droit international (contrairement aux traités, au droit international coutumier et aux principes généraux du droit). L'emploi de cette expression n'indique pas ni ne vise à indiquer que ces décisions sont sans importance aux fins de la détermination des principes généraux du droit.

6) Les décisions de justice portant sur des questions de droit international, en particulier celles relatives à l'existence de principes généraux du droit et dans lesquelles pareils principes sont déterminés et appliqués, peuvent être très utiles lorsqu'il s'agit d'établir l'existence ou l'absence de principes généraux. Toutefois, leur valeur peut varier considérablement en fonction tant de la qualité du raisonnement suivi (et notamment, au premier chef, de la mesure dans laquelle ce raisonnement résulte, d'une part, d'un examen des différents systèmes juridiques du monde et de la transposition, dans le cas des principes généraux découlant des systèmes juridiques nationaux et, d'autre part, d'une analyse des règles existant dans le système juridique international, des résolutions pertinentes adoptées par les organisations internationales ou lors des conférences intergouvernementales et des déclarations faites par les États, dans le cas des principes généraux formés dans le cadre du système juridique international), que de la manière dont la décision est prise en compte, en particulier par les États et dans les décisions postérieures des juridictions.

⁴⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, série A n° 24, par. 41 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Guerra et autres c. Italie*, arrêt du 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, par. 44 ; concernant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voir, entre autres, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, arrêt du 29 juillet 1988 (fond), série C, n° 4, par. 163.

⁴⁸ Voir, par exemple, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Le Procureur c/ Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagić et Amir Kubura*, affaire n° IT-01-47-PT, Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence, 12 novembre 2002, par. 58 à 61 ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, affaire no SCSL-2004-14-AR72(E), Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), 31 mai 2004, par. 25 et 26 ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman et al.*, affaire n° SCSL-04-14-PT, *Decision on Prosecution's Motion for Judicial Notice and Admission of Evidence*, 2 juin 2004, par. 22 à 30 ; Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, affaire n° SCSL-04-15-T, *Ruling on the Issue of the Third Accused, Augustine Gbao, to Attend Hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7 July 2004 and Succeeding Days*, 12 juillet 2004, par. 10 et 11.

7) Le paragraphe 1 fait mention des « juridictions internationales », cette expression désignant tout organe international doté de compétences judiciaires qui est appelé à examiner des principes généraux du droit. Il fait expressément référence à la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, dont le Statut fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies et dont les membres sont nommés par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, eu égard à l'importance de ses décisions et à la position particulière qu'elle occupe du fait qu'elle est le seul tribunal international de droit commun permanent. Si elle n'a fait expressément référence à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 qu'à quelques rares occasions⁴⁹, la Cour internationale de Justice a mentionné dans sa jurisprudence plusieurs principes généraux du droit (comme l'a fait la Cour permanente de Justice internationale), et a contribué ainsi à faire comprendre cette source du droit international et à délimiter la portée de certains principes⁵⁰. L'expression « juridictions internationales » désigne aussi notamment (mais sans s'y limiter) les tribunaux régionaux et spécialisés tels que le Tribunal international du droit de la mer, la Cour pénale internationale et les autres tribunaux pénaux internationaux spéciaux, les cours régionales des droits de l'homme et l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que les tribunaux arbitraux interétatiques et les autres tribunaux arbitraux appliquant le droit international. Les compétences dont disposent les juridictions internationales et le vaste éventail d'éléments de preuve auquel elles ont accès peuvent donner un poids considérable à leurs décisions, sous réserve des considérations mentionnées dans le paragraphe précédent.

8) Aux fins du présent projet de conclusion, le terme « décisions » s'entend des arrêts, des sentences et des avis consultatifs, ainsi que des ordonnances portant sur des questions et incidents de procédure. Si les opinions individuelles et dissidentes peuvent contribuer à la compréhension de la décision de la cour ou du tribunal, elles doivent néanmoins être traitées avec circonspection en ce qu'elles n'engagent que les vues du juge ou de l'arbitre qui joint à la décision l'exposé de son opinion individuelle ou dissidente et il se peut qu'y soient exposés des arguments auxquels la juridiction concernée n'adhère pas.

9) Le paragraphe 2 concerne les décisions de juridictions nationales (également appelées « tribunaux internes »). La distinction entre les juridictions internationales et les juridictions nationales n'est pas toujours évidente ; dans le présent projet de conclusions, l'expression « juridictions nationales » englobe les juridictions composées de magistrats internationaux qui appliquent le droit d'un ou plusieurs pays, tels certains tribunaux « hybrides », de composition et de compétence à la fois nationales et internationales.

10) Il convient de faire preuve d'une certaine prudence lorsqu'on envisage de considérer les décisions de juridictions nationales comme des moyens auxiliaires de détermination des principes généraux du droit. En conséquence, les deux paragraphes du projet de conclusion sont formulés différemment, le paragraphe 2 contenant le membre de phrase « [u]ne attention peut être portée, le cas échéant ». Les juridictions nationales appliquent un droit particulier qui peut tenir compte des règles du droit international dans une certaine mesure et à certains égards seulement. Les décisions de ces juridictions peuvent refléter la perspective particulière d'un pays. Contrairement à la plupart des juridictions internationales, les juridictions

⁴⁹ *Sud-ouest africain, deuxième phase* (note 20 *supra*), p. 47, par. 88 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (note 32 *supra*), p. 21 et 22, par. 17 et 18 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 12, à la page 61, par. 127.

⁵⁰ Voir, par exemple, *Détroit de Corfou* (note 20 *supra*), p. 18 et 22 ; *Réserves à la Convention sur le génocide* (note 23 *supra*), p. 23 ; *Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif du 13 juillet 1954*, C.I.J. Recueil 1954, p. 47, à la page 53 ; *Droit de passage* (note 29 *supra*), p. 43 ; *Sud-Ouest africain, deuxième phase* (note 20 *supra*), p. 47, par. 88 ; *Plateau continental de la mer du Nord* (note 32 *supra*), p. 21 et 22, par. 17 et 18 ; *Barcelona Traction* (note 20 *supra*), p. 37, par. 50 ; *Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1973, p. 166, à la page 181, par. 36 ; *Demande de réformation du jugement n° 273 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1982, p. 325, aux pages 338 et 339, par. 29 ; *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie* (note 28 *supra*), p. 100, par. 58 ; *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, p. 139, à la page 166, par. 68.

nationales peuvent parfois manquer d'expertise en droit international et peuvent se prononcer sans avoir entendu les arguments des États.

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.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 9 porte sur le rôle de la doctrine dans la détermination des principes généraux du droit. Largement inspiré du libellé de l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il dispose que les travaux de la doctrine peuvent être utilisés comme moyen auxiliaire de détermination des principes généraux du droit, c'est-à-dire pour rechercher s'il existe un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde qui peut être transposé dans l'ordre juridique international, ou s'il existe un principe formé dans le cadre du système juridique international. Le terme « doctrine » doit s'entendre au sens large ; il englobe la doctrine se présentant sous une forme non écrite, par exemple les conférences et les présentations et la documentation audiovisuelles.

2) Comme les décisions des juridictions, qui font l'objet du projet de conclusion 8 ci-dessus, la doctrine ne constitue pas en tant que telle une source du droit international, mais elle peut être utile pour déterminer l'existence et le contenu de principes généraux du droit. Cette fonction auxiliaire s'explique par l'intérêt que peut présenter la doctrine en tant qu'elle collecte des informations sur le droit interne et d'autres matières et en fait l'analyse, apprécie la compatibilité d'un principe commun aux différents systèmes juridiques du monde avec le cadre juridique international, examine les règles pertinentes applicables dans l'ordre juridique international, les résolutions pertinentes adoptées par les organisations internationales ou lors des conférences internationales et les déclarations faites par les États afin de déterminer dans quelle mesure il est tenu compte de tel ou tel principe général du droit formé dans le cadre du système juridique international, relève les divergences et l'absence ou la formation éventuelles de principes généraux du droit, et évalue le droit. Utiliser la doctrine peut être particulièrement utile pour surmonter les obstacles linguistiques que l'on peut rencontrer lorsqu'on effectue une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux.

3) Il convient d'être prudent lorsqu'on s'appuie sur la doctrine, car l'intérêt qu'elle présente pour la détermination de l'existence et du contenu d'un principe général du droit est variable ; c'est ce qu'indique la formule « peut servir » retenue dans le projet de conclusion. La doctrine vise parfois non seulement à rendre compte de l'état du droit à un moment donné (*lex lata*), mais aussi à promouvoir le développement du droit (*lex ferenda*). En outre, elle peut refléter les points de vue nationaux ou autres points de vue individuels des auteurs. La qualité de la doctrine peut, en sus, varier considérablement ; il est donc essentiel d'évaluer l'autorité de tel ou tel travail doctrinal.

4) La référence aux « publicistes [...] des différentes nations » vise à souligner qu'il importe de tenir compte autant que possible de la doctrine représentative des divers systèmes juridiques et des différentes régions du monde, dans différentes langues. Cela peut être d'autant plus important lorsqu'on cherche à déterminer les principes généraux du droit découlant des systèmes juridiques nationaux.

5) Les textes issus des travaux des organes internationaux privés œuvrant à la codification et au développement du droit international peuvent être une ressource utile à cet égard. Figurent notamment parmi ces organes collectifs l'Institut de droit international et l'Association de droit international. La valeur de chaque texte doit être soigneusement évaluée compte tenu des compétences de l'organe concerné, de la mesure dans laquelle le texte vise à établir le droit existant, du soin et de l'objectivité dont l'organe fait preuve dans le cadre de ses travaux sur telle ou telle question et du soutien dont bénéficie le texte en question au sein de l'organe ainsi que de l'accueil qui lui a été réservé par les États et d'autres entités.

6) Outre la doctrine, les travaux de la Commission, entre autres moyens auxiliaires, méritent une attention particulière, surtout compte tenu du mandat unique de la Commission, organe subsidiaire de l'Assemblée générale qui a pour mission de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international. Il convient en outre d'avoir égard au fait que les membres de la Commission sont originaires de différentes régions et représentent les différents systèmes juridiques du monde et que la Commission entretient une relation étroite avec l'Assemblée générale et les États et a notamment le privilège de recevoir des États des observations orales et écrites tout au long de ses travaux. Ces considérations sont sans préjudice des travaux menés par la Commission sur le sujet « Moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international ».

Conclusion 10

Fonctions des principes généraux du droit

1. Il est principalement fait recours aux principes généraux du droit lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie.
2. Les principes généraux du droit contribuent à la cohérence du système juridique international. Ils peuvent servir, *inter alia* :
 - a) à interpréter et à compléter d'autres règles du droit international ;
 - b) de fondement à des droits et obligations primaires, ainsi qu'à des règles secondaires et procédurales.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 10 porte sur les fonctions des principes généraux du droit. Il dispose qu'il est principalement fait recours aux principes généraux lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie. Il précise en outre que les principes généraux du droit contribuent à la cohérence du système juridique international et qu'ils peuvent servir, *inter alia*, à interpréter et à compléter d'autres règles du droit international, et de fondement à des droits et obligations primaires, ainsi qu'à des règles secondaires et procédurales. Le projet de conclusion 10 s'applique à tous les principes généraux du droit, qu'ils découlent des systèmes juridiques nationaux ou aient été formés dans le cadre du système juridique international, en fonction du principe général en question.

2) Il convient de rappeler que les fonctions des principes généraux du droit sont, en principe, similaires à celles des autres sources du droit international. Les traités, le droit international coutumier et les principes généraux du droit sont tous trois énumérés, à rang égal, au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et c'est en tenant compte de cela, ainsi que de l'application des principes généraux dans la pratique, qu'il convient d'envisager les fonctions des principes généraux du droit.

3) Aux termes du paragraphe 1 du projet de conclusion 10, il est principalement fait recours aux principes généraux du droit lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie⁵¹. Ce libellé vise à traduire la tendance qui est observée dans l'examen de questions particulières, tant dans la pratique que dans la doctrine, et qui consiste à déterminer, dans un premier temps, s'il existe une règle conventionnelle ou une règle du droit international coutumier qui puisse apporter une solution, et à n'avoir recours aux principes généraux du droit que si les deux autres sources s'avèrent insuffisantes. L'expression « il est principalement fait recours » vise à indiquer qu'il ne s'agit pas de la seule façon de procéder et que, dans certains cas et en fonction des circonstances, on peut avoir directement recours aux principes généraux du droit.

⁵¹ Voir aussi Pellet et Müller, « Article 38 », p. 934 et 935 ; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres, Longmans, 1927), p. 85 ; F. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leyde, Martinus Nijhoff, 2008), p. 42 et 43 ; M. Bogdan, « General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations », *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), p. 37 à 53, aux pages 37 à 41 ; Yee, « Article 38 of the ICJ Statute and applicable law », p. 487 ; Bonafé et Palchetti, « Relying on general principles in international law », p. 162.

La Commission a ainsi cherché à éviter de donner l'impression que les principes généraux du droit jouaient un rôle secondaire par rapport aux traités ou à la coutume.

4) L'expression « les autres règles du droit international » désigne les traités et les règles du droit international coutumier. Le membre de phrase « ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie » vise à indiquer que les principes généraux du droit peuvent être appliqués lorsqu'une question n'est pas réglée du tout par les traités ou la coutume, ou dans les cas où les traités et la coutume n'apportent qu'une solution partielle et les principes généraux peuvent constituer un complément.

5) Il convient de noter qu'il n'existe pas toujours de principe général du droit susceptible de suppléer les lacunes des traités ou du droit international coutumier. On ne peut avoir recours à un principe général du droit de la manière décrite au paragraphe 1 du projet de conclusion 10 que dans la mesure où celui-ci peut être déterminé conformément au présent projet de conclusions.

6) Au paragraphe 2 du projet de conclusion 10 est énoncé, dans un premier temps, le constat factuel selon lequel les principes généraux du droit contribuent à la cohérence du système juridique international⁵². Si l'on peut dire que les règles découlant des autres sources du droit international concourent aussi à donner sa cohérence au système juridique international, certains principes généraux sont, semblerait-il, censés remplir plus directement cette vocation. Au nombre de ces principes on peut citer la règle *pacta sunt servanda*, la bonne foi, les principes de la *lex specialis* et de la *lex posterior*, le respect de la dignité humaine et les considérations élémentaires d'humanité.

7) Le paragraphe 2 mentionne aussi deux autres fonctions concrètes des principes généraux. L'emploi de l'expression « *inter alia* » vise à indiquer que les fonctions auxquelles il est fait référence ne sont pas exhaustives, tandis que la formule « peuvent servir » indique qu'il faut déterminer les fonctions des principes généraux au cas par cas, suivant la teneur et la portée des principes.

⁵² Voir la déclaration prononcée par M. Abdulqawi Ahmed Yusuf, Président de la Cour internationale de Justice, devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale, New York, 1^{er} novembre 2019, par. 37 (« La question de la cohérence du droit international est de nature existentielle pour cet ordre juridique. L'absence de législateur centralisé au plan international a souvent fait naître la crainte d'éventuels effets que pourraient avoir des contradictions entre normes juridiques internationales. On s'est également interrogé sur les lacunes dont souffrirait le droit international et, par suite, sur la possibilité que la Cour prononce un *non liquet*. Le recours aux principes généraux s'est avéré utile pour aider la Cour à résoudre ces deux problèmes structurels du processus normatif au sein de la société internationale et à promouvoir la cohérence. » [Traduction non officielle]). Voir aussi H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 113 (« Les principes visés [à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice] sont, ou en tout état de cause englobent, les principes sans lesquels aucun système juridique ne saurait fonctionner et qui font partie intégrante du raisonnement juridique » [Traduction non officielle]) ; R. Kolb, *Theory of International Law* (Oxford, Hart Publishing, 2016), p. 136 (« Du point de vue logique, il faut considérer que certains principes généraux sont censés concevoir un ordre juridique. Sans ces principes, la construction des sources s'enliserait dans un cercle vicieux » [Traduction non officielle]) ; T. Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), p. 106 (Les principes généraux du droit « constituent le socle même du système juridique [international] et sont indispensables à son fonctionnement » (où il est fait référence à B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*)) ; M. Andenas et L. Chiussi, « Cohesion, convergence and coherence of international law », dans M. Andenas *et al.* (dir. publ.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leyde, Brill, 2019), p. 10 (« les principes du droit constituent la force centripète venant mettre en évidence et renforcer le caractère systémique de l'ordre juridique. Deuxièmement, ils constituent un instrument de convergence intrasystémique dans la constellation des juridictions internationales, venant prévenir ou atténuer la fragmentation des approches retenues dans différentes branches du droit international en veillant à les maintenir dans la sphère du droit international général. Troisièmement, les principes du droit concourent à conférer au système sa cohérence intersystémique en rapprochant le droit international des systèmes de droit nationaux » [Traduction non officielle]).

8) L'alinéa a) dispose que les principes généraux du droit peuvent servir à interpréter et à compléter d'autres règles du droit international. La possibilité qu'il soit fait usage des principes généraux du droit à des fins d'interprétation est bien établie dans la pratique⁵³.

9) Le fait que l'on ait recours aux principes généraux du droit pour interpréter d'autres règles du droit international est attesté par l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui exige que l'interprète d'un traité tienne compte « [d]e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Dans son rapport, le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international explique que cette disposition traite du cas dans lequel des sources extérieures au traité sont pertinentes pour son interprétation, ces sources pouvant être notamment d'autres traités, des règles coutumières ou des principes généraux du droit⁵⁴.

10) Le verbe « compléter » qui figure à l'alinéa a) du paragraphe 2 du projet de conclusion 10 vise à englober d'autres cas dans lesquels un principe général du droit est appliqué en même temps qu'une règle conventionnelle ou qu'une règle du droit international coutumier⁵⁵.

⁵³ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, *Golder c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1975, série A, n° 18, par. 35 (« En son paragraphe 3 c), l'article 31 de la Convention de Vienne invite à tenir compte, en même temps que du contexte, "de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties". Parmi ces règles figurent des principes généraux de droit, notamment des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" [...] Le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 par. 1 (art. 6-1) doit se lire à leur lumière ») ; Organisation mondiale du commerce, *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, rapport de l'Organe d'appel, 6 novembre 1998 (WT/DS58/AB/R), *Rapports sur le règlement des différends 1998*, vol. VII, p. 2755, au paragraphe 158 (« Le texte introductif de l'article XX n'est en fait qu'une façon d'exprimer le principe de la bonne foi. Celui-ci, qui est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international, régit l'exercice des droits que possèdent les États. [...] notre tâche consiste en l'occurrence à interpréter le libellé du texte introductif, en cherchant d'autres indications à cet effet, s'il y a lieu, dans les principes généraux du droit international ») ; *États-Unis – Traitement fiscal des « sociétés de vente à l'étranger »* (note 20 *supra*), par. 142 (« Bien que ces instruments ne contiennent pas une définition uniforme de l'expression "revenus de source étrangère", il nous semble que l'on peut en dégager certains principes d'imposition largement reconnus. Afin d'établir la signification de l'expression "revenus de source étrangère" figurant dans la note de bas de page 59 de l'Accord SMC, qui est une disposition relative à la fiscalité et figurant dans un traité commercial international, nous estimons qu'il est approprié que nous nous appuyions sur ces principes largement reconnus, que beaucoup d'États appliquent d'une manière générale dans le domaine fiscal ») ; *Kupreškić* (note 23 *supra*), par. 609 (« La Chambre de première instance est ainsi amenée à déterminer quels actes non prévus à l'article 5 du Statut du Tribunal international peuvent être intégrés dans la notion de persécution. De toute évidence, il lui appartient de définir précisément la notion de persécution, en vue de déterminer si les crimes retenus en l'espèce en relèvent ou non. De plus, cette notion doit être compatible avec les principes généraux de droit pénal tels les principes de la légalité et de la spécificité. »). Voir aussi Cour centraméricaine de justice, *El Salvador v. Nicaragua*, arrêt du 9 mars 1917, dans *American Journal of International Law*, vol. 11 (1917), p. 674 à 730, à la page 728 ; *Furundžija* (note 23 *supra*), par. 180 ; *Kunarac* (note 26 *supra*), par. 437 à 460 ; arrêt *Delalić* (note 20 *supra*), par. 538.

⁵⁴ Rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 521, à la page 188, conclusions 17) à 20).

⁵⁵ Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, par exemple, la Cour internationale de Justice a jugé opportun d'appliquer les principes généraux du droit puisque les règles coutumières relatives à la protection diplomatique ne traitaient pas de la question spécifique de la relation entre les entreprises et les actionnaires ; elle a fait observer, en particulier, que « le droit international n'a[vait] pas fixé ses propres règles » en la matière (*Barcelona Traction* (voir *supra* la note 20)), p. 34 et 35, par. 38. Voir aussi *Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)* (voir *supra* la note 30), p. 675, par. 104. De même, en l'affaire du *Différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention OSPAR*, le tribunal arbitral, lorsqu'il a déterminé le droit applicable au différend, a fait observer qu'« il devait aller sans dire que le tribunal avait pour mission première d'appliquer la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR), et

11) Aux termes de l'alinéa b), les principes généraux du droit peuvent servir de fondement à des droits et obligations primaires, ainsi qu'à des règles secondaires et procédurales. Le terme « droits et obligations primaires » traduit l'idée que, comme toute autre source du droit international, les principes généraux du droit peuvent faire naître des droits substantiels et des obligations qui incombent aux États et à d'autres sujets de droit international, dont la responsabilité internationale peut être engagée en cas de non-respect⁵⁶. Les instruments juridiques et les décisions judiciaires mentionnent, à titre d'exemples de principes généraux, l'interdiction de l'enrichissement injustifié⁵⁷, le principe de l'*uti possidetis*⁵⁸, le principe selon lequel l'attribution d'un territoire entraîne *ipso facto* l'attribution des eaux dépendantes du territoire attribué⁵⁹, les principes qui sous-tendent la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁶⁰, l'interdiction de crimes au regard du droit international⁶¹, les considérations élémentaires d'humanité, la liberté des communications maritimes, l'obligation qui incombe à chaque État de ne pas permettre sciemment que son territoire soit utilisé aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États⁶² et le droit des enfants trouvés d'être présumés nés de ressortissants du pays dans lequel ils sont trouvés⁶³.

ajouté qu'un tribunal international, tel le tribunal arbitral, appliquait aussi le droit international coutumier et les principes généraux à moins pour autant que les Parties aient créé une *lex specialis* » (*Différend entre l'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention OSPAR*), Décision du 2 juillet 2003, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXIII, p. 59 à 151, à la page 87, par. 84). Voir aussi *Le Procureur c/ Dražen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-T, Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996, par. 26 (« La Chambre de première instance note que le Statut et le Règlement ne fournissent pas d'autre indication sur la durée de la peine d'emprisonnement encourue par les auteurs des crimes relevant de la compétence du Tribunal international, notamment des crimes contre l'humanité. Afin d'examiner l'échelle des peines applicables au crime contre l'humanité, la Chambre va identifier les caractéristiques propres à ce crime et les peines qui y ont été attachées par le droit international ainsi que par les droits nationaux, expressions de principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »).

⁵⁶ L'article 12 (Existence de la violation d'une obligation internationale) des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001 dispose ce qui suit : « Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine [...] de celle-ci ». On peut lire dans le commentaire, dans l'explication qui est donnée de la signification de l'expression « quelle que soit l'origine [...] de celle-ci », que « [d]es obligations internationales peuvent être établies par une règle coutumière de droit international, par un traité, ou par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international ». Voir *Annuaire ... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, aux pages 57 et 58, par. 3 du commentaire de l'article 12. Voir aussi *Annuaire ... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 74 à 81.

⁵⁷ *Sea-Land Service* (voir *supra* la note 20), p. 169.

⁵⁸ *Frontier Dispute* (voir *supra* la note 23), p. 565, par. 20 et 21.

⁵⁹ *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, Décision du 18 février 1977, Recueil des sentences arbitrales, vol. XXI, p. 53 à 264, à la page 145.

⁶⁰ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 23), p. 23 (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).

⁶¹ Voir le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations. »). Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (« Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. ») (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) (Convention européenne des droits de l'homme) (Rome, 4 novembre 1950), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, n° 2889, p. 221).

⁶² *Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 20), p. 22.

⁶³ *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC* (voir *supra* la note 20), p. 21.

12) La formule « règles secondaires et procédurales » retenue à l’alinéa b) vise à englober certains principes généraux du droit dont on peut dire qu’ils remplissent ces fonctions spécifiques compte tenu de leur contenu particulier.

13) Les tribunaux internationaux ont estimé que certaines règles secondaires de la responsabilité découlaient des principes généraux du droit, par exemple le principe de la *force majeure* comme cause d’exclusion de l’illicéité⁶⁴, l’obligation de réparer toute violation du droit international⁶⁵, l’obligation de payer des intérêts moratoires ou compensatoires⁶⁶, le principe *rebus sic stantibus*⁶⁷, et les principes gouvernant la succession de personnes dans le calcul de l’indemnisation⁶⁸.

14) Le terme « règles procédurales » désigne les règles qui régissent la procédure devant les juridictions internationales. Le principe de l’autorité de la chose jugée (*res judicata*), dans lequel les juridictions internationales ont vu à différentes occasions un principe général du droit, en est un exemple typique⁶⁹. On peut citer également, parmi les principes utilisés par les juridictions internationales, le principe *iura novit curia*⁷⁰, le principe dit de *compétence-compétence*⁷¹, la recherche d’un excès de mandat⁷², le principe selon lequel nul ne peut être juge dans sa propre cause⁷³, la règle de la charge de la preuve⁷⁴, l’admissibilité de la preuve indirecte⁷⁵ et la possibilité de rendre un jugement par défaut⁷⁶.

Conclusion 11

Relations entre les principes généraux du droit et les traités et le droit international coutumier

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

⁶⁴ Voir, par exemple, Cour européenne de justice, *Denkavit België NV c. État belge*, affaire 145/85, arrêt du 5 février 1987, Recueil de jurisprudence 1987, p. 565, et *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, affaire 101/84, arrêt du 11 juillet 1985, *ibid.*, 1985, p. 2629.

Voir aussi Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567, p. 3, art. 79 ; P. Schlechtriem (dir. publ.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 2^e éd. (traduit par G. Thomas) (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 600 à 626 ; art. 7.1.7 des Principes d’UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (Rome, UNIDROIT, 1994), p. 169 à 171 ; G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 306 à 320.

⁶⁵ Cour permanente de Justice internationale, *Affaire relative à l’usine de Chorzów (fond)*, arrêt du 13 septembre 1928, série A, n° 17, p. 29.

⁶⁶ *Affaire de l’indemnité russe (Russie, Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI, p. 421 à 447, à la page 441.

⁶⁷ *Questech* (voir *supra* la note 20), p. 122.

⁶⁸ *Aloeboetoe c. Suriname* (voir *supra* la note 20), par. 61 et 62.

⁶⁹ *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie* (voir *supra* la note 28), p. 100, aux pages 125 et 126, par. 58 à 61.

⁷⁰ Voir *supra* la note 47.

⁷¹ Cour permanente de Justice internationale, *Interprétation de l’accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, avis consultatif du 28 août 1928, série B, n° 16, p. 20.

⁷² *Région de l’Abyei* (voir *supra* la note 20), p. 299, par. 401 à 406.

⁷³ Cour permanente de Justice internationale, *Interprétation de l’article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne*, avis consultatif du 21 novembre 1925, série B, n° 12, p. 32 (où il est considéré que les paragraphes 6 et 7 de l’article 15 du Pacte de la Société des Nations sont l’expression de la « règle bien connue d’après laquelle nul ne peut être juge dans sa propre cause »).

⁷⁴ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, affaire n° ARB/02/13, sentence du 31 janvier 2006, par. 70 ff ; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, affaire n° ARB/00/5, sentence du 23 septembre 2003, par. 110 ; Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, sentence du 26 janvier 2006, par. 95 ; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, affaire n° ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, par. 56.

⁷⁵ *Détroit de Corfou* (voir *supra* la note 20), p. 18.

⁷⁶ *Sesay* (voir *supra* la note 48), par. 9 et 10.

2. Un principe général du droit peut coexister avec une règle de contenu identique ou similaire dans un traité ou en droit international coutumier.

3. Tout conflit entre un principe général du droit et une règle dans un traité ou en droit international coutumier doit être résolu en appliquant les méthodes d'interprétation et de résolution des conflits généralement admises en droit international.

Commentaire

1) Le projet de conclusion 11 précise certains aspects de la relation entre les principes généraux du droit, d'une part, et les traités et le droit international coutumier, d'autre part.

2) Aux termes du paragraphe 1 du projet de conclusion, les principes généraux du droit ne sont pas dans une relation hiérarchique avec les traités et le droit international coutumier. Cette formule s'inscrit dans le prolongement du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, qui énumère les trois sources du droit international sans laisser entendre qu'il existe entre elles une relation hiérarchique. En outre, les conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international⁷⁷ viennent aussi confirmer l'absence d'une telle hiérarchie⁷⁸.

3) Il convient de rappeler que, comme indiqué au paragraphe 1 du projet de conclusion 10, il est fait principalement recours aux principes généraux du droit lorsque les autres règles du droit international ne résolvent pas une question particulière en tout ou en partie. Comme expliqué dans le commentaire du projet de conclusion, cette règle rend compte de ce qui se produit le plus souvent, mais pas toujours, dans la pratique, et qui peut s'expliquer du point de vue du raisonnement juridique, et par suite de l'application du principe de la *lex specialis*⁷⁹. La Commission croit comprendre, néanmoins, que l'on ne peut pas déduire de cette pratique qu'il existe un lien hiérarchique entre les principes généraux du droit et les traités et le droit international coutumier. Les trois sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice jouissent de l'égalité de statut. Les principes généraux du droit peuvent s'appliquer directement ou en même temps que d'autres règles du droit international pour permettre d'interpréter ou de compléter celles-ci, comme indiqué dans le commentaire du projet de conclusion 10.

4) Le paragraphe 1 du projet de conclusion 11 énonce une règle du droit international général. Cela étant, il convient de noter que rien n'empêche les États d'établir, par exemple, un régime conventionnel prévoyant des modalités différentes, comme le Statut de Rome de

⁷⁷ Conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, *Annuaire ... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 182, par. 31 (« Les principales sources du droit international (traités, coutume, principes généraux de droit tels qu'ils sont énoncés à l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) ne sont pas *inter se* soumises à des relations hiérarchiques. »).

⁷⁸ Cette hypothèse est également admise, en règle générale, dans la doctrine. Voir, par exemple, Pellet et Müller, « Article 38 », p. 935 ; J. Dugard et D. Tladi, « Sources of international law », dans J. Dugard *et al.* (dir. publ.), *Dugard's International Law: A South African Perspective*, 5^e éd. (Le Cap, Juta & Company Ltd., 2018), p. 28 à 56, aux pages 28 et 29 ; Palchetti, « The role of general principles in promoting the development of customary international rules », p. 49 ; C. Bassiouni, « A functional approach to "general principles of international law" », *Michigan Journal of International Law*, vol. 11 (1990), p. 768 à 818, aux pages 781 à 783 ; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, p. 20 à 22 ; Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, p. 20 ; Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (note 24 *supra*), p. 121 et 122 ; V. D. Degan, *Sources of International Law* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1997), p. 5 ; T. Gazzini, « General principles of law in the field of foreign investment », p. 108.

⁷⁹ Voir, par exemple, *Droit de passage* (note 29 *supra*), p. 43 (« Étant parvenue à la conclusion que la manière de procéder suivie par les autorités britanniques et indiennes d'une part et portugaises de l'autre a constitué une pratique sur laquelle les Parties étaient bien d'accord et en vertu de laquelle le Portugal avait acquis un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, la Cour ne juge pas nécessaire de rechercher si la coutume internationale générale ou les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent conduire au même résultat. »).

la Cour pénale internationale⁸⁰ qui, en son article 21, semble établir une hiérarchie entre les différentes sources que la Cour applique et qui sont mentionnées dans cette disposition⁸¹.

5) Dans le droit fil de ce qui précède, le paragraphe 2 du projet de conclusion dispose qu'un principe général du droit peut coexister avec une règle de contenu identique ou similaire dans un traité ou en droit international coutumier. La Commission entend ainsi souligner que les principes généraux du droit sont une source distincte du droit international, dont la détermination répond à des exigences propres, et qu'il n'est pas porté atteinte à leur existence ni à leur applicabilité à titre de droit international général lorsqu'une règle conventionnelle ou une règle du droit international coutumier traite de la même question ou d'une question similaire.

6) Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un traité codifie un principe général du droit dans son intégralité : on peut alors retrouver la règle en question, de contenu identique, tant dans le traité concerné que dans les principes généraux du droit. En pareil cas, le principe général du droit peut continuer à éclairer l'interprétation et l'application du traité, et reste applicable à titre de droit international général entre les États parties et les États non parties au traité, et entre les États non parties au traité⁸². De même, un traité peut codifier un principe général du droit en partie seulement, auquel cas le principe en question doit être pris en considération aux fins de l'interprétation et de l'application de la règle conventionnelle concernée et reste applicable, en outre, entre les parties et les non-parties au traité⁸³. Des considérations du même ordre s'appliquent s'agissant du droit international coutumier, en fonction du contenu particulier de la règle coutumière en question⁸⁴. Un principe général du droit peut s'appliquer dans différents domaines du droit international, comme c'est le cas du principe de la bonne foi, et peut se convertir en une règle coutumière⁸⁵, mais un tel principe conserve néanmoins une existence et une applicabilité distinctes.

⁸⁰ Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.

⁸¹ Voir aussi l'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1520, n° 26363, p. 217).

⁸² On peut citer à ce propos l'exemple du principe *pacta sunt servanda*, consacré par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui peut s'appliquer en tant que règle conventionnelle entre les États parties à la Convention et en tant que principe général du droit entre des États parties et non parties à la Convention ainsi qu'entre les États non parties à la Convention. Il est dit dans le préambule de la Convention que « les principes du libre consentement et de la bonne foi et la règle *pacta sunt servanda* sont universellement reconnus ».

⁸³ Dans le principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*), par exemple, la Cour internationale de Justice a vu, à diverses occasions, à la fois un principe général du droit et une règle prévue par son Statut (*Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie* (voir *supra* la note 28), p. 125, par. 58 ; *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 v. Nicaragua)* (voir *supra* la note 50), p. 166, par. 68). Autre exemple, la Cour a évoqué la coexistence d'une règle énoncée par son statut et d'un principe général du droit en l'affaire *Nottebohm*, s'agissant du principe dit de *compétence-compétence* (affaire *Nottebohm (Exception préliminaire)*, arrêt du 18 novembre 1953, C.I.J. *Recueil* 1953, p. 111, à la page 120). S'agissant du principe *rebus sic stantibus*, le Tribunal des différends irano-américains a considéré que la notion de changement de circonstances dans son principe avait trouvé sa place dans tant de systèmes juridiques qu'on pouvait y voir un principe général du droit ; il a également constaté que cette notion était consacrée à l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et largement reconnue à ce titre (*Questech* (voir *supra* la note 20), p. 122). On peut aussi mentionner, à titre d'exemple, la doctrine de l'abus de droit, codifiée à l'article 300 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1833, n° 31363, p. 3), et les principes généraux du droit pénal codifiés dans la troisième partie du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

⁸⁴ Par exemple, le principe « *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* », codifié à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, peut être considéré à la fois comme une règle du droit international coutumier et comme un principe général du droit.

⁸⁵ Le principe général de la bonne foi a été codifié, par exemple, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (par exemple, art. 26 et 31). Le paragraphe 1 de la conclusion 2 des conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités, adoptées par la Commission, dispose que les règles énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le

7) Aux termes du paragraphe 3 du projet de conclusion 11, tout conflit entre un principe général du droit et une règle dans un traité ou en droit international coutumier doit être résolu en appliquant les méthodes d'interprétation et de résolution des conflits généralement admises en droit international. Ce paragraphe doit être lu conjointement avec les conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, sur lesquelles il repose. Les « méthodes d'interprétation et de résolution des conflits généralement admises en droit international » dont il est question dans le projet de conclusion renvoient aux principes tels que *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* et le principe d'harmonisation ainsi qu'aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En outre, il faut tenir compte des relations hiérarchiques reconnues découlant de la teneur de la règle (normes impératives du droit international général (*jus cogens*)), et de l'existence d'une disposition conventionnelle (comme l'Article 103 de la Charte des Nations Unies).

droit des traités sont également applicables à titre de droit international coutumier (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 10 (A/73/10)*, par. 51). Le principe de la bonne foi est également consacré par la Déclaration relative aux relations amicales.