

CHAPITRE XI LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT

Bibliographie sommaire : (B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London, Stevens, 1953 (rééd., Cambridge, 2005) ; P. BENVENUTI, "Principi generali del diritto, giurisdizioni internazionali e mutazioni sociali nella vita di relazione internazionale", *Mélanges Arangio-Ruiz*, t.I, 2004, p.295 ; A. BLONDEL, « Les principes généraux du droit devant la C.P.J.I. et la C.I.J. », in *Mélanges Guggenheim*, 1968, 201 ; A. CASSESE, « The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations », *Mélanges Li Haopei*, 2001, p.43 ; Sir H. LAUTERPACHT, « Private law sources and analogies of international law », London, 1927 ; Sir A. MC NAIR, « The general Principles of Law Recognized by Civilised Nations », *B.Y.I.L.*, 1957.1 ; F.A. MANN, « Reflexions on a Commercial Law of Nations », *B.Y.I.L.*, 1957.20 ; A. PELLET, « Recherche sur les principes généraux de droit international », Thèse Paris II, Mult., 1974 ; P. REUTER, « Les recours de la C.J.C.E. à des principes généraux de droit », *Mélanges Rolin*, 1964, 263 ; G. RIPERT, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1933-II, vol. 44.565 ; J. SALMON, « Les principes généraux du droit : une insaisissable source du droit applicable aux contrats d'Etat », *Mélanges R. Van der Elst*, 1986, II, p.717 ; O. SCHACHTER, *International Law in Theory and in Practice*, Dordrecht, M.Nijhoff, 1991, p.50 ; THIRLWAY, "Concepts, Principles, Rules and Analogies in International Law", *R.C.A.D.I.*, 2003, t.301, p.265 ; A. VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *R.C.A.D.I.*, 1935-II, t.52, p. 195 ainsi que « Les principes généraux de droit dans le système des sources de droit international public », *Mélanges P. Guggenheim*, 1968, 531 ; M. VIRALLY, « Le rôle des « principes » dans le développement du droit international », in *Mélanges Guggenheim*, *op. cit.*, 531 ; P. WEIL, « Principes généraux du droit et contrats d'Etat », *Mélanges B. Goldman*, 1982, p. 387 et s.).

1 — Une expression historiquement située

I. Son insertion dans le Statut de la C.I.J. — L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice mentionne « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » comme étant l'une des sources du droit international. Cette disposition fut insérée dans le statut de la C.P.J.I. élaboré en 1920 par le Comité de juristes de la Société des Nations. Il y eut à l'époque de très nombreuses discussions entre les éminents juristes composant le Comité et, finalement, cette formule représenta le compromis qui fut accepté à l'unanimité des participants. Cette expression fut suggérée par le représentant américain Root, à la suite d'une proposition initiale du Baron belge Descamps. Aux dires mêmes de ses promoteurs, cette référence devait constituer la manifestation concrète dans le droit international contemporain de l'idée de « droit naturel » qui n'a cessé d'être présente – sans doute avec une intensité variable – dans toute l'histoire du droit international, depuis son origine jusqu'à nos jours (voir *supra*, chapitre I).

Cet ouvrage est en vente chez votre libraire
et auprès des éditions A.Pedone
13 rue Soufflot 75005 Paris France

tel : + 39 (0) 1 43 54 05 97 - Email : librairie@apedone.net - site : www.pedone.info

LES NORMES NON ECRITES

2. Une expression historiquement située — Tout d'abord, on peut noter que cette formule « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » est quelque peu *malencontreuse* ou qu'elle est, du moins, très historiquement située, avec cette référence aux « nations civilisées ». Lors de l'élaboration du statut de la C.P.J.I. (en 1920), le sens de cette expression était clair : il s'agissait des principes reconnus par « les peuples jouissant de la civilisation européenne », pour reprendre une remarque de Frédéric De Martens. On rencontre là une vieille et, pourrait-on dire, classique idée des fondateurs du droit international et de ses glossateurs, à savoir que le droit international ne s'applique qu'à certaines collectivités étatiques, les collectivités « chrétiennes » ou « occidentales » ou « européennes », les rapports entre ces « pays civilisés » et les autres, non civilisés, les « barbares », n'étant pas réglés par le droit, mais simplement par la force. Il est à noter que personne ne demanda la suppression de ce membre de phrase lors des réunions qui conduisirent à l'adoption de la Charte de l'Organisation des Nations unies. Pourtant, cette expression est actuellement vivement critiquée, du moins dans sa formulation complète faisant référence aux « nations civilisées », ainsi qu'en témoigne par exemple, l'opinion du juge libanais Ammoun dans *l'affaire du plateau continental de la Mer du Nord* de 1969 (*Rec.*, p. 133-136).

3. Son lien avec la qualité étatique — Actuellement, le sens de cette formule doit être apprécié d'une manière bien différente. Par « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », il est maintenant communément admis qu'il s'agit des « principes » reconnus par les Etats en tant que tels et cela sans aucune coloration particulière, la constitution en « Etat » d'une collectivité déterminée étant supposée être la marque de la « civilisation juridique ». Autrement dit, tout Etat, par le fait même qu'il existe, se trouve dans la catégorie des « nations civilisées ». En bref, l'article 38, al. 1 c du statut de la C.I.J. doit se lire amputé de son dernier membre de phrase.

2 — Une expression aux sens multiples

4. Cinq sens différents — L'expression « principes généraux du droit » est susceptible de revêtir des sens extrêmement nombreux et variés. La consultation du « *Dictionnaire de la terminologie du droit international* » est sur ce point éclairante : on n'y relève pas moins de cinq sens principaux possibles.

5. Son assimilation au droit international commun ou général — i) Tout d'abord, par « principes généraux de droit », on peut entendre l'ensemble des règles de droit régissant les rapports internationaux, c'est-à-dire en fait, tout le *droit international commun*. La C.P.J.I., dans son arrêt célèbre dans l'affaire du *Lotus* (n°10 (ser. A)) adopta cette conception des principes généraux du droit. Pour elle : « Le sens des mots principes du droit international ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale.. ». Il n'est pas possible, ajoute la Cour, d'interpréter le terme « principes du droit international autrement que comme signifiant les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes et qui, partant, s'appliquent au même titre à toutes les parties contractantes » (p. 16-17). Telle fut aussi la conception de la C.P.J.I. dans son *Avis consultatif du 4 février 1932*

CHAP. XI. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

dans l'affaire du « *Traitement des nationaux polonais et al. sur le territoire de Dantzig* » (ser. A/B, n° 44, p. 23-24).

6. Son assimilation à une norme fondamentale du droit international — ii) Selon une deuxième conception, par « principe général du droit » il faut entendre une *règle fondamentale du droit international* qui n'ait de valeur ni coutumière ni conventionnelle. Les principes généraux du droit résulteraient alors « des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité, des exigences de la conscience publique », pour reprendre le préambule de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre signée à La Haye en 1899 et 1907.

7. Son assimilation à une norme générale — iii) Selon une troisième conception, un principe général de droit est seulement un moyen de qualifier une règle particulière du droit international afin d'insister sur sa *généralité et son importance*. La C.P.J.I. a utilisé l'expression « principe général de droit » dans ce sens dans l'affaire de l'*usine de Chorzow* (fond). Elle s'exprimait en ces termes : « La Cour constate que c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer » (Ser. A, n° 17, p. 29).

8. Son assimilation à des règles politico-juridiques — iv) Selon une quatrième conception, par principe général de droit, il faut entendre l'ensemble des *principes politico-juridiques* gouvernant les relations internationales contemporaines. C'est ainsi, par exemple, que sont parfois qualifiés les fameux principes dits de la « coexistence pacifique » qui furent posés pour la première fois, semble-t-il, dans le célèbre traité sino-indien du 29 avril 1954 ; celui-ci consacrait ces « cinq principes » (ou « panch sila ») fondamentaux que sont : le respect mutuel de l'intégrité territoriale et de la souveraineté, la non-agression mutuelle, la non immixtion mutuelle dans les affaires intérieures, l'égalité et l'avantage mutuels et la coexistence pacifique. Ces principes devaient être repris dans d'innombrables traités ou déclarations internationales solennelles. Ainsi les communiqués signés tout au long de l'année 1972 à la suite des réunions bilatérales au sommet marquant la « normalisation » des relations américano-chinoises, américano-soviétiques et sino-japonaises devaient faire le plus large emprunt à ces principes généraux ainsi entendus.

9. La conception contemporaine — v) Enfin, dans une cinquième conception, par principes généraux du droit, il faut entendre l'ensemble des principes communs aux grands systèmes de droit contemporains et applicables à l'ordre international. Il s'agit de la conception des principes généraux du droit qui est la plus communément acceptée actuellement et qui sera retenue ici. C'est la solution par ailleurs adoptée à l'article 21.1.C du Statut de la Cour pénale internationale où l'on fait référence aux « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentants les différents systèmes juridiques du monde ».

10. — Afin d'être en mesure de qualifier une norme quelconque de « principe général de droit », il faut que cette règle, de *procédure* ou de *fond*, soit présente dans tous les grands systèmes de droit, c'est-à-dire dans la famille romano-germanique, dans les pays de *common law*, dans les pays qui ont adopté un système « socialiste », voire dans les régimes juridiques à forte coloration religieuse (pays islamiques ou bouddhistes). Il faut, en outre, que ces règles de procédure ou de fond communes à

LES NORMES NON ECRITES

tous les grands systèmes de droit *puissent être transposées* dans l'ordre international en raison de leur généralité même. Au surplus, ces principes doivent être susceptibles de *recevoir une force obligatoire* ; autrement dit, ils doivent pouvoir recevoir la sanction de la règle de droit. Il ne doit pas s'agir de règles de bienséance, de convenance, de politesse internationales, en un mot de *courtoisie* (et sur ce point on ne peut que renvoyer aux développements précédents concernant les rapports entre la coutume et la courtoisie, voir *supra*, Chapitre X).

3 — Des principes controversés

Les principes généraux de droit ont toujours été au centre de nombreuses controverses doctrinales.

11. Une existence controversée — Le premier élément fondamental de la controverse porte sur *l'existence même* de ces principes généraux de droit. Existents-ils ou n'existent-ils pas ? Toute une partie de la doctrine nie l'existence de principes généraux de droit en tant que catégorie juridique autonome. Pour cette doctrine, les principes généraux du droit doivent être assimilés à des « coutumes générales ». Telle est la position de Georges Scelle par exemple dans son « manuel de droit international public » (p. 400). De tels auteurs notent que les principes généraux, pour exister, nécessitent la preuve des mêmes éléments que ceux qui doivent présider à l'existence d'une coutume : un élément matériel – les précédents – et un élément psychologique – la reconnaissance du caractère obligatoire de ces règles dans les divers droits positifs internes des Etats. Dès lors, ils estiment logique de ne pas différencier coutumes et principes généraux du droit. D'autres, au contraire, notent la spécificité de l'existence de ces principes généraux du droit. Ils remarquent que ces principes généraux du droit possèdent une particularité qui tient au milieu où ils prennent naissance. En effet, ils trouvent leur source dans le droit interne et ils sont destinés, du moins initialement, à y produire exclusivement leurs effets de droit. Comment ne pas noter ici que nombre de normes du droit international ne peuvent que provenir directement du droit interne émis par les Etats ? Ce phénomène d'emprunt qui n'a jamais cessé n'est pas pour étonner dans la mesure où l'ordre interne, plus achevé, a d'abord dû régler des problèmes qui, par la suite, se sont posés au niveau international : dans ces conditions, l'ordre interne a toujours servi de modèle et de cadre de référence normal et irremplaçable à l'ordre international.

12. Un sens controversé — Le deuxième élément de controverse porte sur le sens même qu'il convient de donner à cette expression « principes généraux du droit ». De précédents développements rappellent qu'il en existe des conceptions nombreuses dont l'une d'entre elles aboutit à en nier toute spécificité et donc la simple existence.

13. Un rôle controversé — Le troisième élément de controverse sur ces principes généraux du droit porte sur le *rôle* qu'il convient de leur accorder. Certains donnent à ces principes généraux du droit un rôle central parmi les sources du droit international et affirment leur « autonomie » (Mac Nair, Lalive). Ces principes généraux du droit seraient ainsi autonomes, notamment comme éléments importants du « droit transnational », droit transnational qui joue un grand rôle dans le droit international des contrats internationaux, ainsi que nous avons eu l'occasion de le

CHAP. XI. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

signaler plusieurs fois. D'autres, au contraire, n'accordent à ces principes généraux du droit qu'un rôle subsidiaire, marginal et transitoire. Pour eux, la vocation normale d'un principe général de droit, si même ils en admettent l'existence, est d'être par la suite *absorbé* dans une règle coutumière ou conventionnelle.

4 — Des principes fréquemment invoqués, mais rarement reconnus

14. — Les principes généraux du droit font l'objet d'invocations extrêmement fréquentes, alors qu'ils sont utilisés d'une manière très prudente, parcimonieuse, pourrait-on dire, par la jurisprudence internationale.

La doctrine, du moins celle qui leur est favorable, invoque très fréquemment l'existence de principes généraux du droit. Les représentants des Etats ou des organisations internationales dans leurs plaidoiries devant les tribunaux internationaux, les agents des gouvernements devant la Cour de La Haye, ne manquent pas d'y faire souvent référence. Il n'est pas jusqu'à certaines opinions individuelles ou dissidentes des juges de la C.P.J.I. et de la C.I.J. qui peuvent en apparaître comme de véritables défenses et illustrations.

En revanche, la Cour de La Haye ou les tribunaux arbitraux ont fait des utilisations très prudentes – et très inégales – des principes généraux du droit.

a) *La pratique arbitrale*

15. Une reconnaissance à éclipse mais grandissante de nos jours — Il y a – on ne peut s'empêcher de le noter – un certain paradoxe dans le recours aux principes généraux du droit par les arbitres internationaux. En effet, avant 1920, c'est-à-dire avant la reconnaissance officielle des principes généraux du droit comme source possible du droit international au titre de l'article 38 des Statuts de la nouvelle Cour permanente de justice internationale, les principes généraux du droit étaient assez fréquemment appliqués par la pratique arbitrale internationale. Les arbitres internationaux entendaient par là les *principes communs au droit interne des Etats civilisés et qui étaient transposables dans l'ordre international*. A l'époque, cette référence semblait s'imposer logiquement dans la mesure où le droit international, rudimentaire, était toujours dans une phase de formation et où seul le droit interne avait une existence complète, autonome, parfaite. Il était donc normal que les systèmes nationaux de droit des « pays civilisés » – et il y en avait peu alors – influencent fortement ce droit international en développement. Il n'y avait rien là de bien nouveau, ce phénomène ayant de tout temps existé ainsi que nous l'avons déjà souvent signalé.

Dans les années 1920-1930, on trouve encore un recours relativement fréquent aux principes généraux de droit dans la jurisprudence arbitrale, notamment dans celle des *tribunaux arbitraux mixtes*. En revanche, depuis 1945, les références aux principes généraux du droit dans la pratique arbitrale internationale sont de moins en moins nombreuses alors qu'on aurait pu penser que cette tendance à la reconnaissance des principes généraux du droit comme source fondamentale du droit international allait s'accroître. A cela, il faut toutefois apporter une réserve d'importance avec les sentences arbitrales rendues en matière de *contrats internationaux*, en particulier celles impliquant une partie étatique, qui n'ont cessé d'en faire le plus large usage (voir *supra* Chapitre V).

LES NORMES NON ECRITES

b) La pratique des Cours de La Haye

16. Une réticence certaine à leur usage — La C.P.J.I. et la C.I.J. ont rarement eu recours, du moins de façon claire et non ambiguë aux principes généraux de droit mentionnés à l'article 38 de leur statut. On notera, tout d'abord, que ni la C.I.J. ni la C.P.J.I. n'ont jamais visé formellement les principes généraux du droit au titre de l'article 38, si ce n'est de manière « négative ». Le plus souvent, la Cour de La Haye a mentionné les principes généraux du droit, mais d'une manière purement hypothétique et pour les exclure, en l'espèce. En outre, la Cour a parfois utilisé la notion de « principes », mais sans autre qualification (voir *supra*). En particulier, on a pu noter que la C.P.J.I. avait été *timorée* en la matière. Il semble, en revanche, que la C.I.J. soit moins réticente. La C.I.J. fit quelquefois des allusions explicites à des « principes généraux du droit » dans la mesure où les parties en litige en avaient fait un élément de leur argumentation, sans toutefois se pencher plus avant sur la question. Il en alla ainsi, par exemple, dans *l'affaire du droit de passage* en 1960 entre l'Inde et le Portugal (*Rec.*, p. 43) ou dans *l'affaire du Plateau continental de la Mer du Nord* de 1969 (*Rec.*, p. 21). Si, dans *l'affaire du Sud-Ouest africain* (arrêt au fond de 1966), la C.I.J. fit l'une des références les plus claires de toute sa jurisprudence à l'article 38, al. 1 c de son statut, ce fut, en l'occurrence, pour refuser de reconnaître l'existence d'un principe général du droit éventuel (*Réc.*, p. 47).

*c) La pratique de la Cour de Justice des Communautés Européennes
(maintenant Cours de l'Union Européenne)*

17. Un recours fréquent — On notera, pour terminer, qu'une Cour de justice Internationale, la *Cour de Justice des Communautés Européennes* de Luxembourg, fait un usage plus fréquent, voire systématique, des principes généraux de droit (voir J.P. SPITZER, « Les principes généraux de droit communautaire dégagés par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Gaz. Pal.* 26-27 novembre 1986 ; Y. GALMOT, « L'élaboration de la règle de droit par la C.J.C.E. grâce à la méthode du recours aux principes communs aux droits des Etats membres » in *Conseil d'Etat, Quel droit pour l'Europe ?*, La Doc. française, 1990, p. 193 et s.). Il faut noter qu'il y a là une tâche plus facile pour les juges de Luxembourg dans la mesure où les pays membres de l'U.E ont une assez forte homogénéité dans leurs systèmes juridiques et qu'il est ainsi plus aisé de déterminer la présence de règles de fonds ou de procédure, constituant une sorte de patrimoine, de fonds commun juridique européen.

18. Plan. Ces remarques générales étant faites, nous examinerons tout d'abord les problèmes liés à la détermination des principes généraux de droit (Section I), puis leur domaine d'application (Section II) et, enfin, nous verrons les fonctions qu'ils remplissent ou sont susceptibles de remplir (Section III).

SECTION I

LA DÉTERMINATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

19. Une méthode d'analyse analogue à celle de la règle coutumière — L'identification d'un principe général de droit relève d'un processus assez proche de celui de la détermination d'une règle coutumière marqué par le rôle central et controversé du juge ou de l'arbitre. C'est en effet à ce dernier qu'il incombe de