



HAL
open science

Principes généraux de droit international (et autres analogies) : réflexions sur les recours aux droits internes par le juge international en matière de réparation.

Tiphaine Demaria

► To cite this version:

Tiphaine Demaria. Principes généraux de droit international (et autres analogies) : réflexions sur les recours aux droits internes par le juge international en matière de réparation.. Le recours au droit comparé par le juge, Bruylant, pp. 79-95, 2014, 978-2-8027-4510-5. hal-03216694

HAL Id: hal-03216694

<https://hal.science/hal-03216694v1>

Submitted on 11 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

À LA CROISÉE DES DROITS

Droits international, comparé, européen

Directeur de collection : Rostane Mehdi

La collection répond au constat qu'il est, selon nous, plus que jamais indispensable de promouvoir le décloisonnement d'une recherche juridique segmentée à l'excès. Les clivages structurant traditionnellement l'enseignement et la recherche (droit public/droit privé, droit international/droit européen/droits nationaux, droit de la santé/droit de l'environnement/droit économique...) doivent être dépassés. En effet, ils ne fournissent plus nécessairement les outils intellectuels permettant de comprendre et de rendre compte de la complexité des phénomènes sociaux.

Déjà parus dans la collection

Volume 1

Laurence GAY, Emmanuelle MAZUYER, Dominique NAZET-ALLOUCHE, *Les droits sociaux fondamentaux : entre droits nationaux et droit européen*, 2006.

Volume 2

Olivier LECUCQ, Sandrine MALJEAN-DUBOIS, *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, 2008.

Volume 3

Thierry DI MANNO, Marie-Pierre ELIE, *L'étranger : sujet du droit et sujet de droits*, 2008.

Volume 4

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Joseph PINI, *Autour de la qualité des normes*, 2010.

Volume 5

Marie-Pierre LANFRANCHI, Olivier LECUCQ, Dominique NAZET-ALLOUCHE, *Nationalité et citoyenneté. Perspectives de droit comparé, droit européen et droit international*, 2012.

Volume 6

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Laurence GAY, Ariane VIDAL-NAQUET, *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, 2012.

Volume 7

Philippe AUVERGNON, *Droit social et travailleurs pauvres*, 2013.

À LA CROISÉE DES DROITS

Droits international, comparé, européen

LE RECOURS AU DROIT COMPARÉ PAR LE JUGE

Sous la direction de
Thierry Di Manno



bruylant

Pourtant, si l'expression n'est pas employée *expressis verbis* dans les décisions du Conseil constitutionnel (ni dans la Constitution d'ailleurs sauf une référence indirecte à l'article 88-2), l'on retrouve assurément toutes les composantes dans sa jurisprudence. L'on doit en effet considérer que ce que Robert Badinter qualifiait de garanties minimales de l'État de droit sont protégées par le juge constitutionnel (la tenue d'élections libres, le principe de la séparation des pouvoirs, l'indépendance de l'autorité judiciaire, une déclaration des droits fondamentaux, le pluralisme de la presse) (15).

Là encore, les difficultés d'une traduction (plurielle en l'espèce) ne doivent pas induire en erreur : certes, elles existent et ne doivent point être négligées en ce qu'elles sont susceptibles d'entraîner des confusions dans l'importation de concepts de systèmes à systèmes. Mais l'on observera cependant qu'elles n'excluent pas, là non plus, le comparable ; car les idées pour exprimer le concept à traduction difficile sont clairement exprimées à travers la protection des composantes essentielles de celui-ci.

Finalement – et pour conclure si j'ose employer ce verbe totalement inadapté pour le thème ici esquissé – le thème du recours au droit comparé par le juge ne peut s'abstraire (me semble-t-il) d'une réflexion sur la question de la communicabilité des ordres juridiques (ou espaces normatifs plus largement) et de ses répercussions sur le langage de la comparaison. Le juge en général – et le juge constitutionnel en particulier – sont confrontés à la charge de sens des mots qu'ils utilisent. Le nier serait réfuter l'évidence. L'ambition mesurée de cette contribution résidait tout entière en cela : souligner que le juge qui recourt au droit comparé devient comparatiste. Et que comme tout comparatiste, il doit relever le défi du langage et du processus de communication dans lequel il s'insère.

(15) cf. R. BADINTER, « Communication » au colloque *Où va l'Est*, 4^e Table ronde, « Quel État de droit pour garantir les libertés fondamentales ? », *Journal des Élections et Libération*, Libération Développement, 1990, p. 87.

**PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT
INTERNATIONAL ET AUTRES ANALOGIES.
RÉFLEXIONS SUR LE RECOURS AUX DROITS INTERNES
PAR LE JUGE INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE RÉPARATION**

PAR

TIPIHAINE DE MARIA(*)

Si « [l]e droit suprême de la famille des nations n'est pas le droit interne mais le droit international » (1), l'idée selon laquelle celui-ci – en partie, au moins – s'est construit sur l'analogie avec les droits internes de ses principaux sujets n'est pas nouvelle, et fort peu contestable (2). Le droit des traités comme celui de la responsabilité entretiennent encore aujourd'hui de grandes similitudes avec leurs équivalents gouvernant les relations intra-étatiques ou *infra-étatiques*.

Le raisonnement par analogie est, selon le *Dictionnaire de droit international* édité par Jean Salmon, la recherche d'une : « [r]essemblance [...] entre deux ou plusieurs actes ou situations juridiques. Cette ressemblance conduit à un raisonnement (raisonnement analogique) par lequel [...] on transpose l'application d'une règle d'une relation juridique qu'elle vise expressément à une relation juridique qu'elle ne vise pas expressément » (3).

L'analogie implique donc la recherche d'une situation juridique *analogue*, suivie d'un procédé abstraction-généralisation, c'est « l'expression d'une tendance assimilatrice qui détermine la pensée à rapprocher, malgré leurs dissemblances extérieures, des situations qu'unit entre elles "l'identité de raison juridique" » (4). Une déshydratation-

(*) ATER, Aix-Marseille Université, CERIC-DICE UMR 7318.

(1) *Opinion individuelle du commissaire Nielsen*, dans l'aff. *International Fisheries Co* (États-Unis c. Mexique), sentence de juillet 1904 (date non indiquée), *ISIA*, vol. IV, p. 709.

(2) H. LAUTERPACHT, *Private law sources and analogies of international law*, Londres, Longmans, 1927, 326 p.

(3) J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 63.

(4) Ch. DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, pp. 419-421 ; H. THIRLWAY, « Concepts, principes, règles et analogies : international and municipal legal reasoning », *RCADI*, vol. 204, 2002, p. 288.

réhydratation (5) qui transpose la situation de droit(s) interne(s) (dans notre cas) à l'ordre juridique international. Pour Robert Kolb, « l'analogie est une conclusion qui va (1) du cas particulier vers une règle (ou critère général) pour (2) conclure vers la solution du cas particulier » (6).

Le raisonnement par analogie examiné ici se limite au domaine de la responsabilité, et plus particulièrement à celui la réparation, qui est généralement présentée comme consistant à « effacer toutes les conséquences de l'illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (7), formulation largement retenue par les tribunaux internationaux, qui dispose de l'autorité qu'ont les *locus* d'une presque-centaine d'années. En d'autres termes, la réparation est le rétablissement du *statu quo ante* (8), et le « corollaire immédiat » (9) de la responsabilité. Certes, une « révolution conceptuelle » (10), initiée par Roberto Ago, a réduit les conditions et multiplié les conséquences de la responsabilité internationale, la réparation n'est peut-être plus sa raison d'être, mais elle en reste la conséquence principale. Ainsi que l'affirmait Paul Guggenheim, « le droit international doit une fois de plus se rapporter au droit interne. Ce sont donc les principes communs aux ordres juridiques des États civilisés qui trouvent leur application dans ce domaine » (11).

À vrai dire, l'affirmation d'Eagleton selon laquelle le droit international « ne prévoit pas de méthodes précises de mesure pour l'octroi d'indemnités » (12), soit rien de plus que le *dictum* de 1928, n'est peut-être plus vraie aujourd'hui, et celles-ci sont, de l'avis du rapporteur spécial de la Commission du droit international Gaetano Arangio-Ruiz, largement tirées des droits internes (13). Bien sûr, ces solutions ne sont

(5) P. WIEL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 145.

(6) R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 712.

(7) C.P.J.I., *Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne), fond, arrêté du 13 sept. 1928, *Série A*, n° 17, p. 47.

(8) *Armateurs Norvégiens* (Norvège c. États-Unis), sentence du 13 oct. 1922, *RSA*, vol. I, p. 338.

(9) J. CHAMPFORD, *Les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État*, Paris, Pedone, 2003, p. 242.

(10) A. PELLER, « La codification du droit de la responsabilité internationale : tâtonnements et affrontements », in L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DREMAS (dir.), *Liber amicorum G. Abi-Saab*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 290.

(11) P. GUGGENHEIM, « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 80, 1952, p. 145.

(12) C. EAGLETON, *The responsibility of States in international law*, New York, NYUP, 1928, p. 191.

(13) G. ARANGIO-RUIZ, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États », *A.C.D.I.* 1989, vol. II, 1^{re} partie, p. 11.

que d'*inspiration* interne, et sont « internationalisées », essentiellement par le prisme omniprésent que constituent les « principes généraux de droit international », mentionnés à l'article 38 § 1 c) du Statut de la Cour internationale de Justice (ci-après PGD) (14), la « troisième source » de droit international.

Et pour cause, l'analogie est à l'origine des principales solutions retenues par les juges internationaux en matière de réparation. Le principe de réparation du *lucrum cessans* (« gain manqué »), dès l'affaire *Antoine Fabiani* (15), celle de l'affaire *Delagoa Bay Railway Company* (16), ou encore du *Cape Horn Pigeon*, dans laquelle le tribunal fait référence au « principe général du droit civil, d'après lequel les dommages-intérêts doivent comprendre une indemnité [...] pour le gain dont on a été privé » (17). Cette inspiration se retrouve pour le principe de réparation intégrale lui-même (18), celui de l'exigence d'un lien de causalité (19), de réparation du préjudice moral (20), de l'octroi d'intérêt (21) ou encore de l'« obligation » d'atténuer le dommage (22).

Loin de nous la volonté d'affirmer que l'analogie, par le biais de ses vecteurs, est la source exclusive en ce domaine, ni d'établir un inventaire des solutions d'origines internes. Elle le fût peut-être, mais ces obligations *secondaires* sont aujourd'hui – pour l'essentiel – coutumières. Une multitude de raisons peuvent être avancées pour justifier la présence de ces analogies : la réparation présente de fortes similitudes dans ces deux *corps de règles*, la plupart des ces précédents fondateurs découlent d'actions en protection diplomatique (ou en représentation), les juridictions internationales ont *ipso facto* compétence pour déterminer les conséquences de la responsabilité, alors même que le droit international relatif aux obligations secondaires est resté longtemps discret.

(14) C'est uniquement à ces principes généraux, *stricto sensu*, qu'il est fait référence ici.

(15) *Antoine Fabiani* (France c. Venezuela), sentence du 31 juil. 1905, *RSA* vol. X, p. 89.

(16) *Delagoa Bay Railway Company* (États-Unis et Grande-Bretagne c. Portugal), sentence du 29 mars 1909, in H. LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, Berne, Stampfli & Co, 1902, p. 409.

(17) *Cape Horn Pigeon* (États-Unis c. Russie), sentence du 29 nov. 1902, *RSA* vol. IX, p. 65. Voy. aussi A. VON VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, vol. 52, 1935, pp. 211-212.

(18) *Lusitania* (États-Unis c. Allemagne), sentence du 1^{er} nov. 1923, *RSA* vol. VII, p. 32.

(19) M. STRAUS, « Causation as an element of state responsibility », *Georgetown JIL*, n° 16, 1984, p. 896.

(20) *Lusitania*, *op. cit.*, p. 35.

(21) *Indemnité Russe* (Russie c. Turquie), CPA, sentence du 11 nov. 1912, *RSA* vol. XI, p. 442.

(22) C.J.C.E., *Mulder a. a. c. Conseil et Commission*, arrêté du 19 mai 1993, C-104/89 et C-37/90, *Rec. p.* 1-3061, § 33.

Le raisonnement par analogie, lorsqu'il repose sur le(s) droit(s) interne(s), est à géométrie variable : il s'exprime dans plusieurs procédés (I), qui aboutissent à des caractéristiques qui sont – pour l'essentiel – analogues (II).

I. – LES PROCÉDÉS ANALOGIQUES

A priori, le raisonnement par analogie n'est pas utilisé librement par le juge international. Il obéit à un régime et des caractéristiques déterminés, qui sont fonctions du procédé utilisé. Son principal vecteur sont les « principes généraux de droit international » (A). Par ailleurs, si, comme l'affirme Jean Salmon, « le juge avoue rarement avoir recours à l'argument d'analogie », tout comme il est difficile de « déterminer où commence la règle nouvelle » (23), le rôle interprétatif de l'analogie est indéniable, quoique moins discernable en matière de réparation (B).

A. – Principes généraux de droit international

Le raisonnement analogique est au cœur de la recherche des principes généraux de droit, source à laquelle les juridictions internationales ont (quasi) unanimement recours. En effet, ces principes dégagés par le juge international reposent à la fois sur des situations appliquées *in foro domestico* (i.e par le droit interne des « nations civilisées ») ; en second lieu, ils sont « transportables à l'ordre international » selon l'heureuse expression du *Dictionnaire Basdevant* (24). Dans son cours, D. Anzilotti disait à ce sujet que « l'analogie en est l'instrument premier et fondamental » (25). En définitive, le principe général est la finalité, l'analogie la méthode. Dans son opinion individuelle dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain*, le juge Tanaka déclarait : « [a]u départ, les principes généraux sont censés être des principes de droit privé dégagés grâce à la méthode du droit comparé et applicable par analogie à des questions de droit international » (26).

La jurisprudence a pu être tout aussi explicite : dans l'affaire de l'*Indemnité Russe*, le Tribunal avançait que « [d]ès l'instant où le Tribunal

(23) J. SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », in *Mélanges Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, respectivement p. 510 et p. 508.

(24) Cité par P. WEIL, *op. cit.*, p. 147.

(25) D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (1929), Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 117.

(26) (Libéria et Éthiopie c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt du 18 juil. 1966, *Rec.* 1966, pp. 295-296.

a reconnu que, d'après les principes généraux et la coutume en droit international public, il y avait similitude de situation entre un État et un particulier débiteur d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi par analogie, les règles du droit privé » (27).

Il est donc clair que l'analogie est le raisonnement qui conduit à la détermination d'un PGD (2S). Or, elle nécessite une démarche comparative préalable (29), dont la teneur est difficilement discernable, tant le jeu du juge international ne semble pas celui des *locus* pédagogiques.

Ce recours aux principes généraux est généralisé, ce fût le cas avant même la création de la Cour permanente et donc la rédaction, par le « Comité de juristes » de 1920, du Statut (et de l'article 38) (30). On peut soutenir que l'article 38 § 1 c) est lui-même coutumier, et que cette possibilité est ouverte sans texte dès lors qu'il est fait référence au « droit international ». Les cours mondiales (C.P.J.I. et C.I.J.) se sont, à vrai dire, peu référées explicitement aux articles 38 § 3 et 38 § 1 c) de leurs statuts respectifs. Tout au plus l'ont-elles fait pour en rejeter l'application comme la C.I.J. dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (31) ou du *droit de passage* (32). Leurs juges, dans leurs opinions individuelles, s'y réfèrent de manière bien plus abondante, à l'image d'Anzilotti dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* (33), relativisant l'aversion supposée des positivistes à l'égard de cette source.

Les tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI y font fréquemment appel (34), qu'ils associent souvent à une référence expresse à l'article 38 § 1 c) du Statut de la Cour internationale de justice (35). La Cour

(27) *Indemnité Russe* (Russie c. Turquie), CPA, sentences du 11 nov. 1912, *RSA* vol. XI, p. 446.

(28) A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse dactyl., Paris, 1974, pp. 282 et s. ; J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2010, p. 109 ; R. KOLB, *op. cit.*, p. 733 ; D. CARICAU, *Droit international public*, Paris, Pedone, 10^e éd., 2009, p. 275 ; A. VON VERDROSS, *op. cit.*, p. 205.

(29) J. ELLIS, « General principles and comparative law », *EJIL*, vol. 22, 2011, pp. 945-971.

(30) A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.*, p. 26 et s. ; Voy. notamment, *ex multis* : Yulle, *Shorridge et Cie*, (Royaume-Uni c. Portugal), sentences du 21 oct. 1861, *RAI*, vol. II, pp. 78-118 ; *Cape Horn Pigeon*, *op. cit.*, p. 65 ; *Antoine Pabiani*, *op. cit.*, p. 83.

(31) (Libéria et Éthiopie c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt du 18 juil. 1966, *Rec.*, 1966, p. 47.

(32) *Droit de passage sur le territoire indien* (Portugal c. Inde), fond, arrêt du 12 avr. 1960, *Rec.* 1960, p. 43.

(33) (Pays-Bas c. Belgique), arrêt du 28 juin 1937, Série A/B, p. 50.

(34) V.T. GAZZINI, « General principles of law in the field of foreign investment », *Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, 2009, pp. 103-119. Sur le droit applicable au contentieux en la matière, voy. F. LARRY, « Arbitrage transnational et droit international général », *A.R.D.I.*, 2008, pp. 467-482. Il s'agit ici des principes généraux de droit international constitués uniquement en vertu de celui-ci.

(35) *E.g. Total c. Argentine*, sentence du 27 déc. 2010, CIRDI, n°ARB/04/1, § 128 ; *Merrill & Ring Forestry c. Canada*, ALBENA/CNUDCI (CIRDI), sentence du 31 mars 2010, §§ 183-187.

interaméricaine des droits de l'Homme fait une référence expresse au même article dans l'arrêt *Aloeboetoe c. Surinam*, dans lequel elle consacre le caractère *coutumier* et fondamental de l'obligation de réparer (36), mais utilise les principes généraux pour déterminer précisément les bénéficiaires potentiels de cette obligation : « Consequently, the Court has no alternative but to apply general principles of law (Art. 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice). [...] It is a norm common to most legal systems that a person's successors are his or her children. It is also generally accepted that the spouse has a share in the assets acquired during a marriage ; some legal systems also grant the spouse inheritance rights along with the children. If there is no spouse or children, private common law recognizes the ascendants as heirs. It is the Court's opinion that these rules, generally accepted by the community of nations, should be applied in the instant case, in order to determine the victims' successors for purposes of compensation » (37).

La C.E.D.H., outre la référence aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » à l'article 7 § 2 de la Convention, qui vise particulièrement les principes de droit pénal, utilise la recherche comparative à d'autres desseins (interprétation *consensuelle* notamment), extérieurs à la découverte d'un principe général. En matière de réparation, celle-ci a tendance à s'arrêter à la *lex specialis* de l'article 41, la « satisfaction équitable », même si elle a pu recourir au *dictum* de l'*Usine de Chrozów* (38). Aux fins d'interprétation de l'article 50, elle a généralement refusé d'appliquer, par analogie, les solutions internes (e.g. la règle « costs follow the events », dans l'arrêt *Sunday Times* (39)). Une isolation et une imperméabilité que l'on peut, avec d'autres, regretter (40). Bien sûr, le recours aux PGD est très fréquent dans la pratique arbitrale, et même en droit de la fonction publique internationale (41).

(36) Cour internam. D.H., *Aloeboetoe c. Surinam*, arrêt sur la réparation du 10 sept. 1993, Série C, n° 15, p. 11, § 43. Voy. à ce sujet, et sur cette affaire en général : M. PINTO, « La réparation dans le système interaméricain des droits de l'Homme. À propos de l'arrêt *Aloeboetoe* », *A.E.D.H.*, 1996, pp. 733-747.

(37) *Ibid.*, p. 15, §§ 61-62 (nous soulignons).

(38) C.E.D.H., *Papamichalopoulos c. a. c. Grèce* (article 50), 31 oct. 1995, req. 14556/89, Série A, n° 330-B, § 36.

(39) (article 50), arrêt du 6 nov. 1980, req. 6538/74, Série A, n° 38, § 16.

(40) G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 125 ; Voy. aussi P. TAVENNER, « Contribution de la Cour européenne des droits de l'Homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – une remise en cause nécessaire – (1) », *Rev. trim. dr. h.*, n° 72, 2007, pp. 941-966 ; H. TIGROUDA, « Le droit de la réparation en question : de la nécessaire affirmation de la fonction réparatoire de la responsabilité de l'État », *Rev. trim. dr. h.*, n° 53, 2003, pp. 223-260.

(41) A. PILLART, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, op. cit., pp. 150 et s.

B. – Autres analogies

C'est bien par la recherche d'une situation analogue, ainsi « transportée » au droit international de la réparation que les juridictions internationales découvrent les principes généraux. Mais un autre procédé analogue est tout aussi utilisé en matière de réparation : l'analogie interprétative (1). Enfin, il est des décisions dans lesquelles le juge international transpose, purement et simplement, des solutions juridiques internes (2).

1. Analogie « interprétative »

Théoriquement, l'analogie interprétative (ou interprétation *a pari*) intervient dès lors que l'instrument est obscur, pour en « préciser le sens et la portée » (42). Cela est soutenable conceptuellement, mais difficilement lisible *in concreto* dans la mesure où largement tributaire de la perspective choisie. En d'autres termes, ce procédé « risque de déborder le cadre étroit de l'interprétation au point de devenir l'élaboration de normes nouvelles » (43).

Partant, hormis le recours aux principes généraux, le recours à l'analogie aboutissant à la « création » de droit et d'obligations est généralement rejeté en doctrine (44). Tout au plus est-elle admise pour corroborer des interprétations fondées plus sûrement sur l'article 31 de la Convention de Vienne, elle est alors une technique interprétative corroborative à l'inverse très courante (45), utilisée à titre confirmatif aux fins d'interprétation, et basée sur l'identité des termes ou la similarité des situations, bien qu'elle soit parfois purement interprétative (46). Ceci étant, l'interprétation *a pari* peut en tout état de cause s'effectuer à partir d'autres sources du droit international (47), souvent d'autres traités (48). Elle est dans tous les cas le dernier recours du juge (49). Dans l'affaire du *Wimbledon*, la Cour de La Haye rapproche les « précédents » constitués par les canaux de Suez et de Panama au statut

(42) S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 67.

(43) Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, t. I, Paris, Sirey, 1970, p. 275.

(44) *Ibid.*

(45) Voy. les exemples cités par R. KOLA, op. cit., pp. 715 et s. ; J. SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 64.

(46) *Ibid.*

(47) J. SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », op. cit., pp. 514-515.

(48) *Ibid.*

(49) M. JOICU, *De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationale*, Paris, Pedone, 1935, p. 157.

du canal de Kiel (50) récemment internationalisé. Ainsi, le raisonnement analogique *identité des fonctions - principe général - application particulière* est bien discernable (51). Cependant, il ne sera pas question de ces analogies intrinsèques au *jus gentium*, mais uniquement de celles impliquant un élément *extrinsèque* : une situation juridique de droit interne.

La Cour internationale de Justice elle-même a pu y recourir, lorsqu'elle affirme, dans l'avis sur les *effets des jugements du tribunal administratif Nations Unies accordant indemnité*, certes *a contrario*, qu'« il est de pratique courante pour les législatures nationales de créer des tribunaux qui ont la capacité de rendre des décisions liant le législateur qui les a créés » (au sujet des relations entre l'Assemblée générale et le Tribunal administratif) (52).

On peut d'ailleurs retrouver ce type d'argumentation par analogie *a contrario* dans l'affaire de la *Provident Mutual Life Insurance* (53). Bien souvent, cette technique d'analogie confirmative, positive (e.g. arbitrage *Salem* (54)) ou négative, est à la fois une stratégie de support interprétatif et un enrichissement de l'argumentation - et donc de la légitimité - de la décision.

En outre, l'interprétation *a pari* peut être indirecte : l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, inclut, dans les règles pertinentes de droit international aux fins d'interprétation (« règles de droit international applicables entre les parties »), les principes généraux au sens de l'article 38 § 3 c) du Statut de la Cour (55). *In fine* donc, le droit comparé peut avoir une fonction interprétative, utilisé par le truchement de l'article 38 § 1 c), c'est en ce sens que l'analogie est indirecte. Ce lien est effectué par la Cour eur. D.H. dans l'affaire *Golder c. Royaume-Uni* (56), et peut constituer un outil d'interprétation important, car si l'on suit cette idée, l'application des principes généraux en matière de réparation dans l'affaire *Aloeboetoe* précitée par la Cour interam. D.H. l'est au fin d'interprétation de l'article 63 § 1 de la Convention de San Jose (relatif à la réparation). Aussi peut-on considérer que le T.F.U.E., en faisant référence

(50) *Série A*, n° 1, p. 24 ; Ch. ROUSSRAU, *op. cit.*, p. 275.

(51) J. SALMON, « Le raisonnement par analogie en droit international public », *op. cit.*, p. 508.

(52) C.I.J., avis du 13 juil. 1954, *Rec.*, 1954, p. 61.

(53) *États-Unis c. Allemagne*, sentence du 18 sept. 1924, *RSA* vol. VII, p. 116.

(54) *États-Unis c. Égypte*, sentence du 8 juin 1932, *RSA* vol. II, p. 1213.

(55) OMC, *États-Unis Prohibition de l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport de l'Organe d'appel, 12 oct. 1998, WT/DS58/AB/R, § 158.

(56) Req. 4451/70, 21 fév. 1975, *Série A*, n° 18, p. 17, § 35.

aux PGD, confie une tâche d'interprétation du traité à la C.J.U.E., par le biais des principes généraux communs, idée affirmée par la Cour elle-même (57). Finalement, il est clair que « les principes ont vocation [...] à interpréter les règles conventionnelles ou coutumières existantes » (58) trop imprécises, comme l'affirmait déjà Louis Le Fur (59), s'abstenant certes du liant, quoique l'on puisse le considérer comme implicite.

2. Analogie « sauvage »

Qu'en est-il de l'utilisation du droit interne sans passer par le prisme de l'article 38 § 1 c), et s'affranchissant de la condition de représentativité imposée par celui-ci ? Parfois, le juge international applique, *mutatis mutandis*, des situations juridiques appartenant à un système particulier, comme celui d'un État donné. Dans l'affaire de la *Fonderie du Trail*, le tribunal considère que : « [t]here are, however, as regards both air pollution and water pollution, certain decisions of the Supreme Court of the United States which may legitimately be taken as a guide in this field of international law, for it is reasonable to follow by analogy, in international cases, precedents established by that court in dealing with controversies between States of the Union » (60).

C'est d'ailleurs guidé par la *case-law* de la Cour suprême que ce tribunal tranchera les questions d'indemnisation (61), bien qu'en l'occurrence il soit très clairement autorisé par les Parties à recourir au droit américain (62). C'est notamment quant à l'allocation d'intérêts, qui est une question très spécifique, que sont survenues ces situations, excluant *ipso facto* la qualification de principe général, par exemple dans l'affaire de la *Delagoa Bay Railway Company* (63) ou celle des *Propriétés religieuses* (64)

(57) *Brasserie du pêcheur et Factortame*, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, p. I-1144, § 27.

(58) A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit*, *op. cit.*, p. 398.

(59) L. LE FUR, « La coutume et les principes généraux du droit comme source du droit international public », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 3, Paris, Sirey, 1934, p. 362. Voy. aussi, R. B. SCHLESINGER, « Research on the general principles of law recognized by civilized nations », *A.J.L.L.*, vol. 51, 1957, p. 735.

(60) *Trail Smelter arbitration* (Canada c. États-Unis), sentences des 16 avr. 1938 et 11 mars 1941, *RSA* vol. III, p. 1964.

(61) L. G. GREEN, « Comparative law as a source of international law », *Tulane Law Review*, vol. 42, 1967, p. 57.

(62) *op. cit.*, p. 1938.

(63) *Delagoa Bay Railway Company* (États-Unis et Grande-Bretagne c. Portugal), sentence du 29 mars 1900, *Pasivistic internationale*, *op. cit.*, p. 409.

(64) *Affaire des propriétés religieuses* (France, Royaume-Uni, Espagne c. Portugal), sentence du 4 sept. 1920, *RSA* vol. I, p. 14. Voy. C. GUY, *Judicial remedies in international law*, Oxford, Clarendon Press, 1960, p. 7. L'auteur dénie en outre le caractère systématique du recours aux droits internes.

dans lesquelles le taux d'intérêt fixé par le tribunal fût celui de l'État responsable. Les références au seul droit Vénézuélien sont également multiples dans la sentence *Metzger* (65). Dans ces circonstances, les clauses de droit applicable revêtent une importance fondamentale.

Ainsi, lorsque qu'une question relative à la réparation implique un degré trop élevé de technicité ou de précision, il est souvent impossible de « découvrir » un principe général, faute de convergence des solutions nationales, la plume du juge s'en remettant au recours « sauvage » à l'analogie. Cela semble être le cas pour le lien de causalité. Si son caractère positif ne fait aucun doute, au moins en tant que principe général (66), celui des conditions de sa détermination est plus discuté. La question tenace des dommages directs et indirects (67) issue des *Alabama claims* est originellement transposée d'une conception civiliste de cette exigence, quand il n'était pas fait référence à la *causa proxima* du droit romain (affaire *Newchwang*) (68). L'appréciation actuelle est largement fondée sur le droit anglo-américain, en premier lieu les *critériums* d'appréciation. Dans sa décision n° 7, la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie déclare que : « Eritrea argued that the connection was better described in the most familiar lexicon of "proximate cause", although it acknowledged that this term was not a perfect expression of the required relationship. Again, this formulation is not a general principle of law or a rule of customary international law, and Eritrea did not contend otherwise » (69).

Si ce n'est un principe général, la Commission admet implicitement adopter une position causale propre aux systèmes de *common law*. Certes, cette affirmation peut-être – s'il n'est pas lieu de le faire ici – discutée (car la *proximate cause* a déjà été consacrée en tant que principe général) (70).

Nous agréons partiellement, dans la mesure où ces analogies ne sont pas systématiques, mais bien souvent fondatrices.

(65) *Metzger* (Allemagne c. Venezuela), 1903 (date non indiquée), *RSA* vol. X, p. 419. Pour d'autres exemples, voy. C. GRAN, *op. cit.*, p. 7.

(66) *Joseph Charles Lemire c. Ukraine*, sentence du 28 mars 2011, CIRDI, n° ARB/06/18, § 155. Voy. aussi l'opinion dissidente de l'arbitre Voss.

(67) Voy. notamment A. HAUROU, « Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux », *RGDIP*, 1924, pp. 209-231.

(68) *Grande Bretagne c. États-Unis*, sentence du 9 déc. 1921, *RSA* vol. VI, p. 68.

(69) *Decision n° 7, (guidance regarding jus ad bellum liability)*, p. 2, § 9, (*notre soulignement*).

Disponible à l'adresse suivante : www.pca-cpa.org.

(70) La Commission mixte États-Unis/Allemagne s'était revendiquée d'une « application of the familiar rule of proximate cause – a rule of general application both in private and public law » (Sentence du 1^{er} nov. 1923, *RSA* vol. VII, p. 29, si l'intention de fait pas de doute, la Commission ne fait pas de référence explicite aux principes généraux, pourtant applicables

Il est en fait difficile de discerner le support de ces analogies « sauvages » : interprétation (du droit non-écrit, notamment), équité, ou création pure et simple ; et plus généralement de déterminer avec précision création et d'interprétation, dans l'absolu d'une part, et d'autre part car il est difficile de distinguer, là où le juge ne distingue pas.

II. – LES CARACTÈRES DE L'ANALOGIE

Il existe deux caractères principaux du recours à l'analogie, l'un est propre à son utilisation : elle n'intervient qu'à titre supplétif et *a priori* temporaire (A). L'autre est relatif à son existence : en ce qui nous concerne, l'argument d'analogie repose sur une assise domestique (B).

A. – Caractères supplétif et transitoire

Les caractères – de même de que la méthodologie – applicables sont assurément issus du régime lié aux vecteurs de l'analogie en question, mais sa fonction est supplétive (1) et transitoire (2).

1. Caractère supplétif

L'inspiration de situations juridiques extrinsèques, quel qu'en soit le vecteur, est par définition subsidiaire, utilisée en cas de « lacune », dans le sens, soutenu par L. Siorat, où il n'existe ni traité, ni coutume (71). La Cour interaméricaine a rappelé ce caractère des principes généraux dans l'affaire *Aloeboetoe*, en ce qu'elle n'avait pas « d'autres alternatives » (72) à un tel recours. Doctrine et jurisprudence s'accordent sur cette question (73), dans le respect du vœu des juristes de 1920 (74). Concernant l'interprétation par analogie, la conclusion est

en l'espèce, *ibid.*, p. 28) ; conforté par « [t]he usages, customs, and laws of civilized countries », *Provident Mutual...*, *op. cit.*, p. 112. Par ailleurs, les critères (prévisibilité et normalité) qui découlent de cette conception de l'exigence causale peuvent se retrouver, peu ou prou, dans les systèmes romano-germaniques comme de *common law*. Voy. *Amco Asia c. Indonésie*, sentence du 20 nov. 1984, CIRDI, n° ARB/81/1, *ILR*, vol. 89, 1992, § 269 ; A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations-Unies et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 408 ; P. D'ARGENT, J. D'ASPERMONT, « La commission des réclamations Érythrée/Éthiopie : un premier bilan », *A.R.D.I.*, 2007, p. 387.

(71) L. SIORAT, *Le problème des lacunes en droit international public*, Paris, L.G.D.J., p. 126.

(72) Cour interam. D.H., *Aloeboetoe c. Surinam*, arrêt sur la réparation du 10 sept. 1993, *Scie C*, n° 15, p. 15, § 61 (*notre traduction*).

(73) A. PELLET, *Recherches sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.*, p. 396 ; L. LE FUR, *op. cit.*, p. 372 ; B. CHENG, *op. cit.*, p. 390.

(74) A. PELLET, *ibid.*

généralement similaire (75). Et même lorsqu'il n'est fait référence qu'à un seul système : « international tribunals have had occasion to refer to some system of local law in order to fill a gap or lacuna in international law, thus preventing the embarrassment of declaring a *non liquet* » (76).

Or, le domaine de la réparation est désormais « codifié » (77) par les articles de la Commission du droit international, et la présence de cet instrument devrait faire ombrage, et rendre superflues les analogies dans le domaine de la réparation. Ceci étant dit, on doit considérer en toute logique que ces principes subsistent à leur codification, comme la coutume (78), quand bien même ils seraient eux-mêmes « codifiés » par une coutume, d'ailleurs (79).

Ce caractère supplétif peut néanmoins être relativisé. D'une part, le recours à l'interprétation *a pari* et aux principes généraux en interprétation n'est pas purement subsidiaire, mais complémentaire. D'autre part, il n'est pas rare que les juridictions s'appuient sur un principe général alors même que la coutume est – ou semble – cristallisée. L'affaire *Total* est particulièrement expressive à ce sujet. Pour déterminer si le traité bilatéral Franco-Argentin de protection des investissements protège les « attentes légitimes » de l'investisseur étranger (80), le Tribunal examine (comme découlant du principe de bonne foi) les principes généraux : « [t]he concept of legitimate expectations is based on the requirement of good faith, one of the general principles referred to in Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice as a source of international law, the Tribunal believes that a comparative analysis of the protection of legitimate expectations in domestic jurisdictions is justified at this point » (81).

(75) M. JOKL, *op. cit.*, p. 157.

(76) L.G. GREEN, *op. cit.*, p. 57.

(77) Rappelons que la C.I.J. a « consacré » la valeur positive des articles 31 et 36 en 2007 dans l'affaire du *Génocide* (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, fond, arrêt du 26 fév. 2007, C.I.J., *Rec.*, 2007, pp. 233-234, § 460, cf. A. PRULET, « Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale », in M. COHEN, B. KOLB, D.L. TEHINDRAZANARIVELU, *Libet amicorum Christian Dominicé*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 321-345.

(78) C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis), fond, arrêt du 27 juin 1986, *Rec.*, 1986, p. 94, § 175.

(79) H. ASCENSO, « Principes généraux du droit », *Rep. Intern.*, 2004, § 32.

(80) En présence d'une clause-type ALENA, la référence « fair and equitable treatment in conformity with the principles of international law » souvent interprétée comme faisant référence au droit coutumier, un *standard minimum* « figé » depuis les années 1920 et l'affaire *Neer* (sentence du 15 oct. 1926, *États-Unis c. Mexique*, *RSA* vol. IV, p. 60).

(81) *Total c. Argentine*, *op. cit.*, § 128. Nous soulignons. Disponible, comme l'ensemble des sentences CIRDI citées ici, sur italaw.com.

Le Tribunal n'a pas eu recours à de longs considérants autour de la coutume, comme ont pu le faire d'autres formations arbitrales à ce sujet (82). Vraisemblablement, cela révèle une certaine commodité dans l'usage des principes généraux en lieu et place de la norme coutumière, plus difficile à établir et à justifier.

Bien sûr, une analogie ne peut s'opposer à une règle de droit positif (entendue comme coutumière ou conventionnelle) contraire. Ce correctif est précisément assuré, en théorie, par le caractère supplétif de l'analogie (*American-Hawaiian Steamship* (83)). Parfois, c'est simplement car la situation juridique est considérée comme non transposable à l'ordre international, pour des raisons qui peuvent être diverses. Dans l'affaire *Georges Pinson*, le tribunal déclarait que la « question s'étant développée dans des conditions tout à fait indépendantes et essentiellement différentes de celles dans lesquelles a évolué depuis bien des siècles la doctrine des intérêts moratoires du droit privé » (84).

Il existe donc des « phénomènes de rejet » (85), dont on peut citer comme exemple la doctrine des dommages et intérêts punitifs.

2. Caractère transitoire

Le recours aux situations juridiques de droit interne, au moins pour les PGD, est bien souvent le purgatoire d'une règle coutumière. Par exemple, l'obligation de réparer intégralement le préjudice (ou dommage) causé est à l'origine tirée des droits internes : le *locus* de la C.P.J.I. dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, comme celui de l'*umpire* Parker dans l'affaire du *Lusitania* (86) le consacrent sur cette base. L'analogie apparaît clairement dans la sentence rendue dans l'affaire *Amco* : après une mention des législations indonésienne, française et de *common law*, le Tribunal déclare que « the full compensation of prejudice [...] is a principle common to the main systems of municipal law, and therefore a general principle of law which may be considered

(82) Voy. *Pope & Talbot c. Canada*, sentence du 31 mai 2002, ALENA/CNUDCI (CIRDI), § 47 ; *Mondeo c. États-Unis*, sentence du 11 oct. 2001, ALENA (CIRDI), n° ARB(AF)/99/2, § 94 et s. ; *ADP c. États-Unis*, décision du 9 janv. 2003, ALENA (CIRDI), n° ARB(AF)/00/1, § 175 et s. Il convient néanmoins de préciser que ces sentences se situent dans le contexte particulier de l'ALENA (directive d'interprétation obligatoire au titre de l'article 1131 de l'Accord Nord-Américain).

(83) *États-Unis c. Allemagne*, sentence du 30 sept. 1926, *RSA* vol. VIII, p. 27.

(84) *Georges Pinson* (France c. Mexique), sentence du 19 oct. 1928, *RSA* vol. V, p. 448.

(85) *P.Watu*, *op. cit.*, p. 147.

(86) *op. cit.*, p. 32.

as a source of international law » (87). Plus récemment, la sentence *El Paso* fonde – avec plus ou moins de clarté – son *ratio decidendi* sur le *locus* de la C.P.J.I., et sur une brève analyse comparative (88). Aussi, selon la C.J.U.E., « le principe ainsi expressément établi, à l'article 215 du traité, de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté n'est qu'une expression du principe général connu dans les ordres juridiques des États membres, selon lequel une action ou omission illégale entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé » (Affaire *Brasserie du Pêcheur et Factortame*) (89).

Depuis, cette obligation a sans aucun doute acquis depuis une valeur coutumière (90), voire de principe *du* droit international. Une évolution identique s'aperçoit concernant le principe de réparation du préjudice moral, devenu « mesurable en Bolivars ou en Livres Sterling » (91) en 1923. En effet, la consécration de la réparation de ces préjudices immatériels s'est largement appuyée sur le droit comparé, notamment dans l'affaire du *Lusitania* (92), dans laquelle le surarbitre Parker s'appuie sur le « code Napoléon » et une dizaine de précédents américains. Dans l'affaire *Desert Line*, premier cas de compensation pour préjudice moral devant un tribunal CIRDI, après une référence à cette affaire, les arbitres se contentent d'un « it is also generally recognised that a legal person may be awarded moral damage » (93). On peut mentionner à nouveau la Cour interam. D.H. (*Aloeboetoe*) (94) ou encore l'affaire *Rothbarth*, dans laquelle le Tribunal administratif de l'OIT fait également référence aux « principes généraux » pour justifier la réparation de ces préjudices (jugement n° 6, 1947). Il s'agit de l'exemple-type de la fonction transitoire des principes généraux de droit : originellement supports d'une solution, qui acquière une autonomie conceptuelle par ce procédé d'abstraction-transposition. Ainsi, la C.I.J. dans le récent arrêt sur l'indemnisation dans l'affaire *Diallo*, n'évoque à aucun moment la source à l'origine de la solution dans l'affaire du *Lusitania*, mais simplement cette solution (95). Le même phénomène peut être

(87) *Amco Asia c. Indonésie*, sentence du 20 nov. 1984, *op. cit.*, p. 504, § 267.

(88) *op. cit.*, p. 258, § 701.

(89) *op. cit.*, p. 1-1144, § 23.

(90) C.I.J., *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *op. cit.*, pp. 233-234, § 460.

(91) *Héritiers de Jules Brun* (France c. Venezuela), sentence du 31 juil. 1905, *RSJ* vol. X, p. 24.

(92) *op. cit.*, p. 35.

(93) *Desert Line c. Yémen*, sentence du 6 fév. 2008, CIRDI, n°ARB/05/17, § 289.

(94) *op. cit.*, p. 13, § 50.

(95) C.I.J., *Almadou Stadio Diallo (indemnisation due par la République démocratique du Congo à la République de Guinée)*, 19 juin 2012, (non encore publié au recueil) p. 10.

observé de la part de la C.J.U.E. après l'affaire *Kampffmeyer* en matière de préjudice moral (96). On comprend aisément cette volonté d'extirper la responsabilité internationale de ses fondements internes. Le principe général est le contenant idéal d'une coutume en formation : l'*opinio juris* est *ispo facto* établie car le principe général, en tant que source, revêt un caractère obligatoire. Ne reste donc que la répétition.

B. – La recherche comparative

Le premier temps de l'*analogia juris* est donc la recherche de deux situations comparables, de laquelle le *ratio* est extrait pour l'appliquer à une situation juridique donnée. C'est particulièrement en matière de principes généraux, dont la reconnaissance est conditionnée à l'existence d'un relatif consensus *in foro domestico* que le problème de la recherche comparative (97) survient. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour se réfère aux « règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne [...] et non au droit interne d'un État donné » (98). Ceux-ci doivent *a priori* être communs aux « nations civilisées », expression désuète aujourd'hui, ainsi que l'exprimait Charles Chaumont : « les "nations civilisées" [...] sont au moins toutes celles des Membres des Nations-Unies et parties au Statut de la Cour » (99). La conséquence nécessaire de la recherche d'une généralité quantitative d'une situation juridique est une généralité – ou abstraction – élevée. En d'autres termes, « dépouillant les règles du droit interne des particularités dont les a revêtues une élaboration beaucoup plus poussée, permet, par un effet de synthèse, de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables » (100).

Un principe est donc général en ce qu'il est épuré des particularités propres aux systèmes dont il est tiré, pour n'en garder que l'essence, au risque d'être dilué et de perdre une partie de son utilité (101), c'est le prix de l'universalité. En outre, cela peut conduire à une solution *a minima* par recherche du consensus. La Cour permanente d'arbitrage,

(96) 2 juin 1976, 56 à 60/74, *Rec.*, 1976, p. 711.

(97) L'emploi de la méthode comparative dans ce cadre est très généralement accepté (A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, *op. cit.*, pp. 243 et s.).

(98) C.I.J., *Belgique c. Espagne*, arrêt du 5 fév. 1970, *Rec.*, 1970, p. 38, § 50. Voy. aussi, *Sud-Ouest Africain*, *op. cit.*, p. 47, § 88 *in fine*.

(99) *op. cit.*, p. 460.

(100) Ch. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 419.

(101) C. GRAU, *op. cit.*, p. 7.

dans l'affaire de l'*indemnité Russe* (102), faisant clairement le parallèle entre le droit des États du « Concert européen » et la détermination d'intérêts moratoires, en déduit qu'il convient de s'aligner sur les « législations privées », mais qu'il ne faut pas tenir compte de certaines d'entre elles qui iraient « plus loin », pour finalement en rester au socle commun.

Si certaines décisions sont très précises, il est douteux que – génériquement – le juge international soit un grand comparatiste. Ardue est la tâche de trouver une décision faisant référence plus qu'à deux des fameux « systèmes » de droit, parfois pragmatiquement aux droits internes des États en cause. Si l'on comprend aisément l'impossibilité pratique d'une étude systématique, l'assertion selon laquelle la généralité d'un principe autorise une généralité-superficialité de la recherche comparative est proche du sophisme. Le fait qu'il existe de grandes familles de droit n'emporte pas systématiquement similarité des situations juridiques.

Ainsi que l'a affirmé le tribunal CIRDI constitué dans l'affaire *El Paso*, « "general principles" are rules largely applied *in foro domestico*, in private or public, substantive or procedural matters », bien sûr, « provided that, after adaptation, they are suitable for application on the level of public international law » (103). L'indifférence qu'a le droit international à l'égard du champ opératoire originel du principe est en réalité traditionnelle (104), même si elle s'appuie le plus souvent sur le droit privé. Moins traditionnel est le raisonnement du tribunal *Total*, examinant non plus la législation d'États, mais celle d'une organisation internationale, l'Union européenne, « reflecting the legal traditions of twenty-seven European countries » (105).

III. – CONCLUSION

En matière de réparation, le raisonnement par analogie s'est essentiellement exprimé dans la recherche des principes généraux de droit, par lequel le juge « puise » des solutions communes aux droits internes pour les « transporter » aux relations inter ou trans-étatiques, étant

(102) *op. cit.*, p. 442.

(103) CIRDI, *El Paso c. Argentine*, sentence du 31 oct. 2011, n°ARB/03/15, § 622. Voy. aussi *Waste Management c. États-Unis*, sentence sur la compétence du 26 juin 2002, n°ARB(AF)/00/3, § 39 et s.

(104) B. CUNEO, *op. cit.*, p. 392.

(105) *op. cit.*, § 130.

entendu que « d'une analogie, on ne peut tirer une identité » (106). Cette référence aux principes généraux peut-être également considérée comme une marge interprétative laissée au juge, sûrement encadrée par le *jus commune* des États parties.

Le droit international en cette matière est aujourd'hui largement « codifié », mais en pratique, vu la précision des questions posées et la relative facilité du recours aux PGD, ils restent une source de droit international fondamentale en matière de réparation, même si, finalement, il est difficile de discerner le rôle exact de l'analogie avec les droits internes, comme le rôle exact de la recherche de la *légitimité* dans une décision, dans un droit qui « a horreur du vide ».

(106) Ch. CHAUMONT, *Cours général de droit international public, ICADI*, vol. 120, 1970, p. 506.