LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Jean J.A. SALMON

Charles Chaumont a rencontré plus d'une fois sur son chemin le problème de l'analogie ; il y a consacré, çà et là dans ses travaux, des réflexions critiques que l'on voudrait tenter de poursuivre dans ces quelques pages.

Il convient tout d'abord de savoir de quoi on parle. Le mot « analogie » est susceptible de plusieurs sens. Il y a en outre des rapports entre l'analogie et des concepts tels que ceux de déduction et d'induction. Il convient donc de commencer par clarifier l'usage que l'on fera de ces diverses notions.

SECTION I

DÉFINITIONS

§ 1. - Analogie

a) Dans son *sens courant* et vague le mot indique une ressemblance plus ou moins lointaine entre des choses différentes par leur aspect général (1). Pris dans un tel sens le raisonnement par analogie consiste à tirer des conclusions en vertu d'une ressemblance vague entre les objets sur lesquels on raisonne (2).

(1) Voy. les définitions de Lalande A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* P.U.F., 13e éd., 1980, p. 51 ; Akoun A., *La philosophie,* C.E.L.P., Paris, 1977, p. 18 ; Foulquié P. et Saint- Jean R., *Dictionnaire de la langue philosophique,* P.U.F., 1978, p. 28.

(2) Voy. les mêmes auteurs.

On verra plus loin que dans ce premier sens l'analogie n'est pas dénuée d'intérêt en ce qui concerne l'application du droit lorsque l'on étend le sens d'un mot pour qu'il couvre des situations analogues.

b) Au sens premier, que nous appellerons *analogie-proportion* l'analogie est l'identité de rapport qui unit deux à deux les termes de deux ou plusieurs couples. L'exemple typique en est la proportion mathématique : $1/2 = 2/4$. Connaissant trois termes on peut toujours calculer le quatrième en prenant pour base le rapport qu'il soutient avec le troisième et qui est identique à celui du second avec le premier (3). Le raisonnement par analogie dans ce second sens consiste à déterminer un terme par la connaissance des deux termes de l'un des couples et l'un des termes du second en sachant qu'il y a identité de rapport entre les couples.

Dans sa forme purement mathématique ce raisonnement est évidemment étranger au droit. Mais si l'on remplace les chiffres par des concepts on se trouve en présence d'*identité* ou d'*égalité de rapports* dont on peut envisager des applications juridiques. Ainsi, si l'on dit que le Belge est à la Belgique ce que le Français est à la France on aboutit à dégager un concept identique de « national » ou de « citoyen ».

Ce type de raisonnement quoiqu'usuel est à vrai dire sans grand intérêt en droit. L'identité ou l'égalité qu'il permet d'établir est un présupposé de l'application du droit à des situations identiques.

c) Dans un troisième sens, l'analogie est la *ressemblance* entre deux ou plusieurs termes *en fonction de leur rapport commun* avec un autre, rapport servant de point de ressemblance (4). Dans cette hypothèse le raisonnement par analogie consiste à conclure de l'existence d'une ressemblance des termes à l'identité de fonction.

Pour C. Perelman l'analogie doit être envisagée non seulement comme une similitude de termes mais comme une similitude de rapports ou de structures. Au lieu d'être « un rapport de ressemblance elle est une ressemblance de rapports » (5). Selon cet auteur :

(3) Lalande, *op. cit.*, p. 51 ; Akoun, *op. cit.*, p. 18 ; Foulquié et Saint-Jean, *op. cit.*, p. 28 ; Mouy P., *Logique*, Hachette, 1944, p. 216.

(4) Akoun, *op. cit.*, p. 19.

(5) Perelman G., « Analogie et métaphore en sciences, poésie et philosophie », *Le champ de l'argumentation*, P.U.B., Bruxelles, 1970, p. 272 ; Perelman C. et Olbrechts-Tyteca L., *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, 2 tomes, P.U.F., 1958, p. 500.

> « L'analogie pose une proportion : *a* est à *b* comme *c* est à *d*. Il s'agit d'éclairer au moyen d'une relation connue (*c* est à *d*) et que nous appelons le *phore*, une relation moins connue (*a* est à *b*), qui est le *thème* du discours. C'est ce rapport asymétrique entre le thème et le phore qui distingue l'analogie de la proportion mathématique où l'égalité des relations est symétrique. Dans la proportion mathématique on établit des rapports purement formels entre éléments homogènes. Cette homogénéité est inconcevable dans l'analogie, dont la fonction épistémologique, de mieux faire connaître, structurer ou évaluer le thème grâce au phore, présuppose l'hétérogénéité des éléments. » (6).

La définition donnée par Maurice Dorolle dans son ouvrage sur *Le raisonnement par analogie* englobe le deuxième et le troisième sens distingués ci-dessus :

> « ... raisonner par analogie, c'est prendre point d'appui ou bien sur la ressemblance ou même une identité de termes, ou bien sur la ressemblance (superficielle) de deux rapports, pour conclure de la nature connue (ou supposée) de l'un des deux à la nature de l'autre.
>
> On établit dans tous les cas, qu'une situation donnée dans un groupe se retrouve dans un autre groupe, et l'on s'y appuie pour en conclure la ressemblance (ou même l'identité) d'autres caractères. » (7).

Le recours à l'analogie dans le sens de ressemblance de rapports ou de fonctions est très fréquent en droit et donc en droit international public. Sans vouloir se prononcer à ce stade sur la légitimité du recours au procédé on peut donner les exemples suivants :

La question se posant de savoir si le canal de Kiel doit être ouvert à la navigation même lorsque les navires battent pavillon d'un Etat en guerre avec une tierce puissance, peut-on tirer argument de la réglementation établie pour le canal de Suez et le canal de Panama, voire celle qui régit les détroits internationaux ?

Pour déterminer si l'O.N.U. peut assurer la protection diplomatique de ses agents peut-on tirer une analogie de la protection diplomatique exercée par les Etats à l'égard de leurs ressortissants ?

Si on s'interroge sur le point de savoir si telle organisation internationale possède tel privilège fiscal peut-on inférer une ré-

(6) Perelman C., *Méthodes du droit, Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1976, § 68, p. 129.

(7) Paris, P.U.F., 1949, p. 47.

ponse des textes ou de la pratique étatique relatifs à d'autres organisations internationales ?

A propos d'une convention de prêt interétatique est-il légitime d'interroger le droit interne des Etats pour s'inspirer des solutions données à certains problèmes (l'exception de force majeure par exemple) entre particuliers ?

§ 2. - Déduction

La « déduction » est, selon Lalande, l'« opération par laquelle on conclut rigoureusement, d'une ou de plusieurs propositions prises pour prémisses, à une proposition qui en est la conséquence nécessaire » (8). Le syllogisme est la forme la plus usuelle du raisonnement déductif.

Quoique la formule soit critiquée on dit souvent que la déduction est le raisonnement qui va du principe à ses conséquences (9) ou du général au particulier. Sans doute la déduction peut-elle prendre d'autres formes que celle du passage du général au particulier, mais cette forme retiendra particulièrement notre attention car elle est à la base du raisonnement juridique lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle à un cas particulier.

Rappelons la définition donnée par Pierre Pescatore à l'application du droit :

> « Appliquer le droit veut dire : établir la correspondance entre les faits concrets du cas en considération et les conditions d'application d'une règle juridique, pour en tirer les conséquences voulues par le dispositif de cette règle. » (10).

Etablir la correspondance entre les faits concrets et les faits juridiques est à première vue une opération simple ; on est en présence d'une subsomption ; il s'agit d'un raisonnement par lequel on dit des faits de la cause qu'ils constituent un exemple ou une illustration de la règle. Il ne s'agit pas d'un raisonnement par analogie puisque thème et phore fournissent deux cas d'application d'une même règle (11).

(8) Lalande, *op. cit.*, p. 204. Voy. dans le même sens Foulquié et Saint-Jean, *op. cit.*, p. 154.
(9) Mouy, *op. cit.*, p. 205.
(10) Pescatore P., *Introduction à la science du droit*, 1960, p. 246.
(11) Perelman, *Traité, op. cit.*, p. 502.

Toutefois, pour de multiples raisons que nous avons analysées ailleurs (12), l'application de la règle à un cas concret, la décision de considérer une situation donnée comme un cas d'application de la règle, n'est pas une opération purement mécanique. Les faits juridiques que la règle envisage contiennent le plus souvent des facteurs d'imprécision tenant à leur caractère sémantique, aux valeurs qu'ils véhiculent, ou à l'abstraction de leur formulation.

Dès lors, il arrivera plus souvent qu'à son tour que l'interprète nourrira des doutes sur le point de savoir si les faits concrets soumis à son examen tombent bien dans les faits juridiques décrits par la règle. Si ces faits ne sont pas entièrement identiques à ce que prévoit la norme, s'ils leur ressemblent par certains aspects mais en diffèrent par d'autres, la décision de les inclure dans la norme relève, à proprement parler, d'un raisonnement par analogie.

Selon Rabier :

> « Le logicien qui veut attacher des mots distincts à des choses distinctes doit (...) désigner du nom commun d'*analogie* à la fois la déduction par laquelle on applique la loi aux cas particuliers visés par la loi sans-doute et *sensiblement identiques* au cas abstrait formulé dans la loi, mais qui réellement en diffèrent, comme aussi la déduction par laquelle on étend une loi à des cas *sensiblement différents* des cas abstraits de la loi et des cas concrets qu'elle vise. » (13).

Cette opinion se défend d'autant plus qu'il n'est pas sûr que ce soit la même norme qui existe avant, et après l'interprétation qui accompagne l'application (14).

Il n'est, dès lors, pas si simple de faire la part entre l'interprétation extensive, qui ne ferait que donner à la norme son « sens juridique propre » et l'interprétation par analogie (15). Cette différenciation suppose, en effet, que l'on est capable de distinguer l'identité de la similitude ou de la ressemblance des situations. Rien n'est moins sûr, en droit, où le sens des mots, malgré tous les efforts éventuellement accomplis, n'est jamais totalement fixé et où l'application du droit est moins une opération logique qu'un acte de volonté ou de décision.

(12) Salmon J., « Le fait dans l'application du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 175, pp. 261 ss.
(13) Cité par Dorolle, *op. cit.*, pp. 49-50 ; voy. aussi l'opinion identique également citée par Dorolle, de J. Stuart-Mill, *op. cit.*, p. 118.
(14) Salmon J., *op. cit.*, chap. III, pp. 342 ss. Voy. aussi Peczenik A., « Analogia legis, Analogy from statutes in continental law », *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 329.
(15) Peczenik, *ibid.*, p. 334.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE NANTERRE

On peut donner à un raisonnement l'apparence d'un raisonnement déductif par divers procédés.

Ainsi lorsqu'on applique une règle à un cas nouveau qui est sensiblement différent de ceux envisagés précédemment on reconstruit, à vrai dire, l'identité en gommant les différences ou en affirmant qu'elles sont sans pertinence (16). Dans cette hypothèse on obtient l'identité en opérant *sur le fait*. On occulte le recours au procédé de l'analogie en affirmant que les faits ne sont pas seulement similaires mais identiques.

On peut aussi y parvenir en opérant *sur la règle*. Tel sera le cas lorsque le juge affirme appliquer un « principe général reconnu » ou un « principe de droit international ». Ainsi, dans l'affaire *Nottebohm*, la C.I.J. a étendu la notion de l'appartenance effective ou du lien réel, de la situation de conflit de nationalité à celle de la naturalisation. Reconnaissant qu'elle donnait à la théorie du lien effectif une application nouvelle, la Cour s'est défendue de procéder par voie d'analogie. Elle a soutenu qu'elle se trouvait en présence d'un cas d'application du même principe. « La même question se pose actuellement devant la Cour : elle doit être résolue selon les mêmes principes » (17). D'éminents auteurs ont estimé qu'il n'y avait rien de plus ici qu'une extension par analogie d'une règle coutumière (18).

Pareillement, dans son avis sur les *Réparations au service des Nations Unies*, la C.I.J. soutint qu'elle ne procédait pas à une analogie entre lien de nationalité et lien de fonction pour parvenir à la reconnaissance aux Nations Unies d'un droit à l'exercice de la protection diplomatique de leurs agents. Le juge Badawi Pacha, dans son opinion dissidente, contesta cette affirmation de la Cour :

> « Mais y a-t-il rien d'autre qu'un argument d'analogie dans le raisonnement de la Cour lorsqu'elle déclare :
>
> 1) que si l'on remonte au principe qu'implique la règle de la nationalité de la réclamation on constate que pour qu'une réclamation internationale au profit d'une personne puisse être présentée par un Etat, il faut que soit relevé un manquement de l'Etat prétendu responsable à une obligation vis-à-vis de l'Etat réclamant, et
>
> 2) que ce principe conduit à reconnaître à l'Organisation la qualité de présenter une réclamation internationale pour un dommage subi par son agent, si l'Organisation invoque comme motif de sa réclamation un manquement à une obligation existant envers elle (pp. 181 et 182) ? (...)
>
> Cet argument n'est, dans tous les cas, qu'un argument d'analogie (...) qui tire ses éléments de la nouveauté de la situation, de l'identité du principe à la base des situations comparées et du caractère relatif et nullement rigide de la règle de la nationalité. » (19).

(16) Cfr Dorolle : « ... l'analogie n'apporte jamais de démonstration au sens rigoureux. On ne démontre logiquement qu'en identifiant. La démonstration par identité — la déduction — revient toujours à voir dans une situation donnée le même caractère fondamental, malgré des différences, ou bien négligées, en raison de principes définis, comme dans le syllogisme, ou bien inopérants, parce qu'on reconstruit l'identité en se passant de ces caractères différents », *op. cit.*, p. 170.

(17) C.I.J., *Recueil*, 1955, p. 22.

(18) Par exemple, Charles De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 42.

Certes toute invocation d'un principe général ne signifie pas que l'on se trouve en présence d'une analogie camouflée, mais il est fréquent que le principe, dont on tire une déduction pour résoudre la question posée au thème, vient d'être établi par une analogie.

§ 3. - Induction

Le mot « induction » est, lui aussi susceptible de plusieurs sens. Selon Lalande, le sens le plus usuel dans la langue courante est celui d'inférence conjecturale :

> « processus de pensée reconstructif, par lequel, partie en raisonnant, partie en devinant, on remonte de certains indices à des faits qu'ils rendent plus ou moins probables. » (20).

A cette lecture, le juriste pensera au domaine des présomptions et des preuves circonstancielles.

Le sens philosophique usuel est, en revanche, le suivant :

> « opération mentale qui consiste à remonter d'un certain nombre de propositions données, généralement singulières ou spéciales, que nous appellerons *inductrices*, à une proposition ou à un petit nombre de propositions plus générales, appelées *induites*, telles qu'elles impliqueront toutes les propositions inductrices. » (21).

L'induction dite « amplifiante » est

> « celle où la relation formulée par la proposition induite s'applique à tous les termes d'une classe, en nombre fini ou indéfini,

(19) C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 211.

(20) Lalande, *op. cit.*, p. 506.

(21) *Ibid.*, p. 507.

alors que cette relation n'a été affirmée que de quelques uns seulement d'entre eux par des propositions inductrices. » (22).

Foulquié et Saint-Jean définissent à leur tour de la façon suivante l'induction amplifiante :

« opération mentale consistant à passer de la constatation d'un ou de plusieurs faits à la loi de tous les faits du même genre, ou, suivant l'expression naguère classique, du particulier au général. » (23).

En droit, ce type de raisonnement est illustré par la preuve de la coutume ou par la preuve d'un principe général de droit. Ainsi, ayant prouvé les précédents *a, b, c, d, e,* on en induit l'existence d'un principe général qui les inclut tous.

On rencontrera aussi ce type de raisonnement lorsque partant de textes conventionnels on en induit un principe général que l'on applique ensuite à la situation à propos de laquelle les textes sont muets.

Encore une fois on se trouve ici au cœur de l'analogie telle que l'évoque Gény lorsqu'il écrit :

« Nous sentons, en effet, dans notre fond intime, comme un besoin d'égalité juridique, en vertu duquel, les mêmes situations de fait doivent comporter les mêmes sanctions juridiques. Ce sentiment ne tend pas, seulement, à faire appliquer à l'un la règle, appliquée dans les mêmes conditions à un autre ; il requiert, qu'une injonction, édictée pour tel cas, doive, sauf motifs particuliers, être transportée aux cas analogues, c'est-à-dire présentant avec le premier une identité essentielle. » (24).

Il poursuit :

« Reste à savoir, en quoi doit consister cette identité essentielle. Pour s'en rendre compte, il faut pénétrer la nature logique de la règle légale, et dégager, parmi les conditions de l'injonction qu'elle formule, le principe qui, formant le lien de la solution positivement connue à celle qu'il convient de découvrir, justifiera proprement l'analogie (...).

On serait, plutôt, tenté de rechercher le moyen terme, nécessaire à l'analogie, dans les considérations de politique législative, c'est-à-dire les motifs d'ordre moral, social, économique, visant à satisfaire la justice concrète ou l'utilité générale, qui ont inspiré la règle servant de type et de modèle (*ratio legis*). » (25).

(22) *Ibid.*, p. 508.

(23) Foulquié et Saint-Jean, *op. cit.*, p. 357.

(24) Gény F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, L.G.D.J., 1919, p. 119.

(25) *Ibid.*, pp. 119-120.

Et il conclut, un peu plus loin :

« Ces explications permettent de comprendre, comment le fonctionnement de l'analogie consiste, tout entier, dans le procédé logique, qui vise à induire, de solutions particulières, le principe intime, qui les explique, pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses, et le leur appliquer par voie de déduction. Mais, il importe de ne pas méconnaître, que ce procédé purement logique, ne fait que traduire l'harmonie intime, reliant entre eux les rapports de droit, et qu'en définitive, il met en œuvre une idée, bien plus haute, l'idée d'*égalité juridique*, qui seule justifie foncièrement l'analogie. » (26).

En dépit des affirmations de Gény, le caractère « logique » du procédé est rien moins qu'assuré. Tant la recherche de l'« identité essentielle » que celle des fondements d'ordre moral, social ou économique, relèvent de choix éthiques, de valeurs, et non de vérités qui s'imposent.

On voit, par les développements qui précèdent, que le recours au procédé de l'analogie est fréquemment caché derrière les mécanismes classiques de l'induction et de la déduction.

§ 4. - Les effets de l'analogie

a) Dans son cours à l'Académie de droit international, Charles Chaumont écrivait que « D'une analogie on ne peut jamais tirer une identité » (27). Cela est vrai ; mais justement, ce qui caractérise l'emploi de ce mode de raisonnement, c'est l'*obscurcissement*, volontaire ou non, *de la notion d'identité*.

Dans l'analogie simple ressemblance des termes, on gomme les différences dans les faits, pour appliquer par déduction la règle souhaitée.

Dans l'analogie identité de rapports ou similitude de rapports, on crée un concept ou un principe supérieur qui englobe thème et phore, et que l'on pourra appliquer « également » à des situations censées répondre à une « identité de raison juridique ».

(26) *Ibid.*, pp. 121-122. Ce type de raisonnement est résumé par l'adage latin : *Ubi eadem ratio, idem jus.*

(27) Chaumont Ch., « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1970/I, t. 129, p. 506.

On peut illustrer cette quête d'identité en citant un extrait de la sentence arbitrale relative à l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Varsovie*, rendue le 30 novembre 1925 entre la France et la Pologne. L'arbitre, Asser, avait à interpréter l'article 16 de la convention franco-polonaise du 6 février 1922 soumettant à une procédure arbitrale les contestations relatives à l'interprétation de la convention :

> « Attendu qu'une comparaison de la présente convention avec la Partie X du Traité de Versailles fait ressortir que la Convention franco-polonaise a en grande partie non seulement adopté les mêmes principes que ceux consacrés par ledit Traité de Paix, mais que sur plusieurs points elle s'est servie d'une terminologie identique à celle employée par ce Traité ;
>
> Attendu que, notamment en ce qui concerne les contrats conclus (...) on est frappé par la presque identité entre les textes des dispositions principales y relatives ;
>
> Attendu que dès lors la Convention du 6 février 1922 peut être considérée, quant à la présente matière, comme une reproduction partielle de la Partie X du Traité de Versailles (...) ;
>
> Attendu que dans ces conditions il faut admettre que la disposition de l'art. 16 de la Convention établissant une juridiction arbitrale pour les contestations relatives à son interprétation, correspond à l'art. 304 du Traité de Versailles, instituant l'arbitrage pour la solution de litiges se rapportant à l'application de la Partie X dudit Traité ;
>
> Attendu qu'il résulte de l'analogie entre ces deux dispositions (...) » (28).

b) Il n'en demeure pas moins que l'analogie a un effet ***structurel et créateur.***

L'analogie simple ressemblance des termes a pour effet, dans le raisonnement déductif, d'étendre le sens de la règle à appliquer et, partant, son extension, de *structurer les faits* auxquels elle s'applique, de les situer dans le cadre conceptuel choisi.

L'analogie identité de rapports ou similitude de rapports a pour effet, dans le raisonnement inductif, de *structurer les règles,* de construire des concepts nouveaux, de créer des règles nouvelles, de généraliser et de systématiser des règles existantes. Pensons à des concepts tels que personne morale, sujet de droit, protection diplomatique ... En tout état de cause il s'agit d'un procédé créatif, novateur.

(28) *R.S.A.*, III, p. 1675.

c) L'analogie a aussi pour effet de *transférer les valeurs* du phore au thème. Admettre l'analogie, c'est, à la vérité, admettre de régler les faits à l'examen au moyen des jugements de valeur implicites dans la règle appliquée par analogie (29).

C'est d'ailleurs cette caractéristique du raisonnement par analogie qui explique largement son attrait. La règle choisie comme phore ne l'est pas sans raison ; c'est le transfert de valeurs qui justifie l'opération, que l'on camouflera ensuite, selon un schéma idéologique classique, par un vocabulaire faussement objectif : identité de raison juridique, égalité juridique, etc. Le phénomène est patent dans la création de concepts tels que celui de « piraterie aérienne », par exemple.

Le caractère créateur de l'analogie s'estompe avec le temps, au fur et à mesure que son acceptation s'affermit. L'enseignement, la doctrine, la jurisprudence colportent le nouveau concept qui est ainsi reçu et appliqué comme tel. Qui se souvient que le concept de « navigation aérienne » est une analogie réussie ? Il faut réveiller la métaphore, par un usage excessif ou comique, pour qu'on reprenne conscience de son origine analogique.

SECTION II

LES FONCTIONS DE L'ANALOGIE EN DROIT POSITIF

§ 1. - Fonction heuristique

Dans les sciences exactes le rôle traditionnel de l'analogie est heuristique. L'analogie est facteur d'invention ; elle est formulation d'hypothèse qui serviront de guides aux expériences. Le résultat de ces dernières permettra de déceler si l'analogie était ou non féconde.

Le droit n'a évidemment rien d'une science exacte et un procédé de ce genre ne joue aucun rôle dans toute la partie du droit qui concerne l'application des normes.

Il bénéficie, en revanche, d'une place significative dans cette activité juridique que l'on appelle la doctrine. Celle-ci est souvent

(29) Perelman, *Traité, op. cit.*, pp. 523 ss., *Méthodes, op. cit.*, p. 130.

amenée à proposer des analogies dans un souci de compréhension, de généralisation et de systématisation, voire de provocation.

Charles Chaumont, lui-même, n'y a pas manqué. Ainsi, dans un article intitulé « Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain » (30), il juxtaposait des notions de droit administratif français, telles qu'établissement public, concession de service public, entreprise privée d'intérêt général, avec les créations du droit positif international.

Le même auteur devait, lui-même, nous mettre en garde contre ce procédé, en déclarant ultérieurement, à propos d'une théorie de la fonction publique internationale, que pareil exercice n'a qu'une valeur descriptive et n'est pas créatrice de droit (31).

On doit à la vérité de dire que le rôle de la doctrine ne se laisse pas enserrer en quelques jugements sommaires. Elle joue un indéniable rôle de fourmi, recherchant les éléments, les triant, les distinguant, établissant les rapprochements, généralisant, systématiquement. L'analogie a évidemment sa place comme facteur d'invention dans cette activité. La doctrine n'est pas sans influencer l'ensemble de la profession juridique en ce compris les jurisconsultes des Etats ainsi que les juges et arbitres qui, de manière souvent inconsciente, utilisent les concepts affinés par la doctrine. A l'inverse, la doctrine se nourrit des créations jurisprudentielles et les sacralise ! Il y a là un échange mutuel, un système de répons, où se perd le meilleur sourcier.

§ 2. - Fonction confirmative

L'analogie dans sa forme identité ou similitude de rapports est parfois utilisée pour confirmer l'interprétation donnée à un texte.

(30) Chaumont Ch., dans *La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, 1950, t. I, pp. 115-178.

(31) « On peut certes parler, pour la commodité, d'une théorie de la fonction publique internationale ; mais cela ne signifie pas qu'en dehors des exigences d'indépendance et de réserve qui, en bon sens, sont communes, les dispositions et garanties prévues dans le cadre d'une organisation valent pour une autre, sans extension explicite. Les termes généraux qui sont employés pour qualifier plusieurs organisations ont essentiellement une valeur descriptive, et on ne peut en tirer des prescriptions impératives dans le détail », « Cours général », *op. cit.*, p. 507.

L'exemple typique de cette manière de procéder est l'affaire du *Vapeur Wimbledon*. Il s'agissait de savoir si l'Allemagne pouvait invoquer ses devoirs de neutralité pour refuser le 21 mars 1921, d'accorder au vapeur *Wimbledon*, qui était chargé d'armes pour la Pologne alors belligérante, l'accès et le libre passage dans le canal de Kiel ? Or, l'art. 380 du Traité de Versailles prévoyait ce qui suit : « Le canal de Kiel et ses accès seront toujours libres et ouverts sur un pied de parfaite égalité aux navires de guerre et de commerce de toutes les nations en paix avec l'Allemagne ».

La C.P.J.I. commença par prendre fermement position sur base de ce texte en déclarant : « La Cour estime que l'art. 380 est formel et ne prête à aucune équivoque » (32).

Après avoir examiné le contexte (la Partie XII du Traité de Versailles), elle se référa aux dispositions des conventions relatives au canal de Suez et à celui de Panama, qu'elle qualifia de « précédents » :

> « Comme exemples d'accords internationaux ayant apporté à l'exercice de la souveraineté de certains Etats des restrictions partielles, mais destinées à durer toujours, on a cité devant la Cour les règles qui ont été établies pour les canaux de Suez et de Panama...
>
> ... Les précédents des canaux de Suez et de Panama constituent... déjà un désaveu anticipé de la thèse d'après laquelle la neutralité de l'Allemagne aurait été nécessairement en péril si ses autorités avaient livré passage au *Wimbledon* dans le canal de Kiel, à raison du fait que ce navire transportait de la contrebande de guerre à destination d'un Etat alors engagé dans un conflit armé. » (33).

La Cour ajoute, enfin, dégageant de ces précédents un principe général applicable à la fois aux canaux et aux détroits :

> « Ils (ces précédents) ne sont d'ailleurs que la manifestation de l'opinion générale suivant laquelle lorsqu'une voie d'eau artificielle mettant en communication deux mers libres a été affectée d'une manière permanente à l'usage du monde entier, cette voie se trouve assimilée aux détroits naturels... » (34).

On aura suivi le cheminement du raisonnement : d'abord recours à une double analogie : par identité de fonctions (lorsqu'on invoque d'autres conventions relatives à la même matière : les canaux

(32) C.P.J.I., Série A, n° 1, p. 22.

(33) *Ibid.*, p. 28.

(34) *Ibid.*

internationaux) et par similitude de fonctions (lorsque l'on fait appel à des conventions relatives à une autre matière : les détroits internationaux) ; ensuite, dégagement, par induction, d'un principe général, dont on déduit enfin la solution à appliquer au cas d'espèce.

On pourrait multiplier les exemples (35).

§ 3. - Fonction interprétative

On a contesté que l'analogie puisse se confondre avec l'interprétation extensive. Ainsi, François Gény a longuement insisté sur la différence, à son estime, entre les deux notions. L'interprétation extensive (de la loi) consiste « à se servir des éléments extrinsèques à la loi, qui dévoilent la volonté du législateur, pour élargir dans le sens de cette volonté, la formule d'un texte trop restrictivement conçu », alors que l'analogie ne s'arrête pas « à la recherche d'une volonté, soit réelle, soit même directement supposée (...) elle vise à créer (...) une règle nouvelle et distincte, fondée sur l'identité de raison juridique » (36).

La position de Gény se heurte nous semble-t-il, à deux difficultés : d'une part, il est souvent impossible de déterminer où commence la règle nouvelle et où finit la volonté du législateur. Quand celle-ci est supputée, il s'agit, au demeurant, aussi d'une création. D'autre part, la pratique qualifie aussi d'analogie les méthodes comparatives même si leur but est de rechercher la volonté des parties. C'est donc plus une querelle de mots qu'autre chose.

Marcelle Jokl, dans sa thèse « *De l'interprétation des traités normatifs d'après la doctrine et la jurisprudence internationale* (37), a montré que l'utilisation de l'analogie dans la jurisprudence internationale comme moyen d'interprétation des traités se présentait sous trois formes principales :

a) Recours au droit national pour éclairer le sens de certaines notions utilisées dans les traités à l'examen. Ainsi, dans l'affaire

(35) Rousseau Ch., *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pedone, t. I, 1944, pp. 697 et ss.

(36) Gény, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, pp. 304 et ss. Il poursuit sa démonstration jusqu'à la p. 314.

(37) Thèse pour le doctorat, Paris, Pedone, 1935.

des « Pêcheries réservées » (*North Atlantic Fisheries*), le surarbitre a recherché dans les lois et déclarations de l'Ile du Prince Edouard ce que signifiait le mot « rivière » (38).

b) Recours aux conventions internationales en vigueur élaborées antérieurement au texte soumis à l'examen.

La sentence rendue le 8 août 1905 par la C.P.A. dans l'affaire des *Boutres de Mascate* peut être citée ici comme exemple ; le surarbitre s'y est exprimé comme suit :

> « Considérant qu'à défaut d'une définition du terme "protégé" dans l'Acte général de la Conférence de Bruxelles, il faut entendre ce terme dans le sens qui correspond le mieux tant aux intentions élevées de cette Conférence et de l'Acte final qui en est résulté, qu'aux principes du droit international tels qu'ils ont été exprimés dans les conventions en vigueur à cette époque, dans la législation nationale en tant qu'elle a obtenu une reconnaissance internationale et dans la pratique du droit des gens (...)
>
> Considérant que, quoique les Puissances n'aient renoncé *expressis verbis* à l'exercice du prétendu droit de créer des protégés en nombre illimité que par rapport à la Turquie et au Maroc, néanmoins l'exercice de ce prétendu droit a été abandonné de même par rapport aux autres Etats Orientaux, l'analogie ayant toujours été reconnue comme un moyen de compléter les dispositions écrites très défectueuses des capitulations, en tant que les circonstances sont analogues (...). » (39).

c) Recours aux traités postérieurement conclus par les mêmes parties.

Ainsi, dans l'affaire du *Chamizal*, la Commission mixte Etats-Unis-Mexique s'est référée pour l'interprétation d'un texte à des conventions conclues postérieurement entre les mêmes parties (40).

A vrai dire, et Jokl le souligne, ces textes *analogues* sont invoqués essentiellement parce qu'ils éclairent la volonté des parties : les textes antérieurs, car en utilisant un terme, les parties sont censées lui avoir donné le sens conforme à l'usage ; les textes postérieurs, car l'application donnée par les parties dans une pratique subséquente est garante de leur volonté réelle.

L'interprétation par des moyens extrinsèques a été admise par la Convention de Vienne sur le droit des traités. En son art. 31, §§2 et 3, elle prévoit comme moyens d'interprétation, à la fois, le

(38) Lapradelle et Politis, *R.A.I.*, II, pp. 441 et ss.

(39) *R.S.A.*, XI, p. 94. Pour d'autres exemples, voir Jokl, *op. cit.*, pp. 158 et ss.

(40) *A.J.I.L.*, t. V, 1911, p. 805. Autres exemples dans Jokl, pp. 164 et ss.

contexte et la pratique ultérieure par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité. Elle n'utilise nulle part la terminologie interprétation par analogie.

§ 4. - Fonction créatrice pour combler les lacunes

La définition restrictive donnée par Gény, nous l'avons citée plus haut, fait de l'analogie l'instrument par excellence pour combler les lacunes. Dans son ouvrage classique, *Le problème des lacunes en droit international* (41), Lucien Siorat consacre un important chapitre au rôle de l'analogie pour combler les lacunes de la réglementation juridique. Toutefois, cet auteur, ainsi que nous l'avons relevé ailleurs (42), adopte une définition de la réglementation juridique qui réduit celle-ci à l'ensemble des règles conventionnelles et coutumières à un moment donné. Il analyse, en conséquence, le recours par la pratique, qu'elle soit étatique ou arbitrale et judiciaire, aux principes généraux du droit, comme un moyen de combler les lacunes de la réglementation.

Cette manière de voir est discutable si l'on considère que les principes généraux du droit font, eux-aussi, partie des sources du droit positif. Encore que nous ne voulions pas ouvrir ici le débat du sens et du rôle qu'il convient d'attribuer aux principes généraux du droit il est incontestable que le statut de la Cour les range dans le droit positif.

Il est certain, en tout état de cause, que le juge ou l'arbitre international avoue rarement qu'il comble une lacune, il s'en défend plutôt (43) — il avoue rarement avoir recours à l'argument d'analogie (44) — et lorsqu'il exerce un rôle prétorien, il se garde bien de l'avouer.

(41) Paris, L.G.D.J., 1959.

(42) « Quelques observations sur les lacunes en droit international public », *R.B.D.I.*, 1967, pp. 440 et ss., spéc. p. 446.

(43) Voy. dans l'article cité à la note précédente (pp. 455 et ss.), divers arrêts où la C.I.J. a rappelé qu'elle ne pouvait qu'appliquer le droit, non le créer et, par conséquent, « ne saurait remédier à une lacune si cela doit l'amener à déborder le cadre normal d'une action judiciaire » (arrêt du *Sud-Ouest africain* (2e phase), *Recueil*, 1966, p. 48). La formule est ambiguë ; elle n'exclut pas que la Cour puisse combler *certaines* lacunes. Sous cette réserve, elle consacre la fiction du rôle non-créateur du juge.

(44) Un exemple assez paradoxal peut être donné à cet égard. Dans son avis du 13 juillet 1954 sur les *Effets des jugements du Tribunal des Nations Unies*, la question se posait à la C.I.J., de savoir si l'Assemblée générale de l'O.N.U. avait pu conférer des pouvoirs judiciaires au T.A.N.U. susceptibles de lier l'Assemblée générale elle-même. La Cour note à ce propos : « Mais on ne peut accepter l'allégation que l'Assemblée générale est, par sa nature même, incapable de créer un tribunal compétent pour rendre des décisions qui la lient. On ne saurait justifier cette allégation par une analogie avec les lois nationales, car 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 » (C.I.J., *Recueil*, 1954, p. 61). Le raisonnement est extrêmement habile. Car il faut être un lecteur particulièrement attentif pour se rendre compte que lorsque la Cour déclare repousser l'analogie, elle est en réalité en train d'en exploiter une par le renversement de celle qui lui était proposée.

Les cas cités par la doctrine où le juge aurait comblé les lacunes du droit par un recours à l'analogie, peuvent tout aussi bien s'expliquer par un recours aux principes généraux du droit. C'est en tout cas ainsi que le juge ou l'arbitre présente habituellement les choses.

On se bornera à deux exemples :

a) La sentence du 11 novembre 1912 de la C.P.A. dans l'affaire du *Payement de l'indemnité de guerre turque* entre la Russie et la Turquie :

> « Pour établir en quoi consiste cette responsabilité spéciale incombant à l'Etat débiteur d'une dette conventionnelle liquide et exigible, il convient maintenant de rechercher, en procédant par analogie, comme l'ont fait les sentences arbitrales invoquées, les principes généraux du droit public et privé en cette matière, tant au point de vue de l'étendue de cette responsabilité qu'à celui des exceptions opposables (...)
>
> Dès l'instant où le Tribunal a reconnu que, d'après les principes généraux et la coutume en droit international public, il y avait similitude des situations entre un Etat et un particulier débiteurs d'une somme conventionnelle liquide et exigible, il est équitable et juridique d'appliquer aussi par analogie les règles de droit privé commun aux cas où la demeure doit être considérée comme purgée et le bénéfice de celle-ci supprimé. » (45).

b) La sentence de Max Huber du 23 octobre 1924 dans l'affaire des *Réclamations britanniques pour dommages causés à des sujets britanniques dans la zone espagnole du Maroc* :

> « Il est généralement reconnu que l'Etat n'est pas responsable pour les dommages causés par les opérations militaires effectuées par ses propres troupes. Il n'est cependant pas possible d'inclure dans cette règle toutes les mesures qui auraient un rapport quelconque avec les opérations militaires ou tous les actes quelconques commis par les soldats. L'art. 3 de la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre

(45) *R.S.A.*, XI, pp. 442 et 446.

stipule que les Parties contractantes seront responsables de tous actes commis par les personnes faisant partie de leurs forces armées si ces actes sont contraires aux dispositions de la convention. Bien que cette convention ne soit pas directement applicable à l'une quelconque des situations visées par ce rapport, le principe qu'elle établit s'applique à l'éventualité d'une action militaire effectuée en dehors de la guerre, au sens technique de ce mot. » (46).

Comme on le voit, si l'arbitre invoque à propos de troubles internes une disposition relative au droit de la guerre, c'est parce que cette dernière est présentée comme une illustration d'un principe général qui s'applique aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix.

La Cour de justice des Communautés européennes admet plus facilement qu'elle se trouve en présence de lacunes et qu'il convient de les combler par le recours à l'analogie (47). Il faut sans doute y voir une marque supplémentaire du caractère très intégré et quasi-interne du droit communautaire.

SECTION III

LES SOURCES DU PHORE

On l'a dit, dans le raisonnement par analogie, il s'agit d'éclairer, au moyen d'une relation connue, le *phore*, une relation moins connue, le *thème*.

La pratique internationale cherche le phore soit dans le droit interne, soit dans le droit international.

§ 1. - Analogies tirées du droit interne

L'influence du droit romain d'abord, des droits internes ensuite, sur le droit international n'est pas niable. Il suffit de relire des

(46) *R.S.A.*, II, p. 645.

(47) Ainsi, l'aff. *Gigante c. Commission des Communautés européennes*, arrêt du 29 nov. 1973, C.J.C.E., *Recueil*, 1973, p. 1359 ; l'aff. *Union française des céréales c. Haupzollamt Hamburg — Jonas*, C.J.C.E., *Recueil*, 1978, p. 1684 ; aff. *Brouwer-Kaune c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor het kledingbedrijf*, C.J.C.E., *Recueil*, 1979, p. 2120.

ouvrages anciens de droit international pour voir combien les concepts de droit romain ou de droit interne étaient utilisés, alors qu'à l'époque contemporaine le droit international conquiert une autonomie de concepts beaucoup plus affirmée.

La doctrine a certainement joué un rôle clé à cet égard. Un juriste international, avant d'être international, est juriste ; c'est-à-dire nourri d'une culture juridique. Il y a quelque siècles, c'était le droit romain ; aujourd'hui c'est quelque droit romaniste ou la *common law*. On ne se débarrasse pas de cette culture en abordant le droit international et c'est, en quelque sorte, sans le savoir et sans y réfléchir beaucoup que les transpositions sont faites d'un système à l'autre. Si aujourd'hui les analogies tirées du droit des personnes, du droit des biens ou des successions, fréquentes autrefois, ne se rencontrent plus guère, l'influence du droit des obligations (y compris les contrats et la responsabilité) demeure vivace.

Les emprunts au droit public ont été aussi très sensibles, dans le domaine des organisations internationales, par exemple.

Certains auteurs ont poussé très loin leurs conclusions à cet égard. Ainsi, Sir Hersh Lauterpacht parmi d'autres (48), dans son *Private Law Sources and Analogies in International Law* (49), a essayé de tirer systématiquement du droit privé des concepts utilisables en droit international.

Les « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » prévus par l'art. 38 du Statut de la C.P.J.I. puis de la C.I.J., dans la mesure où ceux-ci recouvrent des principes de droit interne, représentent un réservoir d'où le juge international peut tirer les solutions dictées par l'analogie des situations.

Ce n'est pas le lieu de raviver la querelle des principes généraux du droit. Aux fins du présent article on espère que le lecteur voudra bien admettre les propositions suivantes :

1°) En conclusion d'un ouvrage sérieusement fait (50), Bin Cheng pouvait écrire :

> « Assuming a basic analogy between individuals and nations, between international relations and relations between individuals,

(48) Pensons notamment à Ripert G., « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1933, II, pp. 569 et ss.

(49) Londres, Longmans, 1927.

(50) *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens et Sons, 1953.

international courts and tribunals apply to international relations those principles underlying municipal rules of law which have been found to work substantial justice between individuals, whenever circumstances similar to those justifying their application in the municipal sphere exist. » (51).

Les cas où les juges et arbitres internationaux ont eu recours explicitement, mais surtout implicitement, aux principes généraux tirés du droit interne sont très nombreux.

2°) Indépendamment de toute position de principe que l'on peut avoir sur l'admissibilité de cette source, la place des principes généraux (de droit interne) ne peut cependant être que très restreinte dans le droit international contemporain pour de multiples raisons :

— le caractère subsidiaire de cette source (à défaut d'expression de volontés étatiques plus précises) ;

— la quasi-impossibilité aujourd'hui de prouver leur caractère universel (car la mention de « nations civilisées » est évidemment dépassée) ;

— l'imprécision due à leur caractère de généralité ;

— le fait qu'à ce niveau de généralité tous les systèmes juridiques contiennent des principes généraux contradictoires. Par exemple, au principe de l'interdiction de l'abus de droit répond le principe selon lequel celui qui use de son droit ne lèse personne) (52) ;

— enfin et surtout, le fait que les conditions à remplir pour qu'il y ait analogie sont lourdes (voyez *infra*).

§ 2. - Analogies tirées du droit international lui-même

Le phore est fréquemment trouvé dans des *textes conventionnels distincts* (antérieurs, contemporaine ou postérieurs) de celui qui fait l'objet du thème, mais qui portent *sur la même matière* ou *la même notion juridique*. On en a donné plusieurs exemples plus

(51) P. 391.

(52) Dans l'aff. *Riva c. Commission des Communautés européennes*, la Cour de Luxembourg a refusé d'appliquer la prescription au titre de principe général du droit, estimant qu'en l'espèce « la volonté du législateur » avait été « de faire prévaloir dans la matière le principe de la justice distributive sur ceux de la sécurité juridique », C.J.C.E., *Recueil*, 1971, p. 109.

haut. On citera l'exemple suivant tiré de la pratique suisse : la question s'est posée de savoir si le thème « citoyens » figurant au traité d'amitié et de commerce du 25 novembre 1850 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique devait être considéré comme ne s'appliquant qu'aux personnes physiques ou aussi aux personnes morales. Se référant à l'intention des parties, le Gouvernement suisse demanda l'application par analogie aux personnes morales. Parmi ses arguments, la Suisse fit valoir ce qui suit :

« Il est permis d'ajouter encore, par analogie, que, si mes informations sont exactes, dans le cas des conventions générales de réclamations conclues par les Etats-Unis, même lorsque le protocole était limité aux " citoyens " ou aux " sujets ", il a été considéré que ces conventions englobaient également les personnes morales dûment constituées sous l'empire de la législation du gouvernement demandeur... » (53).

Ailleurs, on recourt à un phore qui traite de la même matière mais *dans un espace différent*.

Ainsi, dans la célèbre affaire de la *Fonderie de Trail*, l'arbitre, par une double analogie, passa de la pollution des rivières en droit inter-Etats des Etats-Unis, à la pollution de l'air entre le Canada et les Etats-Unis :

« There 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 reasonabe to follow by analogy, in international cases, precedents established by that Court in dealing with controversies concerning the quasi-sovereign rights of such States, where no contrary rules prevails in international law and no reason for rejecting such precedents can be adduced from the limitations of sovereignty inherent in the Constitution of the United States. » (54).

Le tribunal arbitral mixte gréco-allemand dans deux affaires, *Frères Coenca c. Etat allemand* et *Kiriadolou c. Etat allemand*, étendit les règles relatives au bombardement terrestre, établies par l'art. 25 du règlement annexé à la Convention IV de La Haye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, au bombardement aérien :

« D'après un principe généralement reconnu, la vie et la propriété des non-combattants doivent, autant que possible, être respectées. Les dispositions des art. 25-26 du règlement de La Haye,

(53) *Répertoire suisse de droit international public*, Bâle, 1975, n° 4123, p. 784.

(54) *R.S.A.*, III, p. 1964.

loin d'être une règle d'un caractère exceptionnel, doivent être regardées comme appliquant ce principe général... Il est vrai que ces articles se rapportent seulement aux bombardements navals et terrestres, mais les délibérations de la 2e Conférence de La Haye ne s'opposent pas à cette extension de ces articles à la navigation aérienne... » (54 *bis*).

Le principe de la liberté de la navigation maritime en haute mer a été étendu à la navigation aérienne au-dessus de la haute-mer, etc.

Ailleurs encore, le passage analogique s'opère *entre des matières distinctes*, mais où le même principe paraît devoir s'appliquer. Ainsi, pour reprendre des exemples exposés plus haut, le principe de l'effectivité de la nationalité a été étendu de la double nationalité à la naturalisation (aff. *Nottebohm*) ; le principe de la liberté de navigation dans les détroits a été étendu aux canaux internationaux (aff. du *Wimbledon*). Il ne s'agit là que de quelques exemples que l'on pourrait multiplier.

SECTION IV

RECEVABILITÉ DE L'ARGUMENT

L'utilisation de l'argument d'analogie fait l'objet de diverses objections. Les unes tiennent à l'absence des conditions requises pour qu'il y ait, à proprement parler analogie. Les autres ont un caractère plus fondamental ; elles s'attaquent à la légalité même du procédé.

§ 1. - L'absence des conditions requises

1. — On a vu, plus haut que l'analogie postule l'*identité de raison* juridique. En l'absence de celle-ci, l'analogie n'est pas acceptable. Il n'y a pas d'analogie.

La jurisprudence internationale s'est fréquemment prononcée en ce sens :

(54 *bis*) *Recueil T.A.M.*, X, p. 100.

a) Dans son avis du 11 avril 1949, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, la C.I.J. a refusé l'analogie entre lien de nationalité et lien de fonction publique internationale au travers de la notion d'allégeance :

« D'autre part, l'analogie tirée de la règle traditionnelle relative à la protection diplomatique des ressortissants à l'étranger ne peut, par elle-même, justifier une réponse affirmative. Il n'est pas possible, par un recours exagéré à l'idée d'allégeance, d'assimiler au lien de nationalité qui existe entre l'Etat et son ressortissant le lien juridique qui, selon l'article 100 de la Charte, existe entre l'Organisation, d'une part, et le Secrétaire général et le personnel du Secrétariat, d'autre part.

La Cour se trouve ici en présence d'une situation nouvelle... » (55).

b) Dans son avis du 11 juillet 1950 relatif au *Statut du Sud-Ouest africain*, la C.I.J. a repoussé l'analogie faite entre le mandat S.D.N. et la notion de mandat en droit interne, le but et l'organisation des deux institutions étant différents :

« La Société des Nations n'était pas, comme l'a allégué ce Gouvernement, un " mandant " au sens où ce terme est employé dans la législation interne de certains Etats. Elle avait seulement assumé une fonction internationale de surveillance et de contrôle. Le mandat n'avait de commun que le nom avec les notions, d'ailleurs diverses, de mandats en droit interne. Le but du mandat régi par des règles internationales dépassait de beaucoup celui de rapports contractuels régis par un droit national (...). Il n'est donc pas possible de tirer une conclusion par analogie des notions de mandat en droit interne ou de toute autre conception juridique de ce droit. » (56).

c) Dans une affaire *Wilhelm Werthahn et autres c. Conseil des Communautés européennes*, la question s'est posée, devant la C.J.C.E. de savoir si la disposition de l'art. 211 du Traité C.E.E. qui dispose que la Communauté est représentée par la Commission dans les Etats membres, devait être appliquée par analogie en cas de recours en réparation contre un acte du Conseil des Communautés. La Cour répondit par la négative :

« 7. Attendu que l'article 211 du traité concerne la capacité juridique et la représentation de la Communauté dans les ordres juridiques des différents Etats membres ;

(55) C.I.J., *Recueil*, 1949, p. 182. Plusieurs juges dans leur opinion dissidente, ont estimé que la Cour avait, en fait, recouru à plusieurs analogies : Hackworth, pp. 198, 199, 203 et Badawi Pacha, pp. 208, 210-212.

(56) C.I.J., *Recueil*, 1950, p. 132.

qu'en raison des différences que peuvent comporter, à cet égard, ces ordres juridiques, il était indiqué d'établir une règle valable dans tous les cas ;

que, dans l'ordre juridique communautaire, par contre, il est de l'intérêt d'une bonne administration de la justice, lorsque la responsabilité de la Communauté est engagée par le fait d'une de ses institutions, qu'elle soit représentée devant la Cour par la ou les institutions a qui le fait générateur de responsabilité est reproché ; » (57).

Nous arrêtons là les exemples (58).

2. — Ailleurs, on invoque que les circonstances qui entourent chaque rapport sont à ce point différentes ou spécifiques qu'on ne peut établir *aucune identité ou similitude de rapport*. Ici encore la jurisprudence internationale est fournie :

a) Dans l'affaire précitée des *Boutres de Mascate*, l'arbitre a souligné cet aspect :

« Considérant... que la concession *de facto* de la part de la Turquie, de transmettre le *status* de "protégés" aux descendants de personnes qui en 1863 avaient joui de la protection d'une Puissance Chrétienne, ne peut être étendue par analogie à Mascate, les circonstances étant entièrement différentes, puisque les protégés des Etats Chrétiens en Turquie sont d'une race, nationalité et religion différentes de celles de leurs maîtres Ottomans, tandis que les habitants de Sour et les autres Mascatais qui pourraient solliciter le pavillon Français, se trouvent à tous ces égards entièrement dans la même condition que les autres sujets du Sultan de Mascate. » (59).

b) A l'occasion du *différend relatif à l'interprétation du Traité de Paix*, la Commission de conciliation franco-italienne a refusé d'étendre par analogie à l'Ethiopie, des dispositions relatives aux « territoires cédés ». Il n'y avait eu ni cession ni transfert par l'Italie de l'Ethiopie, mais simplement reconnaissance par l'Italie de la réalité nouvelle :

(57) C.J.C.E., *Recueil*, 1973, p. 1246.

(58) Citons pêle-mêle les aff. suivantes :

— *Eastern Bank Ltd c. Gouvernement turc*, *Rec. T.A.M.*, VII, p. 188 ; — *Georges Pinson*, Com. franco-mexic., *R.S.A.*, V, § 69, p. 448 ; — C.P.J.I., aff. *Chorzow*, Série A, n° 8, p. 22 ; — C.P.J.I., aff. relative au *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Série AB, n° 41, p. 49 ; — C.J.C.E., 12 juil. 1957, *Algera et autres c. Assemblée commune de la C.E.C.A.*, *Recueil*, 1957, p. 127 ; — C.J.C.E. 14 fév. 1978, *I.F.G. et C.O.K.G. c. C.E.E.*, *Recueil*, 1978, p. 370.

(59) *R.S.A.*, XI, p. 94.

« On ne pourrait admettre la requête française qu'en appliquant par analogie au territoire éthiopien, qui n'a pas été et ne pouvait pas être cédé, les dispositions du Traité concernant les territoires cédés. Mais l'argumentation par analogie doit être exclue, le paragraphe 7 constituant une norme de caractère exceptionnel (...). La seule exception à ce système est celle de l'article 78, par. 7, du Traité, mais sa portée est limitée aux territoires cédés et au Territoire Libre de Trieste. On ne peut pas parler d'une *eadem ratio* aussi pour l'Ethiopie et l'Albanie. » (60).

c) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction Company*, la C.I.J. s'est demandé si elle pouvait procéder à la levée du voile de la personnalité de la société :

« 58. (...) on peut admettre que la levée du voile, procédé exceptionnel admis par le droit interne à l'égard d'une institution qu'il a lui-même créée, joue un rôle analogue en droit international. Il en découle que, dans l'ordre international également, il peut en principe y avoir des circonstances spéciales qui justifient la levée du voile dans l'intérêt des actionnaires. » (61).

Cherchant les circonstances où il a été procédé à cette levée — recherche du caractère ennemi (§ 60), indemnisation en cas de nationalisation — elle estime que ces cas ont un caractère *sui generis* (§ 61) :

« (...) or il faut bien voir qu'il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de procédés bien particuliers découlant de circonstances propres aux situations en cause. Vouloir en tirer des analogies ou des conclusions applicables à d'autres domaines, c'est méconnaître leur nature particulière de *lex specialis* et s'exposer, par conséquent, à des erreurs. » (62).

Par ailleurs, tout en reconnaissant qu'il y ait des analogies entre protection des sociétés et protection des individus, elle se refuse à étendre ici le concept de lien de rattachement effectif :

« 70. Lorsqu'il s'agit d'établir un lien entre une société et tel ou tel Etat aux fins de la protection diplomatique, le droit international se fonde, encore que dans une mesure limitée, sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus (...). Toutefois, sur le plan particulier de la protection diplomatique des personnes morales, aucun critère absolu applicable au lien effectif n'a été accepté de manière générale. Les critères que l'on a retenus ont un caractère relatif et l'on a parfois mis en balance les liens d'une société avec un Etat et ses liens avec un autre. A cet égard l'on s'est référé à l'affaire *Nottebohm* et en fait

(60) *R.S.A.*, XIII, p. 641.

(61) *Recueil*, 1970, p. 39.

(62) *Ibid.*, p. 40.

les parties l'ont fréquemment mentionnée au cours de la procédure. Toutefois, étant donné les aspects de droit et de fait que présente la protection en l'espèce, la Cour estime qu'il ne saurait y avoir d'analogie avec les questions soulevées ou la décision prise en cette affaire. » (63).

d) La Cour de justice des Communautés s'est prononcée à plusieurs reprises dans un sens similaire notamment en refusant d'étendre un délai de forclusion dans une situation non prévue au texte (64).

3. — Ailleurs encore on invoque le *caractère exceptionnel du thème ou du phore* pour s'interdire tout rapprochement :

a) Dans l'arrêt *Giorgio Bernardini c. Parlement européen*, la C.J.C.E. s'est refusée d'étendre une disposition relative à la nomination et à la promotion aux cas de désignation à titre intérimaire :

« 11. attendu que dans la rédaction des dispositions du statut ses auteurs se sont efforcés d'en indiquer la portée exacte par une terminologie précise ;

12. qu'il n'y a donc pas lieu d'en étendre la portée par une application analogique à des dispositions qu'elles ne visent pas de façon explicite ; » (65).

b) Dans un arrêt *Ville de Franckfort-sur-le-Main c. Max Neumann*, la C.J.C.E. a déclaré :

« (...) qu'en effet, la perception de redevance dans les cas visés à la directive est directement liée à l'instauration d'un système de contrôle communautaire et uniforme correspondant aux exigences qui découlent de l'instauration d'un tarif douanier commun ;

que, par contre, les redevances unilatéralement déterminées par les Etats membres font échec à cette nécessité et que, de ce fait, les textes qui en autorisent la perception ne peuvent être étendus au-delà de leur champ d'application propre. » (66).

On pourrait encore faire d'autres citations (67).

(63) *Ibid.*, p. 42.

(64) C.J.C.E., aff. *Miranda Mirossevich c. H.A. de la C.E.C.A.*, *Rec.*, 1956, p. 384.

(65) *Rec.*, 1971, p. 184.

(66) *Rec.*, 1978, p. 1637.

(67) C.J.C.E., aff. *Oehlmann c. Haupzollamt Münster*, *Rec.*, 1970, pp. 476 et ss.; aff. *Marie Josée Besnard c. Com. des Com. eur.*, *Rec.* 1972, p. 563 ; C.J.C.E., aff. *Alberto Villano c. Nordwestliche Eisen und Stahl-Berufsgenossenchaft et autres*, *Rec.*, 1979, p. 1860 ; C.J.C.E., aff. *Newth c. Com des Com.*, *Rec.*, 1979, p. 1951.

Le principe selon lequel *singularia non sunt extenda* a, au demeurant, une force particulière en droit international public où les rapports interétatiques sont particulièrement singularisés. Nous y reviendrons.

4. — La réfutation par le *prolongement de l'analogie*.

Un moyen particulièrement efficace de réfuter une analogie consiste à la poursuivre au-delà des limites de celui qui l'invoque de façon à ce qu'elle ne soit plus convainquante du tout.

Ainsi il n'était pas difficile, pour répondre à ceux qui parlaient de piraterie aérienne, de montrer que, passé l'effet recherché de condamnation d'un comportement blâmable, il n'y avait aucun rapport entre piraterie maritime et détournement d'avion. Aucun élément de la définition de la première ne se retrouvait dans le second.

Dans son opinion dissidente sous l'avis *Réparations des dommages subis*, le juge Badawi Pacha utilisa cette technique en citant toutes les organisations internationales dont la charte constitutive comportait une disposition similaire à celle de l'art. 100 de la Charte et en demandant s'il fallait par conséquent leur reconnaître, à elles aussi, un droit de protection de leurs fonctionnaires analogue à celui des Etats pour leurs ressortissants (68).

§ 2. - Légalité du procédé

Des objections d'un autre ordre sont soulevées à propos du recours à l'analogie. Ce procédé est-il licite ?

Il est certes incontesté qu'agissant comme « législateur » les Etats peuvent créer des textes par analogie. Il ne se font pas prier pour le faire. Tous les jours, ils recopient des textes conventionnels antérieurs pour les appliquer à des situations nouvelles analogues.

Il leur est aussi loisible d'inviter expressément l'interprète d'étendre le champ d'application d'une disposition spécifique aux situations analogues. Ainsi divers règlements ou directives de la C.E.E. comportent des articles invitant à une application ou à un classement par analogie.

(68) *Recueil*, 1949, p. 210.

Ainsi, dans son arrêt *Hauptzollamt Hamburg Oberelbe c. Firma P.G. Bollmann*, la C.J.C.E. a déclaré ce qui suit :

> « Attendu que, suivant une règle générale de classement tarifaire, exprimée par le paragraphe 5 des règles générales pour l'interprétation de la nomenclature du tarif douanier commun (règlement du Conseil n° 950/68,*J.O.*, 1968, n° L 172) les marchandises qui ne rentrent dans aucune des positions du tarif doivent être classées dans la position afférente aux articles les plus analogues ;
>
> que l'analogie entre les marchandises est appréciée en raison non seulement de leurs caractéristiques physiques, mais aussi de leur utilisation et de leur valeur commerciale. » (69).

Le vrai problème se pose lorsque rien n'est prévu. Les arbitres, juges et autres institutions appelées à appliquer le droit international peuvent-elles raisonner par analogie ?

La majeure partie de la doctrine qui s'est penchée sur la question, se montre réservée à l'égard de l'emploi de ce procédé.

Anzilotti, pour lequel il n'y a pas de droit en dehors de ce qui est établi par le moyen des accords entre Etats a, ainsi, pris la position qu'« on ne peut admettre l'extension par analogie des normes quand cette extension ne s'avère pas comme expressément ou tacitement voulue par les parties » (70). Karl Strupp a défendu une position identique (71). M. Jokl n'est pas moins catégorique :

> « En résumé, l'interprétation par analogie ne trouve point place parmi les procédés auxquels peut librement recourir le juge international, car il ne lui est pas permis de se servir d'éléments qui se trouvent être complètement inaptes à dévoiler la volonté réelle, ou tout au moins supposée des auteurs d'un traité. Or, le raisonnement par analogie conduit le juge à créer des règles fondées sur une similitude de situations où la volonté de ces auteurs ne joue pas le moindre rôle. » (72).

Charles Chaumont, faut-il le dire, exprime les mêmes réticences à l'égard des formes d'analogie qui ne correspondent pas à l'accord des Etats, soit directes, soit prenant la forme détournée des principes généraux du droit. C'est à bon droit qu'il trace comme suit les limites d'application des principes généraux du droit par le juge :

(69) *Recueil*, 1970, p. 82. Voy. encore *Recueil*, 1976, p. 2036 et de très nombreuses applications à propos de règlements relatifs à la sécurité sociale, par exemple, *Rec.*, 1972, p. 1105.

(70) Anzilotti D., *Cours de droit international*, Sirey, 1929, p. 116.

(71) Strupp K., « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.*, 1930, III, vol. 33, pp. 452 et ss.

(72) Jokl, *op. cit.*, pp. 107 et ss.

> « A notre avis, ce pouvoir consiste en ceci : le juge ne peut utiliser des principes généraux du droit interne que comme une méthode d'interprétation servant à déterminer la volonté des parties (...). On ne pourra interpréter la volonté des parties à l'aide de principes qui leur sont étrangers, c'est-à-dire qu'elles n'ont pas produits ou assimilés, parce que l'analogie ne peut avoir été connue à l'avance par les parties, à moins qu'elle ne l'aient prévue et voulue. » (73).

Certains Etats ont parfois exprimé leur opposition formelle à l'invocation de principes de droit civil en droit des gens, se fondant sur le principe que les restrictions apportées à la souveraineté doivent être interprétées étroitement et que « toutes les fois qu'il s'agit d'une restriction de la souveraineté il n'est pas licite d'opérer par voie d'analogie » (74).

La formule est sans doute trop radicale et il faut chercher le fondement de la réserve sur laquelle il convient de rester à l'égard de l'analogie dans la structure même de l'ordre juridique international.

Contrairement au droit interne qui est un ordre intégrant tous les sujets de droit dans un système sans faille, à la fois dans ses normes et ses institutions, le droit international est un droit parcellaire, éclaté, relatif. Les obligations s'y créent chaque fois en vertu d'une volonté spécifique. Ce tissu d'obligations n'est pas, à cet égard, sans rappeler le droit pénal. Et ce n'est pas pour rien que les textes répressifs sont d'interprétation stricte et ne peuvent faire l'objet d'extension par analogie, sauf s'il s'agit de dispositions favorables à l'accusé (75).

Le trait fondamental de la démarche analogique mis en lumière par Gény, la recherche de « principes intimes » dont on déduit ensuite de nouvelles applications, repose sur une conception systématique de l'ordre juridique — qui hante sans doute tous les juristes (76) — mais dont on peut douter qu'elle soit appropriée

(73) *R.C.A.D.I.*, « Cours général », *op. cit.*, pp. 462 et ss. Voy. encore pp. 458, 460 et 506.

(74) Position du Gouvernement allemand dans l'aff. relative à l'*Interprétation de l'art. 11 du Protocole de Londres du 9 août 1924*, *R.S.A.*, II, p. 761.

(75) Foriers P., « L'interprétation par analogie en droit belge », *Rapports belges du Xe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 47.

(76) Siorat déclare ainsi que « l'objectif essentiel de la science du droit est de systématiser, le droit ne pouvant se contenter de la considération exclusive d'une multiplicité de solutions particulières et isolées » (*op. cit.*, p. 358).

au droit international en dehors de la zone, limitée et aux contours indistincts, des règles de droit international réellement universelles.

En dehors de cette zone, rien ne permet de décider de régler le thème sur base d'un phore adopté par des Etats, pas nécessairement les mêmes d'ailleurs, dans une autre situation ou dans une autre matière.

Anzilotti avait ainsi mis en cause le mécanisme des « constructions juridiques ». Prenant l'exemple du protectorat, il estimait qu'un accord relatif à l'établissement d'un protectorat ne pouvait être appliqué par analogie à un autre cas semblable par la construction d'un concept « protectorat » auquel le droit international attacherait des effets d'ordre général (77).

Le souci d'égalité, souligné par Gény (78), la préoccupation d'appliquer à des cas analogues des solutions identiques, n'est rien d'autre qu'un acte créateur et, en fin de compte, politique, substituant la volonté de l'interprète à celle des sujets de droit intéressés. Ceci ne veut pas dire que tout recours à l'analogie et toute construction ou systématisation soient, en elles-mêmes, criticables, mais bien que, pour être légitimes elles doivent s'appuyer sur la volonté des Etats en cause dûment constatée.

*
**

Une étude de l'argument d'analogie nous ramène donc à un des piliers de l'enseignement de Charles Chaumont : le caractère indispensable de l'accord des Etats pour fonder la règle de droit.

On ne peut se cacher cependant, qu'appelé à discerner cet accord, le juge, si on l'autorise à exercer sa compétence, a un rôle éminemment créateur. Certes, le juge se donne rarement pour créateur ;

(77) Exemple cité par Castberg F., « La méthodologie du droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1933, I, vol. 43, p. 354. Cavaglieri dans son cours « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, 1929, I, p. 322 écrivait : « Il faut s'abstenir de généralisations et même user avec une extrême prudence de l'interprétation par analogie, pour éviter d'attribuer à un Etat une obligation juridique internationale, qu'il n'a jamais reconnue. Le travail théorique d'abstraction positive, par lequel, dans le droit privé, l'interprète parvient à remonter de la comparaison et du groupement des règles particulières à la construction des grandes catégories du droit et à la détermination des règles générales du système, n'est pas possible dans le droit international ».

(78) *Op. cit.*, pp. 119 et 122.

il s'emploie à offrir l'image rassurante d'un organe soumis au droit international, qu'il a la tâche de dire, et respectueux de la volonté des parties. Dans l'ensemble son comportement est d'ailleurs conforme à cette politique judiciaire. Mais, il n'en demeure pas moins, qu'il possède une marge appréciable pour découvrir, et parfois créer, la volonté des Etats — on l'a dira « présumée » dans cette dernière hypothèse — ou pour mettre jour, par voie de constructions et de systématisations qu'il élabore ou reprend à son compte, les principes qui guident les actions des Etats.

Cette découverte, cette mise au jour, par la technique de l'analogie, mettent en œuvre une série de mécanismes, qui, tous, impliquent à vrai dire des choix : mise en évidence des éléments de fait ou de droit permettant de découvrir l'identité ou la similitude des rapports, plutôt que leur hétérogénéité ou leur spécialité et de révéler l'identité de raison juridique.

Et qui dit choix, dit valeurs.