



UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS

Alain PELLET

RECHERCHE SUR LES
PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT
EN DROIT INTERNATIONAL

Thèse pour le doctorat
présentée et soutenue publiquement
le 9 Février 1974

Jury :

Président : Madame le Professeur Suzanne BASTID, Membre de l'Institut

Suffragants : Monsieur le Professeur Paul REUTER

Monsieur le Professeur Michel VIRALLY

**UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE
ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS**

Alain PELLET

**RECHERCHE SUR LES
PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT
EN DROIT INTERNATIONAL**

**Thèse pour le doctorat
présentée et soutenue publiquement
le 9 Février 1974**

Jury :

Président : Madame le Professeur Suzanne BASTID, Membre de l'Institut.

Suffragants : Monsieur le Professeur Paul REUTER

Monsieur le Professeur Michel VIRALLY

L'UNIVERSITE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE SCIENCES SOCIALES DE PARIS n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité Juridique - Droit Administratif
A.J.I.L.	American Journal of International Law
A.F.D.I.	Annuaire Français de Droit International
Ann. C.D.I.	Annuaire de la C.D.I.
Ann. Conv. Eur. Dts H.	Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme
Ann. I.D.I.	Annuaire de l'Institut de Droit International
Ann. Jur. N.U.	Annuaire Juridique des Nations Unies
Ann. Soviétique	Annuaire Soviétique de Droit International
A.S.D.I.	Annuaire Suisse de Droit International
B.I.R.D.	Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement
Bull. Off. O.I.T.	Bulletin Officiel de l'O.I.T.
B.Y.B .I.L.	British Yearbook of International Law
C.E.	Conseil d'Etat
C.E.C.A.	Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
C.E.E.	Communauté Economique Européenne
C.E.E.A.	Communauté Européenne de l'Energie Atomique
C.I.J.	Cour Internationale de Justice
C.J.C .E.	Cour de Justice des Communautés Européennes
C.J.C.E.C.A.	Cour de Justice de la C.E.C.A.

Com. Conc.	Commission de Conciliation
Concl.	Conclusions
C.P.A.	Cour Permanente d'Arbitrage
C.P.J.I.	Cour Permanente de Justice Internationale
D.	Recueil Dalloz
Dig.	Digeste
D.P.	Recueil Périodique Dalloz
E.D.C.E.	Etudes et Documents du Conseil d'Etat
F.M.I.	Fond Monétaire International
Int. Adj. M.S.	J.B. MOORE, International Adjudications, Modern Series
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
I.L.R.	International Law Reports
J.C.P.	Jurisclasseur Périodique
J.D.I.	Journal du Droit International
J.O.	Journal Officiel
J.Cl.D.I.	Jurisclasseur de Droit International
Kiss.	Répertoire de la pratique française en matière de Droit International Public
Leb.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat - Recueil Lebon

Mél;	Mélanges (offerts au juriste dont le nom suit) (V. le titre complet dans la bibliographie) (Mél. GENY V. Rec. GENY)
Mém.	Mémoires
O.A.C.I.	Organisation de l'Aviation Civile Internationale
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de Développement économique
O.E.C.E.	Organisation Européenne pour la Coopération Economique
O.I.T.	Organisation Internationale du Travail
O.N.U	Organisation des Nations Unies
O.N.U.C.	Force des Nations Unies au Congo
Op. diss.	Opinion dissidente
Op. indiv.	Opinion individuelle
Pas. I.	Pasicrisie Internationale
P.V.	Procès Verbal des réunions du Comité de Juristes 26 Juin - 24 Juillet 1920
R.A.I.	Recueil des Arbitrages Internationaux (La Pradelle et Politis)
R.B.D.I.	Revue Belge de Droit International
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
R.C.D.I.P.	Revue Critique de Droit International Privé

R.D.I.	Revue du Droit International
R.D.I.L.C.	Revue du Droit International et de Législation Comparée
R.D.P.	Revue du Droit Public et de la Science Politique
Rec.	Recueil (des décisions de la juridiction dont le nom précède)
Rec. Com. Conc.	Recueil des décisions de la Commission de Conciliation (constituée entre les pays dont les noms précèdent)
Rec. Décisions Com.	Recueil des Décisions de la Commission (dont le nom précède)
Rec. GENY	Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'honneur de François GENY
Rec. T.A.M.	Recueil des Tribunaux Arbitraux Mixtes
Rev. Trim. Dt. Eur.	Revue Trimestrielle de Droit Européen
R.F.S.P.	Revue Française de Science Politique
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public
Rivista	Rivista di Diritto Internazionale
R.S.A.N.U.	Recueil des Sentences Arbitrales Publiées par les Nations Unies
S.	Recueil Sirey
Scott	The Hague Court Reports

S. d N.	Société des Nations
T.A.M.	Tribunal Arbitral Mixte
T.A.N.U.	Tribunal Administratif des Nations Unies
T.A.O.I.T.	Tribunal Administratif de l'O.I.T.
T.A.S.d.N.	Tribunal Administratif de la S.d.N.
T.C.	Tribunal des Conflits
U.E.O.	Union de l'Europe Occidentale
U.N.E.S.C.O.	United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization
Z.a;ö.R.V.	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

MODES DE CITATION

1 - Publications de la C.P.J.I. et de la C.I.J.

Les arrêts, avis consultatifs et ordonnances sont citées conformément au mode officiel de citation préconisé par l'Annuaire de la Cour, 1973 (p.149)

Les opinions individuelles et dissidentes sont indiquées après le nom de l'affaire, la nature de la décision rendue, l'année, le nom de la juridiction, la série et le numéro de la publication.

Exemple : Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 19 août 1929, C.P.J.I., série A n° 22, op. indiv. NEGULESCO, p. 36.

Les mémoires, plaidoieries et documents sont également cités conformément aux références abrégées préconisées par l'Annuaire de la Cour, 1973 (p.158) avec l'indication de la nature et de la provenance du document cité.

2 - Sentences arbitrales ; décisions des juridictions internationales autres que la C.I.J. et la C.P.J.I.

Les sentences arbitrales ^{sont} citées ainsi : nom de l'affaire (en adoptant chaque fois que possible l'appellation retenue par le Recueil des Sentences Arbitrales publiées par les Nations Unies), parties au différend, tribunal ayant rendu la sentence, date, publication, page (la page renvoie en principe à l'endroit d'où est extrait le passage cité ou dont il est question, non au début de la sentence).

Exemple : Affaire de l'Orinoco Steamship Cy. (Etats-Unis-Vénézuéla), C.P.A. (Président : H. LAMMASCH), 25 octobre 1910, R.S.A.N.U. XI, p.328

Les décisions rendues par des juridictions internationales autres que la C.I.J. et la C.P.J.I. sont citées ainsi : nom de la juridiction, éventuellement numéro de l'affaire, nom de l'affaire, date, publication, page.

Exemple : C.J.C.E., affaire 7/72, Société Boehringer Mannheim GmbH, 14 décembre 1972, Rev. Trim. Dt. Eur. 1973, p. 95.

(Les arrêts rendus par la Cour de Justice de la C.E.C.A. et par la Cour de Justice des Communautés Européennes sont cités de la même façon).

Les jugements des tribunaux administratifs internationaux sont cités ainsi : juridiction, numéro du jugement, nom de l'affaire, date.

Exemple : T.A.N.U., jugement n° 18, CRAWFORD, 21 août 1953.

3 - Décisions rendues par les juridictions internes

Celles-ci sont en principe citées conformément aux usages de chaque Etat.

4 - Ouvrages et articles

Ils sont en principe cités ainsi lors de la première mention : auteur, titre, nom de la revue, année, page - pour les articles.

Ensuite, seuls le nom de l'auteur et le titre (parfois abrégé) sont indiqués; pour obtenir les autres renseignements qui seraient nécessaires, se reporter à la liste alphabétique des articles et ouvrages utilisés, reproduite à la fin de ce travail.

Exemple : Bin CHENG, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Avant-Propos de Georg SCHWARZENBERGER, Stevens and Sons Ltd., Londres, 1953, p.365. (première mention).

Bin CHENG, General Principles of Law..., préc.,
p. 227. (citations ultérieures).

Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse entre
un organisme d'Etat et une société privée étrangère"-(Sapphire
International Petroleum Ltd. C. National Iranian Oil Cy.),
A.S.D.I., 1962, pp. 273-302. (première mention).

Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse...",
préc., p. 285. (citations ultérieures).

5 - Documents des Nations Unies

Ils sont cités conformément aux cotes officielles.

INDEX DES DECISIONS ET AVIS CITÉS (1)

Cour Permanente de Justice Internationale	p. XIII
Cour Internationale de Justice	p. XIX
Cour Permanente d'Arbitrage	p. XXVI
Commission Mixte Etats-Unis - Grande Bretagne (1794)	p. XXVII
Commission Mixte Etats-Unis - Mexique (1868)	p. XXVII
Commission Mixte Etats-Unis - Grande-Bretagne (1871)	p. XXVII
International Boundary Commission (1899)	p. XXVIII
Commission Mixte France - Vénézuéla (1902)	p. XXVIII
Commission Mixte Etats-Unis - Vénézuéla (1903)	p. XXVIII
Commission Mixte Allemagne - Vénézuéla (1903)	p. XXX
Commission Mixte Italie - Vénézuéla (1903)	p. XXX
Commission Mixte Allemagne - Vénézuéla (1903)	p. XXX
Commission Mixte Etats-Unis - Grande Bretagne (1910)	p. XXIX
Tribunal Arbitral Mixte Franco-allemand (1919)	p. XXX
Tribunal Arbitral Mixte Gréco-bulgare (1919)	p. XXXI
Commission Mixte Etats-Unis - Allemagne (1922)	p. XXX
Commission Mixte Etats-Unis - Mexique (1923) General Claims Commission Spécial Claims Commission	p. XXXII
Commission Mixte France - Mexique (1924)	p. XXXIV
Commission Mixte Allemagne - Mexique (1925)	p. XXXIV
Commission Mixte Grande-Bretagne - Mexique (1926)	p. XXXIV

(1) A l'exception des arrêts et jugements rendus par les juridictions internes.

Commission de Conciliation Etats-Unis - Italie (1947)	p. XXXV
Commission de Conciliation France - Italie (1947)	p. XXXVI
Commission de Conciliation Grande-Bretagne - Italie (1947)	p. XXXVII
Tribunal des Nations Unies en Libye (1950)	p. XXXVIII
Arbitrages divers	p. XL
Cour et Commission Européennes des Droits de l'Homme	p. XLVI
Cour de Justice de la C. E. C. A.	p. XLVIII
Cour de Justice des Communautés Européennes	p. XLIX
Tribunal Administratif de la S. d. N.	p. LIV
Tribunal Administratif de l'O. I. T.	p. LV
Tribunal Administratif des Nations Unies	p. LVII
Commission de Recours de l'O. T. A. N.	p. LX
Commission de Recours du C. I. H. E. A. M.	p. LX
Tribunal Administratif de l'O. E. A.	p. LX

Les arrêts, avis et ordonnances rendus par la C. P. J. I.
et la C. I. J. sont cités par ordre chronologique.

Les décisions des autres Cours, Tribunaux et Commissions
sont cités selon l'ordre alphabétique du nom des affaires.

COUR PERMANENTE de JUSTICE INTERNATIONALE (1)

Compétence de l'O. I. T. pour la réglementation internationale des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture

Avis du 12 août 1922

mémoires 117, 118, 119

Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc

Avis du 7 février 1923 82

mémoires 82

Statut de la Carélie orientale

Avis du 23 juillet 1923 297

Vapeur Wimbledon

Arrêts du 17 août 1923 82, 84, 118, 122, 413

mémoires 77, 230

Colons allemands en Pologne

Avis du 10 septembre 1923

mémoires 76, 246, 265, 266, 302
428

Jaworzina

Avis du 6 décembre 1923 83

mémoires 77, 78, 118, 119, 205

264, 265, 277, 298, 301,
315

(1) Arrêts, avis et ordonnances cités par ordre chronologique.

Concessions Mavrommatis en Palestine

Arrêt n° 2 du 30 août 1924	119, 136, 248, 307
opinions	391
mémoires	253

Monastère de Saint-Naoum

Avis du 4 septembre 1924	82
--------------------------	----

Traité de Neuilly, article 179, annexe, paragraphe 4 (interprétation)

Arrêt du 19 septembre 1924	
mémoires	77

Echange des populations grecques et turques

Avis du 21 février 1925	321
-------------------------	-----

Concessions Mavrommatis à Jérusalem

Arrêt n° 5 du 26 mars 1925	81
mémoires	77, 82, 253, 301

Service postal polonais à Dantzig

Avis du 16 mai 1925	82, 118, 321
mémoires	82, 264

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise

Arrêt n° 6 (compétence) du 25 août 1925	81, 82, 83, 301
mémoires	77, 139, 265

Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne

Avis du 29 novembre 1925	81, 123
mémoires	247, 253

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise

Arrêt n° 7 (fond) du 25 avril 1926	81, 124, 137, 277, 344 418
------------------------------------	-------------------------------

Usine de Chorzow

Arrêt n° 8 (compétence) du 26 juillet 1927

mémoires 317

Lotus

Arrêt du 7 septembre 1927 11, 343

opinions 208, 391

mémoires 78, 227

Compétence de la Commission européenne du Danube

Avis du 8 décembre 1927 84, 118 413

mémoires 118, 254, 304

Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzow)

Arrêt du 16 décembre 1927

opinions 124, 374, 375

Droits des minorités en Haute Silésie (écoles minoritaires)

Arrêt du 26 avril 1928 297, 301

mémoires 77, 265

Interprétation de l'accord gréco-turc du 1er décembre 1926 (protocole final article IV)

Avis du 28 août 1928 81, 123

mémoires 124

Usine de Chorzow

Arrêt n° 13 (fond) du 13 septembre 1928 81, 87, 89, 321, 354

mémoires 78, 83, 230, 277, 285

Arrêt

Emprunts Serbes(arrêt n° 14) et Emprunts brésiliens (n°15)

Arrêts du 12 juillet 1929 84, 118, 119, 162, 321

mémoires 75, 78, 265

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex

Ordonnance du 19 août 1929	83, 84,
mémoires	78, 83, 227

"Communautés" Gréco-Bulgares

Avis du 31 juillet 1930	
mémoires	p 321

Ville libre de Dantzig et O. I. T.

Avis du 26 août 1930	
mémoires	302

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex

Ordonnance du 6 décembre 1930	83, 118
mémoires	83

Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig.

Avis du 4 février 1932	118
------------------------	-----

Interprétation de l'accord Gréco-Bulgare du 9 décembre 1927

Avis du 8 mars 1932	82
mémoires	76, 82, 301

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex

Arrêt du 7 juin 1932	83, 84
mémoires	83

Interprétation du statut du territoire de Memel (fond)

Arrêt du 11 août 1932	82
mémoires	82, 315

Statut juridique du Groënland oriental

Arrêt du 5 avril 1933

82, 304

mémoires

78, 232, 266, 425

Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro tchécoslavaque
(Université Peter Pasmány)

Arrêt du 15 décembre 1933

p 82

mémoires

p 304

Affaire franco-hellénique des phares

Arrêt du 17 mars 1934

p 119, 321

opinions individuelles

ou dissidentes

p 266

Oscar Chinn

Arrêt du 12 décembre 1934

mémoires

78, 334

opinions

373

Compatibilité de certains décrets-lois danzikois avec la constitution de la
Ville-libre

Avis du 4 décembre 1935

mémoires

p 78

Phosphates du Maroc

Arrêt du 14 juin 1936

mémoires

78, 124, 265, 289, 304,
305

Losinger

Ordonnance du 27 juin 1936

mémoires

78, 171, 205 425

Pajzs, Csaky, Esterhazy

Arrêt du 16 décembre 1936	84
mémoires	390

Prises d'eau à la Meuse

Arrêt du 28 juin 1937	88
opinions	88, 248, 373, 385
	338
mémoires	232

Borchgrave

Arrêt du 6 novembre 1937	
opinions	
mémoires	p 232

Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis

Arrêt du 28 février 1939	p 82
opinions	p 88, 338
mémoires	p 78, 82

Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie

Arrêt du 4 avril 1939	p 88
opinions	p 88, 248, 373
mémoires	p 232

COUR INTERNATIONALE de JUSTICE

Détroit de Corfou

Arrêt du 25 mars 1948 (exception préliminaire) 297

Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations-Unies
(Article 4 de la Charte)

Avis du 28 mai 1948

opinions 248

Détroit de Corfou

Arrêt du 9 avril 1949 (fond) 86, 156, 352

409

opinions 301

Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies

Avis du 11 avril 1949 148, 154, 156

Détroit de Corfou

Arrêt du 15 décembre 1949 (fixation du montant des réparations)

opinions 89

Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux
Nations-Unies

Avis du 3 mars 1950 118

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie
et de la Roumanie (première phase)

Avis du 30 mars 1950

opinion 415

Statut international du Sud-Ouest africain

Avis du 11 juillet 1950	89, 90
opinions	197, 199, 289, 413

Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie

Avis du 18 juillet 1950 (deuxième phase)	
opinions	156

Droit d'asile

Arrêt du 20 novembre 1950	232
---------------------------	-----

Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile

Arrêt du 27 novembre 1950	p 156
---------------------------	-------

Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,

Avis consultatif du 28 mai 1951	p 409
---------------------------------	-------

Pêcheries

Arrêt du 18 décembre 1951	
opinions	89, 207, 302

Anglo Iranian Oil Co.

Arrêt du 22 juillet 1952	162
opinions	255
mémoires	78

Ambatielos		
	Arrêt du 19 mai 1953	
	mémoires	76, 77
Minquiers et Ecrehous		
	Arrêt du 17 novembre 1953	
	opinions	384
Nottebohm		
	Arrêt du 18 novembre 1953 (exception préliminaire)	123
Or monétaire pris à Rome en 1943		
	Arrêt du 15 juin 1954	297
Traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage.		
	Ordonnances du 12 juillet 1954	297
Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité		
	Avis du 13 juillet 1954, 86, 87, 123, 125, 147, 152, 154, 205, 285, 317, 321,	
	opinions	92, 124, 125, 390
Nottebohm, deuxième phase,		
	Arrêt du 6 avril 1955	89, 136, 138
	opinions	92, 406

Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et
pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain

Avis du 7 juin 1955	89	P 419
mémoires	123	

Incidents aériens du 10 mars 1953 et du 7 octobre 1952

Ordonnance du 14 mars 1956	297
----------------------------	-----

Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest
africain

Avis du 1er Juin 1956	
opinions	117, 405
mémoires	117

Jugements du Tribunal administratif de l'O. I. T. sur requêtes contre
l'Unesco

Avis du 23 octobre 1956	125, 144, 156, 390
opinions	300

Certains emprunts norvégiens

Arrêt du 6 juillet 1957	
opinions	248, 265 419
mémoires	76

Droit de passage sur territoire indien

Arrêt du 26 novembre 1957 (exceptions préliminaires)	86, 351
opinions	89, 415, 419
mémoires	75, 79

Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs

Arrêt du 28 novembre 1958

opinions	89, 90, 92, 228, 233, 265, 408, 418
----------	--

Interhandel

Arrêt du 1959

opinion	388
---------	-----

Souveraineté sur certaines parcelles frontalières

Arrêt du 20 juin 1959

opinions	266
----------	-----

Droit de passage sur territoire indien.

Arrêt du 12 avril 1960 (fond)

opinions	85, 119, 232, 410, 413 198, 247, 289, 383, 419
mémoires	247, 265

Temple de Préah Vihéar

Arrêt du 26 mai 1961 (exceptions préliminaires) 118, 300

Temple de Préah Vihéar

Arrêt du 15 juin 1962 (fond)

opinions	124, 323 91, 92, 124, 290, 337
----------	-----------------------------------

Sud-Ouest africain

Arrêt du 21 décembre 1962 (exceptions préliminaires)

opinions	91, 301
----------	---------

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited,

Arrêt du 24 juillet 1964 (exceptions préliminaires) 290

mémoires 76, 77, 124, 139

opinions 388

Sud-Ouest africain

Arrêt du 18 juillet 1966 (deuxième phase) 85, 345, 383

opinions 91, 92, 134, 193, 198

206, 227, 228, 230, 250, 284, 297,

309, 354, 384, 400, 420

mémoires 123

Plateau continental de la Mer du Nord

Arrêt du 20 février 1969 85, 340, 371

opinions 89, 90, 197, 217, 248, 34

383, 384, 385, 400

mémoires 78, 415

Barcelona Traction Light and Power Company Limited,

Arrêt du 5 février 1970 (deuxième phase) 140, 294

opinions 89, 125, 130, 228, 331,

400

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de
l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant
la résolution 276 (1970) du conseil de sécurité.

Avis du 21 juin 1971 86, 87, 123, 125, 134, 323

opinions 89, 91, 92, 118, 123, 265

266, 295, 306, 311, 323

mémoires 76, 77.

Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI

Arrêt du 18 août 1972

86, 123

Compétence en matière de pêcheries (Royaume Uni c. Islande)

Arrêt du 2 février 1973 (Compétence de la Cour) 86, 123

Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif
des Nations - Unies

Avis du 12 juillet 1973

85, 125, 155, 156

opinions

92, 122, 123, 125, 266

385

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE

Armateurs norvégiens, 13 Octobre 1972, R. S. A. N. U. I. 309

p 231, 387

Concession des phares de l'Empire Ottoman 24/27 juillet 1956 RSANU

XII p 155

p 106

Droit de préférence réclamé par les puissances bloquantes (Vénézuéla)

22 février 1904, RSANU IX p 100

p 29

Fonds pieux des Californies 14 octobre 1902, RSANU IX; 1

p 29, 30, 35, 302

Grisbadarna, 23 octobre 1909, RSANU XI 147

Scott p. 487

p. 268

Indemnité Russe, 11 novembre 1912, RSANU XI 421

p 29, 30, 34, 119, 208, 285

Orinoco Steamship, 25 octobre 1910, RSANU XI 227

p 117

Timor (frontières néerlandaises - portugaises dans l'île de) 25 juin 1914,

RSANU XI 481

p 246, 266

COMMISSION MIXTE GRANDE-BRETAGNE-ETATS-UNIS

(instituée par l'article V du traité du 19 novembre 1794)

Betsey 1797		Moore : Int. Adj. M. S. p 182 p 28, 123
Jamaïca	17 mai 1798	Moore : Int. Adj. M. S. p 498 p 28
Neptune	26 juillet 1797	Moore : Int. Adj. M. S. p 424 p 28, 385
Sally	13 juillet 1797	Moore : Int. Adj. M. S. 325 p 28

COMMISSION MIXTE ETATS - UNIS - MEXIQUE

(instituée par le traité du 4 juillet 1868)

Don Rafaël Aguirre	16 avril 1874	Pas. I. p. 76 p. 118, 119
--------------------	---------------	------------------------------

COMMISSION MIXTE ETATS-UNIS - GRANDE BRETAGNE

(instituée par le traité du 8 mai 1871)

Brain, décision n° 447	R. A. I. III. 279	p. 43
Miettugh, décision n° 357	R. A. I. III. 279	p. 43
Shermann, décision n° 359	R. A. I. III. 279	P. 43

INTERNATIONAL BOUNDARY COMMISSION

(instituée par le traité de 1889)

Chamizal (Etats-Unis Mexique) du 15 juin 1911

R S A N U XI 308

COMMISSION MIXTE FRANCE - VENEZUELA

(instituée par le protocole du 19 février 1902)

Daniel R S A N U X 22 p 123

Fabiani (Antoine), décision du 31 juillet 1905 R S A N U X 83 p 124

Héritiers Massiani, décision du 31 juillet 1905 R S A N U X 159 p 124

COMMISSION MIXTE ETATS-UNIS - VELEZUELA

(institu°e par le protocole du 7 février 1903)

Dix R S A N U IX 12 p 121, 285

Flutie R S A N U IX 151 p 123

Heny R S A N U IX 134 p 231

Orinoco Steamship Company R S A N U IX 200 p 139, 171, 200

Spader R S A N U IX 223 p 35, 289

Stenson R S A N U IX 385 p 35

COMMISSION MIXTE ETATS-UNIS GRANDE BRETAGNE

(instituée par le Traité du 18 août 1910)

Béthune (Henry-James) aff. du "Lord Nelson" 1er mai 1914 RSANU VI p 32
p 121, 354

La "Canadienne" 1er mai 1914 RSANU VI p 29 p 234

Eastern Extension, Australia and China Telegraph Company Limited
décision du 9 novembre 1923 RSANU VI p 112
p 105 362

Indiens Cayuga 22 janvier 1926 RSANU VI p 173
p 30

Lindisfarne 18 juin 1913 RSANU VI p 21
p 30, 231

"Lord Nelson" voir Béthune

Newchwang (China navigation Cy Limited) 9 décembre 1921
RSANU VI p. 65
P 30, 124, 264

"Wanderer" 9 décembre 1921 RSANU VI p 68
p 119

Yukon-Lumber 18 juin 1913 RSANU VI p 17
p 30

COMMISSION MIXTE ALLEMAGNE VENEZUELA

(instituée par protocoles des 13 février et 17 mai 1903)

Christern and C° R S A N U X 435 p 121

Wenzel R S A N U X 428 p 138

Opinion de l'Empire Duffield, R S A N U X p 363 p 248, 389
concernant des problèmes d'intérêt général

COMMISSION MIXTE ITALIE - VENEZUELA

(instituée par les protocoles des 13 février et 17 mai 1903)

Brignone R S A N U X p 542 p 138, 234

Gentini R S A N U X p 551 p 35, 285, 387

Oliva R S A N U X p 600 (31 décembre 1903) p 285

TRIBUNAL ARBITRAL MIXTE FRANCO - ALLEMAGNE

Compagnie des chemins de fer du Nord 8 avril 1929 R S A N U IX p 67
p 138

COMMISSION MIXTE ALLEMAGNE - ETATS-UNIS

(instituée par le traité de Berlin du 10 août 1922)

Drier (Katharine) 29 juillet 1935 R S A N U VIII 127
p 125

Lebriglivalley Lailroad Cy 15 décembre 1933, R S A N U VIII p 160
p 104, 125, 213

American - Hawaian St camship Cy, 30 septembre 1926 R S A N U VIII 27
p 415 et 419

"Lusitania" 1er novembre 1923

R S A N U VII 32

p 321

Providence Rutual Life Insurance Cy. 18 septembre 1924

R S A N U VII 91

p 103

XXX 2ème décision administrative 1er novembre 1923

R S A N U 23

p 103, 235, 378

TRIBUNAL ARBITRAL MIXTE GRECO-BULGARE

Sarropoulos c/ Etat bulgare

14 février 1927 Rac. TAM VIIp 47

p 104, 318, 399

COMMISSION MIXTE ETATS-UNIS - MEXIQUE

(instituée et prorogée par les traités du 8 septembre 1923, 16 août 1927
et 2 septembre 1929)

Général claims commission

Cook (George W.) 8 octobre 1930 R S A N U IV 593

p 205, 324

Davies 23 mars 1927 R S A N U IV 139

p 204

Dickson Car Wheel Cy juillet 1931 R S A N U IV 669

p 208, 302

Dillon 3 octobre R S A N U IV 368

p 322

Dujay (Fannie P.) 8 avril 1929 R S A N U IV 449

p 277, 295

International Fisheries C° juillet 1931 R S A N U IX 691

p 275, 322

Kling (Lillie S.) 8 octobre 1930 R S A N U IV 575

p 124

Mc Near (G.W.) 10 octobre 1928 R S A N U IV 373

p 138

Parker (William) 31 mars 1926 R S A N U IV 35

p 124

Way (William T.) 18 octobre 1928 R S A N U IV 391

p 105, 213, 234

SPECIAL CLAIMS COMMISSION

(instituée le 10 septembre 1923)

Naomi Russel 24 avril 1931 R S A N U IV 805

p 119, 188

Santa Isabel (Cornelia J. Pringle et a.) 26 avril 1926, R S A N U IV p 783

p 386, 387

COMMISSION MIXTE FRANCE/MEXIQUE

(instituée par le traité du 25 septembre 1924)

Pinson (Georges), décision n° 1

19 octobre 1928 R.S.A.N.U. V 327

p. 46, 105, 118,
302

XXX Décision administrative n° 23

24 juin 1929 R.S.A.N.U. V 559

p. 105

COMMISSION MIXTE ALLEMAGNE/MEXIQUE

(instituée par le traité du 16 mars 1925)

Klemp (Carlos),

11 avril 1927 R.S.A.N.U. V 579

p. 265

COMMISSION MIXTE de RECLAMATIONS GRANDE-BRETAGNE/MEXIQUE (instituée par le traité du 19 novembre 1926)

Eagle Star and British Dominions Insurance Cy Ltd

23 avril 1931 Rec. décisions Com. 35

p. 322

Madera Company Ltd (n° 41)

13 mai 1931 Rec. décisions Com. 71

p. 139, 226

Roeburn (Ruth Mabel) (décision n° 38)

13 mai 1931 Rec. décisions Com. 55

p. 265

XXX décision n° 12 (aff. 2, 28, 40, 50 et 55)

15 février 1930 Rec. décisions Com. 109

p. 138, 249

COMMISSION de CONCILIATION ETATS-UNIS/ITALIE

(instituée par le traité de paix avec l'Italie du 10 février 1947)

Amabile, décision n° 11

25 juin 1952 R.S.A.N.U. XIV 115

p. 234

Annolfo (Frederico et Benniamino d' ...)
décision n° 174

25 juin 1957 R.S.A.N.U. XIV 325

p. 124, 323

Gutman Bacharach (Hilde), décision n° 22

19 février 1954 R.S.A.N.U. XIV 187

p. 119

COMMISSION de CONCILIATION FRANCE/ITALIE

Bonnet - Piemontese

1er décembre 1950 R.S.A.N.U. XIII 75

106

Ghez (Héritiers de Treves Nella)

20 décembre 1962 Rec. Com. Conc. 7 102

p. 387

Guillemot - Jacquemin, décisions 9 et 33

14 décembre 1948 et 29 août 1949
R.S.A.N.U. XIII 62

p. 138, 235

Interprétation et application de l'article 78, paragr. 7
du Traité de Paix, décision n° 201

16 mars 1956 R.S.A.N.U. XIII 626

p. 118, 119, 416

Ottoz, décision n° 85

18 décembre 1950 R.S.A.N.U. XIII 232

Rizo, décision n° 196

7 décembre 1955 Rec. Com. Conc. 5 260

p. 106

Societa mineraria e metallurgica di Pertusola,
décision n° 95

8 mars 1951 R.S.A.N.U. XII 174

p. 117, 119, 210

COMMISSION de CONCILIATION GRANDE-BRETAGNE/ITALIE

Grant-Smith, décision n° 2

4 mars 1952 R.S.A.N.U. XIV 13

p. 124

TRIBUNAL des NATIONS UNIES en LYBIE

(établi par la Résolution 388 (V) du 15 décembre 1950
de l'Assemblée Générale des Nations Unies)

Affaire relative aux institutions, sociétés et associations
visées à l'article 5 de l'accord conclu entre les Gouverne-
ments britannique et italien concernant la disposition de
certains biens en Italie.

3 juillet 1954 R.S.A.N.U. XII 373

p. 324

Salem

8 juin 1932 R.S.A.N.U. II 1161

p. 265

Sapphire International Petroleum Ltd
v. the National Iranian Oil Co

15 mars 1963 I.L.R. vol. 35 136
A.S.D.I. 1962 276

p. 170, 172, 220, 387

Shufeldt (Guatemala - Etats-Unis)

24 juillet 1930 R.S.N.U. II 1080

p. 174

Tacna - Arica

4 mars 1925 R.S.A.N.U. II 921

p. 30

Vice-Roi d'Egypte c/Cie Universelle du Canal de Suez

6 juillet 1864 Pas. I 123

p. 168

Walfish Bay (frontière de ...)

23 mai 1911 R.S.A.N.U. XI 263

p. 34, 123

White (Thomas Melville ...)

13 avril 1864 Pas. I 53

p. 251

Yuille Shortridge et Cie

21 octobre 1861 R.A.I. II 108

p. 29, 32, 30, 39, 266

ARBITRAGES DIVERS (1)

Abu Dhabi (Sheik d' ...) c/ Petroleum Development

Septembre 1951 I.C.L.Q. 1952 247

p. 171, 216, 252, 393

Accord aérien du 6 février 1948 entre les Etats-Unis
et l'Italie

17 juillet 1962 R.G.D.I.P. 1962 484

p. 339

Acquisition de la nationalité polonaise

10 juillet 1924 R.S.A.N.U. I 401

p. 308

Alabama (L' ...)

14 septembre 1872 R.A.I. II 780

p. 29, 123

Alaska (frontière de l' ...)

20 octobre 1903 R.S.A.N.U. XV 481

p. 29

Antiquia (Chemin de fer d' ...)

17 octobre 1899 Pas. I 552

p. 121

(1) Y inclus les sentences rendues dans les différends opposant un Etat et une personne privée étrangère

Aramco v. Arabie Saoudite

23 août 1958 R.G.D.I.P. 1963 315
I.L.R. vol. 27 168

p. 170, 171, 316

Armateurs norvégiens

13 octobre 1922 R.S.A.N.U. I 309

p. 231, 387

Asling

22 décembre 1959 I.C.L.Q. 1959 310

p. 171

Behring (arbitrage de la mer de ...)

1893 Moore p. 755, 961 n° 4764

p. 29

Biens britanniques au Maroc espagnol

1er mai 1925 R.S.A.N.U. II 615

p. 106, 123, 264

Blocus Montévideo

1er août 1870 Pas. I 157

p. 118, 321

Bokkelen (Van)

4 décembre 1888 Pas. I 302

p. 33, 43, 119, 212

Campbell

10 juin 1937 R.S.A.N.U. II 1145

p. 322

Canada (1e)

11 juillet 1870 Pas. I 133

p. 121

Cape Horn Pigeon (The)

19 octobre 1901 R.S.A.N.U. IX 59

p. 212

Cape Horn Pigeon

29 novembre 1902 R.S.A.N.U. IX 63

p. 121, 202

Cargaisons déroutées

10 juin 1955 R.S.A.N.U. XII 65

p. 117, 119, 106

Chemins de fer Zeltweg-Wolfsberg et Interanburg-Woellan

4 avril 1934 R.S.A.N.U. III 1801

p. 426

Cotesworth et Powell

5 novembre 1875 Pas. I 176

p. 212

Croft

7 février 1856 R.A.I. II 1
Pas. I 373

p. 29, 135, 290

Dean c/ U.N.W.R.A.

A/C N 4IL 118, add. 1

p. 10
p. 162

Dette publique ottomane

18 avril 1925 R.S.A.N.U. I 529

p. 322

Différend concernant l'accord Tardieu - Jaspar

1er mars 1937 R.S.A.N.U. III 1703

p. 101

Dundonald

6 octobre 1873 R.A.I. III 461

p. 124

Fabiani

30 décembre 1896 Pas. I 364

p. 121, 33, 42

Fidji (concessions territoriales des îles ...)

18 avril 1855 Pas. I 270

p. 139, 215

Frontières de l'Alaska - cf Alaska

Frontière de Walfish Bay - cf Walfish Bay

Frontière du Chili et de l'Argentine

24 novembre 1966 R.S.A.N.U. XVI 109

p. 106, 302

Frontière du Manica - cf Manica

Frontière Etats-Unis/Grande-Bretagne (délimitation de la ...)

10 janvier 1831 Pas. I 7

p. 119

Goldenberg c/ Allemagne

27 septembre 1928 R.S.A.N.U. II 901

p. 105, 322, 378

Guyane britannique, frontière Brésil/Royaume-Uni

1er décembre 1900 Pas. I 554

p. 29

International Marine Oil Company c/ Souverain de Qatar

1er juin 1953 I.L.R. 1953 534

p. 169, 171, 215

Interprétation de l'article 11 du protocole de Londres
du 9 août 1924

23 juin 1926 R.S.A.N.U. II 755

p. 398, 414

Kronprins Gustav Adolf

18 juillet 1932 R.S.A.N.U. II 1239

p. 119, 265

Lac Lanoux

16 novembre 1957 R.S.A.N.U. XII 281

p. 322

Lamu (Allemagne - Grande-Bretagne)

17 août 1889 Pas. I 337

p. 215, 318

Lavarello (Italie - Portugal)

12 mars 1893 Pas. I 420

p. 318, 383

Lena Goldfields

3 septembre 1930

Cornell Law quarterly 1950

p. 50, 168

Lignes aériennes

22 décembre 1962 R.S.A.N.U. XVI S

p. 426

Lourenço Marques (chemin de fer de ...)
(chemin de fer de la Baie de Delagoa)

29 mars 1900 Pas. I 402

p. 33, 34, 41, 121

Macedonian (le ...)

15 mai 1863 R.A.I. II 205

p. 121

Manica (frontière du ...)

30 juin 1897 Pas. I 502

p. 119

Martini

3 mai 1930 R.S.A.N.U. II 975

p. 138

Montijo (le ...)

26 juillet 1875 R.A.I. III 666

p. 198, 252

Or de la Banque Nationale d'Albanie

20 février 1953 R.S.A.N.U. XII 13

p. 426

Réparations allemandes selon l'art. 260 du traité
de Versailles

3 septembre 1924 R.S.A.N.U. I 429

p. 222, 246, 414

Responsabilité de l'Allemagne pour les dommages
subis dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique

31 juillet 1928 R.S.A.N.U. II 1011

p. 105, 378

Walfish Bay

23 mai 1911 R.S.A.N.U. III 307

p. 426

COUR et COMMISSION EUROPEENNES DES DROITS de l'HOMME

Alam (Mohamed) et Mohamed Khan et Mabhajan Singh
c/ Royaume-Uni

15 juillet 1967 Req. 2991-2992/66

p. 107

Ann. Conv. Eur. Droits de l'Homme 1967

p. 479

De Becker

27 mars 1962

p. 136

Ann. Conv. Eur. Droits de l'Homme 1962

321

Lawless

14 novembre 1960

Ann. Conv. Eur. Droits de l'Homme 475

p. 107, 136

Retimag S.A. c/ R.F.A.

16 décembre 1961 Req. 712/60

Ann. Conv. Eur. Droits de l'Homme 1961 373

p. 107

COUR de JUSTICE de la COMMUNAUTE EUROPEENNE du CHARBON

et de l'ACIER

Algera et a., aff. 7/56 et 3/57 à 7/57

12 juillet 1957 Rec. III

p. 115, 181, 400

A. L. M. A. (Acciaeri Laminatoi Maghano Alpi)
aff. 8/56

10 décembre 1957 Rec. III 179

p. 182

Assider et Isa, aff. 3 et 4/54

11 février 1955 Rec. I 128

p. 180, 290, 314

Fédération Charbonnière de Belgique
aff. 8/55

16 juillet 1956 Rec. II 201

p. 177, 354, 178

Groupement des Industries Sidérurgiques
Luxembourgeoises aff. 7 et 9/54 Rec. II 58

Arrêt

p. 181

Conclusions

250, 299

Kergapp aff. 1/55 Rec. II 45

Arrêt

p. 179

Conclusions

p. 178

COUR de JUSTICE des COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Acciairie Ferreire e Fonderie di Modena
aff. 16/61

16 juillet 1962 Rec. VIII 547

Conclusions

p. 179

A.C.F. Chemiefarma N.V.
aff. 41/69

15 juillet 1970 Rec. XVI 661

Arrêt

p. 179, 302

Conclusions

p. 289, 182, 249

Algemeine Transport en expeditie onder Neming
Van Gend & Loos aff. 26/62

5 février 1962 Rec. IX 5

Arrêt

p. 175

Azienda Colori Nazionali A.C.N.A.S.P.A.
aff. 57/69

14 juillet 1972 Rec. XVIII 948

Arrêt

p. 182, 321

Boehringer (Sté) Mannheim GmbH
aff. 7/72

14 décembre 1972 Rev. trim. droit europ. 1973 104

Conclusions

p. 181

Capitaine (Mme Anne-Marie) sep. Marcillat
aff. 69/63

9 juin 1964 Rec. X 471

Conclusions

p. 179

Chambre Syndicale de la Sidérurgie de l'Est de
la France aff. 24 et 34/58

17 juillet 1960 Rec. VI 608

Conclusions

p. 177

Chollet (Mme) aff. 32/71

7 juin 1972 Rec. XVIII 355

Arrêt

p. 182, 179, 188

Conclusions

p. 182, 188

Commission c/ Luxembourg et Belgique
aff. 90 et 91/63

13 novembre 1964 Rec. X 1217

Arrêt

p. 178

Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr et a.
aff. 36 - 37 - 38 - 40/59

15 juillet 1960 Rec. VI 857

Arrêt et conclusions

p. 184

Elz (Raymond) aff. 34/59

4 avril 1960 Rec. VI 215

Conclusions

p. 179

Gezamenlijke (de ...) Steenkolenmijnen in Limburg
aff. 17/57

4 février 1959 Rec. V 9

Arrêt

p. 184

Hamborner Berghau A.G. et Friedrich Thyssen Berghau A.G.
aff. 41 et 50/59

6 décembre 1960 Rec. VI 1049

Conclusions

p. 179

Internationale Handelgesellschaft
aff. 11/70

17 décembre 1970 Rec. XVI 1125

Arrêt

p. 185, 313

Conclusions

p. 185

Kampffmeyer aff. 5 - 7 et 13 à 24/66

14 juillet 1967 Rec. XIII 317

Arrêt

p. 182

Kledingverkoopbe (Sté) dr. iijf de gens
aff. 13/61

6 avril 1962 Rec. VIII 89

Arrêt

p. 179

Köninklijke Nederland Schehoogovens en Staal
Fabrik en N.V. aff. 14/61

18 juillet 1962 Rec. VIII 485

Conclusions

p. 188, 314

Lackmüller (Eva von ...), Bernard Peuvrier,
Roger Ehrardt aff. 43 - 45 48/59

15 juillet 1960 Rec. VI 932

Arrêt

p. 179

Lemmerz - Verke GmbH aff. 111/63

13 juillet 1965 Rec. XI 835

Arrêt

p. 179

Lutticke aff. 4/69

28 avril 1969 Rec. XVII 325

Conclusions

p. 182

Mannesmann A.G. et a. aff. 4/59 à 13/59

4 avril 1960 Rec. VI 241

Arrêt

p. 182

Mannesmann A.G. aff. 19/61

13 juillet 1962 Rec. VIII 675

Arrêt

p. 182

Sabbatini (Mme aff. 20/71

7 juin 1972 Rec. XVIII 350

Arrêt

p. 179

Conclusions

p. 182, 188

S.N.U.P.A.T. (Sté Nouvelle des Usines de Pontlieue)
et Aciéries du Temple aff. 42 et 49/59

22 mars 1961 Rec. VII 148

Arrêt

p. 179

Stauder c/ Ville d'Ulm aff. 22/69

12 novembre 1969 Rec. XV 419

Arrêt

p. 184

Van Gend & Loos
cf Algemeine Transport en expeditie onder
Neming van Gend & Loos

TRIBUNAL ADMINISTRATIF de la S. d. N.

Maurette, n° 3		
	15 janvier 1929	p. 151, 388
Mayras (Mlle), n° 24		
	26 février 1946	p. 155
Palma Di Castiglione, n° 1		
	15 janvier 1929	p. 151, 388
Phehan, n° 2		
	15 janvier 1929	p. 151, 388
Schumann, n° 13		
	7 mars 1934	p. 155, 388
Tchoumakoff, n° 15		
	11 mai 1935	p. 388
XXX	n° 5 à 12	
	13 janvier 1932	p. 157

TRIBUNAL ADMINISTRATIF de l'O.I.T.

Ballo, n° 191		
15 mai 1972		p. 156, 157
Bernstein (Katharyn), n° 21		
29 octobre 1955		p. 155, 157
Brache, n° 137		
3 novembre 1969		p. 152
Darricade, n° 67		
26 octobre 1972		p. 152
Desgranges (Micheline), n° 11		
12 août 1953		p. 151, 403
Dungerg (Peter), n° 17		
26 avril 1955		p. 157
Ferrechia, n° 203		
14 mai 1973		p. 159, 416
Fruha (Ruth), n° 22		
29 octobre 1955		p. 157
Joshi, n° 208		
14 mai 1973		p. 158, 159, 401

- Kissaum, n° 69
11 septembre 1964 p. 159
- Leak, n° 55
4 octobre 1965 p. 158
- Leff, n° 18
26 avril 1955 p. 157, 300
- Mc Intire, n° 13
3 septembre 1954 p. 157
- Milous, n° 42
13 septembre 1960 p. 159
- Ozorio, n° 185
8 novembre 1971 p. 155, 324
- Pankey (Kathryn), n° 23
29 octobre 1955 p. 157
- Press, n° 57
2 mai 1962 p. 159
n° 66
26 octobre 1962 p. 159
- Rothbarth, n° 6
27 février 1947 p. 158, 388
- Tranter, n° 14 p. 388

Van Gelder (Hélène), n° 24	
29 octobre 1955	p. 157
Varnet, n° 179	
8 novembre 1971	p. 159, 324, 401
Walkley, n° 53	
6 octobre 1961	p. 159
Wiccox (Annette), n° 19	
26 avril 1955	p. 157

TRIBUNAL ADMINISTRATIF des NATIONS UNIES

Aubert et autres, n° 2	
30 juin 1950	p. 157
Azzu, n° 103	
11 octobre 1966	p. 159
Ball, n° 60	
9 septembre 1955	p. 157
Bang Jensen, n° 74	
5 décembre 1958	p. 156, 159
Brown, n° 50	
11 décembre 1953	p. 157

- Bulsara, n° 68
22 août 1957 p. 158
- Chattopadayaay , n° 58
9 septembre 1955 p. 157
- Crawford, n° 18
21 août 1953 p. 155, 157
- Crawford et autres, n° 61
2 décembre 1955 p. 155, 156
- Davidson, n° 88
3 octobre 1963 p. 157, 149
- Déclaration du 14 décembre 1950 p. 155
- Howrani, n° 4
25 août 1951 p. 154, 156, 158, 317
et a., n° 11
12 novembre 1951 p. 158
- Kagen-Pozner, n° 22
21 août 1953 p. 157
- Kahale, n° 124
31 octobre 1968 p. 158, 289
- Keeney, n° 6
4 septembre 1951 p. 159
n° 12
12 novembre 1951 p. 158

- Khamis, n° 108
18 octobre 1967 p. 146, 324
- Khederian, n° 114
23 avril 1968 p. 159
- Mauch, n° 54
2 juin 1954 p. 157
- Mullani, n° 162
10 octobre 1972 p. 159, 417
- Robinson, n° 15
11 août 1952 p. 324
- Roy, n° 123
31 octobre 1968 p. 159
- Rubin, n° 21
21 août 1953 p. 157
- Samaan, n° 144
16 avril 1971 p. 152
- Sapperstein, n° 24
21 août 1953 p. 157
- XXX , n° 28 à 38
21 août 1953 p. 155

COMMISSION de RECOURS de l'O.T.A.N.

Décision n° 29, 29 octobre 1971 p. 157

Décision n° 31, 29 octobre 1971 p. 157

Décision n° 34, 19 novembre 1971 p. 157

COMMISSION de RECOURS du C.I.H.E.A.M.

Brault, 12 mars 1972 - R.G.D.I.P., 1973 n° 1 p. 153

TRIBUNAL ADMINISTRATIF de l'O.E.A.

Morrisson, n° 1, 31 octobre 1972 p. 153

INDEX des TRAITES CITES (1)

1794	19 novembre	Traité Jay Etats-Unis/Grande-Bretagne	26, 41, 385
1839	11 avril	Traité instituant la Commission Etats-Unis/Mexique	43
1868	4 juillet	Convention établissant la Commission Etats-Unis/Grande-Bretagne (Commission Washington-Newport)	118, 119
1871	8 mai	Convention de Washington instituant la Commission mixte de Washington- Newport Etats-Unis/Grande-Bretagne	
1889		Traité instituant l'International Boundary Commission	
1899		1ère Convention de La Haye	346
1902	19 février	Protocole de Paris instituant la Commis- sion mixte France/Venezuela Convention sur la tutelle des mineurs	p. 124, 123 p. 89, 90, 92
1903	7 février	Traité instituant la Commission Etats-Unis/Venezuela	35, 121, 123, 139, 171, 200, 285
	13 février et 7 mai	Traité établissant la Commission Italie/Venezuela	35, 138
	13 février et 17 mai	Traité instituant la Commission Allemagne/Venezuela	121
1907		Convention de La Haye sur le règlement pacifique des différends	p. 124

(1) par ordre chronologique

1919	28 juin	Traité de Versailles	p. 84, 105, 103
1920	13 décembre	Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale	passim
1921	21 avril	Convention de Paris (Allemagne/Pologne/ Dantzig)	p. 101
	3 décembre	Traité d'arbitrage Suisse/Allemagne	p. 100
1922	10 août	Traité de Berlin (Etats-Unis/Allemagne)	p. 103
1923	8 septembre	Traité Etats-Unis/Mexique Prorogé le 16 août 1927 et le 2 septembre 1929	p. 105
1924	9 août	Protocole de Londres	p. 106
	29 août	Traité d'arbitrage Allemagne/Suède	p. 100
	25 septembre	Traité instituant la Commission mixte France/Mexique	p. 105
1925	16 mars	Traité instituant la Commission mixte Allemagne/Mexique	p. 265
	23 avril	Traité d'arbitrage Pologne/Tchécoslo- vaquie	p. 100
	10 août	Traité d'arbitrage Allemagne/Estonie	p. 100
1926	14 janvier	Traité d'arbitrage Danemark/Suède	p. 100
	15 janvier	Traité d'arbitrage Danemark/Norvège	p. 100
	3 février	Traité d'Elseneur (Finlande/Norvège)	p. 100
	19 mars	Traité établissant la Commission Grande-Bretagne/Mexique	139, 226
	20 mai	Traité d'arbitrage Allemagne/Pays-Bas	p. 100
	2 juin	Traité d'arbitrage Allemagne/Danemark	p. 100
	18 septembre	Traité d'arbitrage Pologne/Yougoslavie	p. 100
	1er décembre	Accord gréco-turc	p. 81
1927	9 décembre	Accord gréco-bulgare	p. 82
1928	6 février	Traité d'arbitrage France/Etats-Unis	p. 101
	16 septembre	Convention modèle d'arbitrage adoptée par la S.D.N.	p. 101

1929	26 septembre	Acte général d'arbitrage	p. 101
	9 décembre	Traité d'arbitrage Pologne/Norvège	p. 101
1933	16 février	Pacte de la petite Entente	p. 100
1936	5 mai	Convention de Bruxelles (France/Bulgarie)	p. 101
1945	26 juin	Statut de la C. I. J. (Charte des Nations Unies)	passim
1947	10 février	Traité de Paix avec l'Italie	p. 106
1950	4 novembre	Convention Européenne des Droits de l'Homme	p. 101, 106
1965	18 mars	Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre un Etat et les ressortissants d'autres Etats (B.I.R.D.)	p. 166
	29 juillet	Convention concernant le règlement des questions touchant les hydrocarbures et le développement industriel (France/Algérie)	p. 167
1969	23 mai	Convention de Vienne sur le droit des traités	p. 65, 427

I N T R O D U C T I O N

1. Tous les systèmes juridiques recourent à la notion de "principes généraux".

Le droit, comme la nature, a horreur du vide.

Sans doute faut-il faire, dans toute théorie juridique, sa place à la célèbre hypothèse du "non droit" (1) : cela revient à dire que, dans certains cas, une société, quelle qu'elle soit, peut se passer de droit, soit qu'un système juridique rejette expressément certains faits hors de son champ d'application - le marronage, par exemple - soit que les sujets du droit considéré choisissent de ne pas y avoir recours - le concubinage pouvant être préféré au mariage bien qu'il produise des effets de droit limités. Mais, à partir du moment où le droit s'applique, celui-ci refuse d'avouer son impuissance, de reconnaître son incapacité à régler un problème.

Pour répondre à ce besoin de plénitude, la société libérale a inventé la maxime "tout ce qui n'est pas interdit est permis" mais ce n'est à vrai dire, qu'une fausse solution car la question se pose alors de savoir ce qui est illicite. Les règles écrites fixent, avec une relative précision, les interdits et les permissions dans les domaines qu'elles visent mais d'une part elles ne couvrent pas toutes les hypothèses possibles et d'autre part certains systèmes juridiques sont, volontairement, peu enclins à la codification. Il apparaît donc nécessaire de recourir à d'autres normes dont la forme non écrite accuse le caractère flou et imprécis d'autant plus que la coutume proprement dite, dont l'existence est assez facilement démontrable - il s'agit de pratiques répétées acceptées comme étant obligatoires - ne constitue plus aujourd'hui, dans la plupart des systèmes de droit interne, qu'une source résiduelle.

(1) v. Jean CARBONNIER - Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur, L. G. D. J. 1971, "L'hypothèse du non-droit", pp. 20-45.

Les codes de certains pays qui en sont pourvus, comme la Suisse, l'Espagne, l'Egypte, les Républiques Soviétiques ou la France, admettent expressément que la loi peut être silencieuse, obscure ou insuffisante (Code Civil français, article 4). Ainsi, l'article 1^{er} du Code Civil suisse dispose qu'à défaut d'une disposition légale ou d'une coutume applicable, le juge prononce "selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur". C'est à la fois admettre que le droit écrit peut avoir besoin d'être complété et que ce qui n'est pas explicitement interdit n'est pas toujours permis.

Les juges français eux-mêmes, tout imprégnés de l'idée de l'excellence de la codification, n'ont pas hésité à faire application de principes généraux dont le rapport avec des textes écrits est pour le moins ténu. (2) Pour n'en donner qu'un exemple, on peut citer le célèbre arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation du 15 Juin 1892 qui a considéré que l'action de in rem verso

"dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens
"d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois,
"son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée, " (3)

proposant ainsi le principe de l'enrichissement sans cause.

Le recours à de tels principes est évidemment bien plus fréquent encore lorsqu'il n'existe pas un corps cohérent de règles emmagasinées dans un code. En France, la théorie des principes généraux, marginale en droit privé constitue un des piliers du droit administratif (4). Le Conseil d'Etat et les juridictions qui en dépendent font, depuis les origines, mais, explicitement depuis Vichy pour tenter de réaffirmer les grandes règles fondant la légalité républicaine que ce régime bafouait, une application généralisée de principes non écrits dont l'origine doit être recherchée dans "l'esprit des lois" ou les nécessités de la vie sociale, en particulier du bon fonctionnement des services publics.

(2) V. Jean BOULANGER, "Principes généraux du droit positif", in Le droit privé français au milieu du XXe siècle ; Etudes offertes à Georges RIPERT, L. G. D. J., 1950, I, pp. 51-74

(3) Dalloz 1892. I. 596 ; Sirey, 1893. I. 281, note LABBÉ.

(4) Parmi une littérature très abondante, v. Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Sirey, 1954, IV - 288 p. Maxime LETOURNEUR, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", E. D. C. E., 1951, pp. 19-31 ; Danièle LOSCHAK Le rôle politique du juge administratif français, L. G. D. J., 1972 surtout pp. 84 à 103.

La démarche suivie par les juges des pays de common law est un peu différente mais aboutit, en réalité, à des résultats très comparables. Le système anglais a été décrit de manière très concise par le professeur René DAVID :

" La common law, à ses origines, a été fondée sur la raison, dissimulée sous la fiction de la coutume générale immémoriale du royaume. Dans la mesure où des règles plus précises n'ont pas été dégagées, de manière à donner plus de certitude aux rapports sociaux, la raison demeure la source inépuisable à laquelle les Cours recourront pour combler les lacunes du système de droit anglais, comme pour guider l'évolution de ce "système". (5)

L'origine "raisonnable" et le caractère "utile" des principes sont souvent très clairement mis en lumière par la jurisprudence. Ainsi, dans une décision célèbre de 1862, la Court of Exchequer a affirmé :

" A man shall not be allowed to blow hot and cold - to affirm at one time and deny at another (...) Such a principle has its basis in common sense and common justice, and whether it is called "estoppel", or by any other name, it is one which courts of law have in modern times most usefully adopted " (6).

De même, les juridictions américaines utilisent très souvent la notion de principes généraux. (7)

De ce très rapide survol, on peut donc conclure que tous les systèmes ont cherché un moyen pour combler les "vides" du droit. En l'absence de règles précises - écrites, coutumières, ou déduites de précédents - tous ont recours à des principes généraux dont l'origine est discutée, mais qui font toujours appel assez largement à la subjectivité de l'interprète. Les caractères particuliers du droit international rendent une telle démarche particulièrement nécessaire.

(5) René DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Précis Dalloz, 2ème ed., 1966, p. 396.

(6) Cave v. Mills, 1862 (7, Hurleston and Normann, 913, p. 927). "On ne peut admettre qu'un homme souffle à la fois le chaud et le froid - puisse dire tantôt une chose, tantôt l'autre (...) Un tel principe a ses racines dans la justice et le sens communs, et, qu'on le nomme "estoppel" ou de n'importe quel nom, il est de ceux qui ont été le plus utilement invoqués par les juridictions de l'époque actuelle".

(7) V. les nombreux exemples donnés par Rudolf B. SCHLESINGER, "Research on the general principles of law recognized by civilized nations", A. J. I. L. 1957-4, p. 743, note 35.

2. Les caractères propres du droit international imposent de recourir encore plus aux principes généraux.

a). Par sa nature le droit international n'est pas différent du droit interne :

Contrairement à une idée répandue, il n'y a pas de différence de nature entre le droit interne et le droit international. Cela peut être vérifié, qu'il s'agisse de leur champ d'application ou de leurs sujets (8).

Traditionnellement, les juristes estiment que le droit interne est le cadre des solidarités globales, les matières régies par le droit international constituant l'exception. Le droit interne, en quelque sorte, abandonnerait au droit international le droit de régir certaines matières touchant aux relations internationales : le droit diplomatique, le droit de la mer, celui de la guerre ou de la neutralité seraient ainsi "par nature" internationaux. En vérité, cette position doit être renversée. Il n'existe aucun domaine qui soit, par nature, interne ; aucun qui soit, par hypothèse, international : les règles qui régissent le domaine maritime ne sont internationales que parce que les Etats ne se sont pas entendus pour le partager et elles ne le sont d'ailleurs pas exclusivement : la fixation des limites de la mer territoriale, la réglementation du passage innocent sont principalement de la compétence des Etats. A l'inverse, il n'y a plus aujourd'hui aucune matière qui ne soit, peu ou prou, l'objet d'une réglementation internationale. L'exemple le plus frappant à cet égard est celui de la protection des Droits de l'Homme : dans ce domaine, auquel les Etats sont particulièrement sensibles, ils ont cependant accepté certains textes - la Déclaration Universelle de 1948 ou les Pactes de 1966 - et même, pour certains, de se soumettre à un contrôle plus ou moins contraignant de la part d'organes internationaux - le système très lourd de la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950, en particulier. Dans ces conditions, tout ce que l'on peut dire est que le droit interne apparaît comme résiduel par rapport au droit international, toute matière pouvant être, éventuellement, internationalisée. Tout ordre juridique semble, ainsi, avoir une vocation "impérialiste".

(8) Il n'est pas utile, à ce stade de l'étude, de prendre parti dans la querelle du monisme et du dualisme : dire que droit interne et droit international public régissent les mêmes domaines et les mêmes sujets suppose une simple comparaison des caractères des deux "ordres" juridiques, non une prise de position sur les formes de leur communication.

De même, en ce qui concerne les sujets des deux "ordres" juridiques, la thèse classique peut difficilement être maintenue. Le droit international ne peut plus, aujourd'hui, être raisonnablement considéré comme régissant exclusivement les rapports des Etats, même si l'on y ajoute leurs émanations, les organisations intergouvernementales. Dans certains cas, il faut bien admettre que les individus, les O.N.G., les sociétés industrielles ou commerciales sont véritablement les destinataires des règles du droit international qu'ils contribuent à créer. La qualité de sujet d'un ordre juridique est donc essentiellement circonstancielle et ne saurait suffire à le caractériser.

Ceci étant, aussi bien en ce qui concerne leur domaine que leurs sujets, il y a entre les deux ordres de très grandes différences de "degré" : les Etats ne sont pas les seuls sujets du droit international, mais ils sont, de beaucoup, les plus importants ; de même, si ce droit a vocation, aussi bien que le droit interne, à régir toutes les matières, il y réussit mieux dans certains domaines que dans d'autres et la position de Charles de VISSCHER restera sans doute exacte longtemps encore lorsqu'il écrit :

" Dans l'Etat, ce sont les intérêts vitaux les plus hautement politi-
 " ques qui déclenchent les solidarités suprêmes. C'est l'inverse
 " qui se produit pour la communauté internationale. On y relève
 " des solidarités mineures, dans l'ordre économique ou technique
 " par exemple, mais plus on se rapproche des questions vitales,
 " comme le maintien de la paix et la guerre, moins la communauté
 " exerce d'action sur ses membres ; les solidarités faiblissent à
 " mesure que grandissent les périls qui la menacent. " (9)

Mais ceci constitue en fait une différence de technique qui, parmi d'autres, permet de qualifier le droit international, jeune et incomplet, de système rudimentaire.

(9) Charles de VISSCHER, Théories et réalités en droit international public, Pédone, 1970, p. 112. V. aussi les développements consacrés à ces problèmes par Wolfgang FRIEDMANN, in De l'efficacité des Institutions Internationales, Armand Colin, 1970, 200 p., surtout p. 11 s.

- b). La technique juridique (10) permet de qualifier le droit international de système rudimentaire :

Au point de vue de la technique juridique, de très grandes différences distinguent le droit international et le droit interne. Ceci apparaît clairement, que l'on se place du point de vue de la création des normes ou de leur application.

En droit interne, les règles juridiques sont posées par des organes spécialement chargés de cette tâche ; en droit international, au contraire, le législateur est diffus, constitué par l'ensemble de ses sujets. Ce caractère contribue sûrement à expliquer l'absence, jusqu'à un certain point, de hiérarchie des normes dans l'ordre international : aucun organe spécifique ne créant de normes, une telle hiérarchie ne peut être fondée sur celle des organes-législateurs, contrairement à ce qui se passe à l'intérieur des Etats.

L'autre trait distinctif fondamental du droit international tient à la difficulté de le faire respecter. Alors que, dans l'ordre interne, les moyens pour garantir l'application effective du droit sont assez nombreux - juges, police - il n'en va pas de même en droit international. L'interdiction de recours à la force constitue, à ce point de vue, un paradoxe très remarquable : en même temps que l'on affirmait la primauté du droit, on supprimait toute sanction effective de ses violations, les dispositions du chapitre VII de la Charte étant demeurées à ce jour très platoniques (11). De même, c'est un lieu commun de constater que, si à l'intérieur des Etats presque tous les différends sont justiciables, le droit international ne connaît que deux formes de juridiction : les tribunaux d'arbitrage - juridictions "à la demande" - et les cours permanentes dont la compétence est en général facultative.

- c). Les caractères propres du droit international public expliquent qu'il doive recourir tout particulièrement aux principes généraux.

Comme toute discipline qui se forme, le droit international, pour s'affirmer, a eu tendance à exagérer ses caractères propres. Son

(10) Cette expression est empruntée à Charles ROUSSEAU, Droit International Public, Sirey, I.1970, p. 52s.

(11) Pour un raisonnement voisin, v. Emile GIRAUD, "Le droit international public et la politique", R. C. A. D. I., 1963-III, n° 110, p. 582.

originalité, indiscutable, ne doit cependant pas être surestimée. Comme il présente, au point de vue de ses domaines et de ses sujets, des points communs avec les ordres juridiques internes, il n'y a aucune raison, a priori, de considérer que les principes généraux, applicables en droit interne aux mêmes domaines et aux mêmes sujets, doivent en être bannis. On a constaté, en effet, que tous les systèmes juridiques nationaux en font usage.

Leur utilisation en droit des gens est d'autant plus vraisemblable que celui-ci est plus spécialement proche des systèmes de droit non écrit où leur réception est particulièrement large. Moins qu'eux, encore, le droit international a la prétention de pouvoir aligner des règles pré-établies pour répondre à toutes les situations qui peuvent se produire. Comme eux, il est en même temps un droit savant (12) qui ne peut se développer que grâce à l'apport de la doctrine, souvent séduite par les perspectives de généralisation offertes par l'utilisation des principes.

Ses caractères propres paraissent justifier qu'il ait tout spécialement recours aux principes. Il s'agit, en effet, d'un droit relativement récent dont l'essor ne remonte certainement pas au-delà du début du XVIII^e siècle ; assez primitif, il est naturel qu'il fasse particulièrement appel aux principes qui peuvent lui permettre de s'affirmer et de se préciser (13). Il s'agit, enfin, d'un droit dont les sanctions sont certes quasi absentes mais qui ne doit pas, lorsqu'elles apparaissent possible - en cas, par exemple, de saisine régulière de la Cour de La Haye - laisser passer l'occasion de progrès qui lui est ainsi offerte en admettant l'existence d'un non liquet. C'est pourquoi il apparaît indispensable de "pousser jusqu'à la dernière limite (...) la productivité (de ses) sources" (14).

-
- (12) Plusieurs auteurs ont décrit le droit international comme un droit "savant". V. par exemple Michel VIRALLY, "Le rôle des "principes" dans le développement du droit international" in "Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM", Genève, 1968, p. 540, note n° 31.
- (13) De nombreux auteurs ont bien mis ce phénomène en évidence. V. en particulier Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, Librairie de l'Université, Georg et Cie. Genève, 1967-I, notamment p. 296 ; Petros G. VALLINDAS "General Principles of law in the Hierarchy of the Sources of International Law", Les principes fondamentaux du droit international, Mélanges Jean SPIROPOULOS, Schimmelbusch and C°, Bonn, 1957, p. 431 et surtout Sir Hersch LAUTERPACHT, The function of Law in the International Community, Clarendon Press, Oxford, 1933, passim, notamment p. 70.
- (14) Dionisio ANZILOTTI, Cours de Droit International Public, traduction GIDEL, 1929, I, p. 117.

Malgré tous ces facteurs qui militent en faveur de la réception du concept de " principes généraux " en droit international, leur introduction a été, et, dans une certaine mesure, est toujours, très discutée par de nombreux auteurs. C'est que cette question met en cause tous les problèmes critiques du droit des gens : son fondement, ses rapports avec le droit interne, le rôle du juge, l'ensemble de la théorie des sources, etc.

3. Hypothèse de travail.

Il est évidemment difficile, dans ces conditions, de risquer une définition qui, même si elle est révisée par la suite, peut servir de point de départ à une étude de la notion de principes généraux en droit international. Une telle définition doit être à la fois suffisamment compréhensive pour n'exclure a priori aucune hypothèse et assez précise pour être opératoire.

Compte tenu des caractères du droit international que l'on a dégagés, il semble légitime de partir du concept qu'utilisent les droits internes. Bien que les principes généraux du droit administratif français paraissent différents de ceux que vise, par exemple, le Code Civil d'Union Soviétique (article 4 de Principes Fondamentaux de 1961), il est assez facile de retrouver des points de rapprochement permettant de les grouper en une catégorie unique. Ces traits communs sont, semble-t-il, au nombre de quatre :

- il s'agit de règles non écrites,
- de caractère juridique (dont le non-respect est susceptible d'être sanctionné par le juge s'il en est saisi),
- générales et impersonnelles,
- il s'agit, enfin, de normes qui, sans que l'on puisse dire qu'elles sont créées par les interprètes - juges, auteurs - font un large appel à leur subjectivité. Le caractère extra-national du droit des gens oblige à leur ajouter un cinquième élément : des juristes issus des systèmes de droit les plus divers doivent pouvoir se mettre d'accord sur l'existence de tel ou tel principe.

A titre de première approximation, on peut donc en donner la définition suivante : en droit international, un principe est une norme juridique non écrite, générale et impersonnelle, et acceptable par les juristes formés à tous les grands systèmes de droit actuels, bien qu'elle n'ait pas encore reçu d'application concrète - ce qui la distingue d'une règle coutumière. Cette présentation met bien en valeur l'aspect "spontané" (15) des principes généraux qui sont, selon l'expression d'un auteur, "à l'état "latent" dans le système, mais n'ont pas eu encore l'occasion de se manifester dans la pratique internationale" (16) ce qui ne leur enlève pas leur caractère obligatoire.

" Le droit de formation spontanée n'est ni moins réellement existant, ni moins certain, ni moins valable, ni moins observé, ni moins efficacement garanti que celui qui est créé par des faits normatifs spécifiques ; au contraire, justement la spontanéité de son origine est plutôt la cause d'une observation plus spontanée et, par conséquent plus réelle". (17)

4. Plan.

Le but de ce travail est de chercher si la définition adoptée comme hypothèse de travail correspond bien à la notion de principes généraux en droit international. Avant de répondre à cette question, il faut savoir qui les utilise et dans quels buts, et par quel processus ils sont formulés.

C'est pourquoi, dans une première partie, il faudra vérifier que les principes sont effectivement employés en droit des gens et déterminer les domaines dans lesquels ils interviennent. (I - Le recours aux principes généraux de droit)

Il conviendra ensuite de se demander quelle est leur origine et comment on s'y prend pour les découvrir (II - La mise en oeuvre des principes).

(15) L'idée de droit "spontané" n'est pas nouvelle, elle existe déjà en germe, par exemple, dans la préface de R. SALEILLES au livre de François GENY, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, L. G. D. J. 1919, I p. XIV s. Elle est reprise par Michel VIRALLY, La pensée juridique, L. G. D. J., 1960, p. 162 ou par D. P. O'CONNELL, International Law, Stevens et Sons, Londres 1965, lorsqu'il définit les principes généraux.

(16) R. QUADRI, "Cours général de droit international public", R. C. A. D. I., 1964 - III, n.° 113, p. 350.

(17) Roberto AGO, "Droit positif et droit international", A. F. D. I., 1957, p. 62.

La réponse à ces questions apparaît, en effet, comme un préalable indispensable pour tenter de déterminer quelle est la véritable nature juridique des principes généraux (III - La nature juridique des principes).

Première partie

LE RECOURS AUX PRINCIPES GENERAUX

Peu de termes sont aussi souvent utilisés, et dans des acceptations aussi diverses, que le mot "principes".

" Combien de manuels, de traités et de cours généraux n'ont-ils pas été consacrés à la présentation des "principes du droit international". L'expression est commode, mais vague et imprécise. Elle signifie simplement que l'auteur n'entrera pas dans les détails mais s'en tiendra aux notions fondamentales et aux règles les plus générales. " (1)

(Les cours généraux professés à l'Académie de Droit International de La Haye s'intitulent fréquemment "Principes de droit international public"(2) ou "The General ou Fundamental Principles of International Law" (3), étant donné le degré de généralité où doivent se tenir les auteurs, compte tenu du nombre d'heures limité dont ils disposent). A un niveau de généralité moindre, on parlera des "principes du droit des traités", des "principes de la responsabilité internationale", désignant ainsi les règles générales régissant ces matières. C'est aussi ce sens que l'on donne à l'expression "principes généraux du droit international" que la C. P. J. I. a estimé ne pouvoir "signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale". (4)

Dans une optique un peu différente, le mot "principes" sert aujourd'hui à désigner des règles à la nature juridique incertaine auxquelles on entend donner une certaine solennité. C'est ainsi que l'on parle

(1) Michel VIRALLY, "Le rôle des "principes" dans le développement du droit international", op. cit., p. 531.

(2) Parmi les cours récents, v. notamment ceux Henri ROLIN (1950-II n° 77), Charles ROUSSEAU (1958-I, n° 93), Max SØRENSEN (1960-III, n° 101), Paul REUTER (1961-II, n° 106), etc.

(3) Par exemple ceux de Sir Gerald FIRZMAURICE (1957-II, n° 92) ou Georg SCHWARZENBERGER (1955-I, n° 87)

(4) Lotus, arrêt n° 9, 1927, C. P. J. I., série A n° 10, p. 16.

des "principes de la coexistence pacifique" et que l'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire de la création de l'O. N. U. une "Déclaration relative aux principes du droit international gouvernant les relations amicales entre les Etats" (2625 (XXV) 1970). Quelle que soit l'importance de ces règles, la définition adoptée à titre d'hypothèse de travail conduit à ne pas les prendre en considération pour le moment quitte à tenter d'en déterminer la nature par la suite (v. infra, 3ème partie, titre I).

Malgré la conception restrictive de la notion de "principes généraux" (5) à laquelle cette étude se limite momentanément, on peut constater que les internationalistes y ont très fréquemment recours. D'une part, leur utilisation date des débuts mêmes du droit international et la pratique semble n'avoir jamais pu s'en passer (titre I). D'autre part, bien qu'une étude exhaustive soit impossible, il est clair qu'ils sont employés dans tous les domaines du droit international, voire du droit "transnational" (titre II).

(5) A notre avis, il conviendrait de réserver l'appellation de "principes généraux de droit" aux principes tels que nous les avons définis, par opposition aux principes généraux du droit international qui sont des principes extrapolés à partir des règles existantes en droit international (et non en droit, en général).

Titre I

Une utilisation généralisée

Certains auteurs, au premier rang desquels il faut citer ANZILOTTI (1), ont affirmé que la réception des principes généraux en droit international datait de l'adoption du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale dont l'article 38 prévoyait : "La Cour applique :

- " 1. Les conventions internationales soit générales, soit spéciales,
" établissant des règles expressément reconnues par les Etats
" en litige ;
- " 2. La coutume internationale comme preuve d'une pratique accep-
" tée comme étant le droit ;
- " 3. Les principes généraux de droit reconnus par les nations ci-
" vilisées ;
- " 4. Sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions
" judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés
" comme moyen auxiliaire de détermination des règles de
" droit.

" La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté
" pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo
" et bono."

Il est certain que l'entrée en vigueur de ce texte est à l'origine des célèbres discussions doctrinales sur la nature juridique des principes généraux qu'il vise et que de nombreux traités postérieurs - surtout des traités d'arbitrage - ont repris la formule de l'article 38-3. Mais, assez paradoxalement, cette prise de conscience de l'existence des principes généraux, la fréquence de leur mention dans des conventions, le nombre croissant des réflexions doctrinales semble avoir freiné l'usage qui en était fait dans la pratique. La Cour, malgré l'autorisation expresse

(1) Dionisio ANZILOTTI - Cours de Droit International (trad. GIDEL), t. I, Paris 1929, p. 117 s.

de l'article 38 n'a guère fait état des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" et les Etats comme les tribunaux arbitraux ne les ont évoqués qu'avec une grande prudence.

Cette attitude contraste avec la période antérieure durant laquelle le recours à des principes juridiques "spontanés" semblait aller de soi. C'est pourquoi il convient d'étudier séparément l'utilisation des principes avant les années 1920 (chapitre 1^{er}) et celle qui en a été faite après la consécration donnée à la notion par le Statut de la C. P. J. I. (chapitre 2).

Chapitre I^{er} - Une utilisation traditionnelle

Une discipline en voie de formation n'a, semble-t-il, le choix qu'entre deux démarches fondamentalement opposées pour affirmer son autonomie : ou bien elle procède par voie de rupture catégorique, s'opposant, fût-ce artificiellement, aux sciences voisines - telle est la méthode choisie aujourd'hui par certains spécialistes des relations internationales, américains surtout, ou par quelques défenseurs de l'autonomie du droit économique - ou bien elle s'en détache progressivement, s'appuyant sur ce qui existe pour le dépasser. C'est sans aucun doute de cette manière qu'ont procédé les "pères" du droit international qui sont partis de l'étude des règles du "jus gentium" pour élaborer celles du "jus inter gentes" (1) ce sont ainsi les principes internes communs à tous les peuples civilisés qui ont dans un premier temps formé la substance même du droit international (section I).

Mais, dans une deuxième période, les internationalistes ont entendu proclamer l'originalité de leur science et ont, par suite, été conduits à mettre davantage l'accent sur ses caractères particuliers, ses règles propres. Le recours aux principes généraux de droit, plus discret, n'a pas disparu pour autant (section II).

Sect. 1 - Les principes sont à l'origine du droit international.

L'idée même que les relations entre personnes juridiques distinctes puissent être fondées - exclusivement ou en partie - sur des principes généraux, suppose qu'existe entre celles-ci la conscience d'une certaine solidarité et d'un fonds commun d'idéal et d'habitudes. Plus ce

(1) Ce n'est pas ZOUCH, mais VITORIA qui semble avoir inventé l'expression plus tard traduite en anglais par BENTHAM (v. Sir Arnold McNAIR "The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians", Transactions of the Grotius Society, 1953, vol. 39, p. 201 (texte repris dans Lord McNAIR, International Law Opinions, Cambridge, 1956, t. III, pp. 407-430).

sentiment d'unité sera grand, plus le recours aux principes sera facile et fréquent. Il suffira d'un très bref rappel historique pour le démontrer (paragr. 1). Cette même intuition de l'unité fondamentale des systèmes juridiques de l'Europe explique aussi que les fondateurs du droit international ne se soient guère sentis embarrassés pour faire appel à des principes généraux communs. (paragr. 2)

1. De l'Antiquité au XVIème siècle.

Si l'Empire romain constitue un système de relations entre peuples fort différent de celui que nous connaissons puisqu'il était caractérisé par une centralisation à peu près totale du pouvoir, l'éparpillement des cités grecques peut, par contre, rappeler l'actuelle division du monde en Etats. Les relations commerciales, politiques, religieuses créèrent entre elles le sentiment très fort d'une unité profonde qui se manifesta notamment par

" l'existence de ce que l'on appelait alors ἡ κοινὴ νόμος τῶν Ἑλλήνων, ἢ κοινὰ τῶν Ἑλλήνων νομίμα, ὁ Πανελληνίων νόμος
 " etc, c'est-à-dire d'une "loi", d'un certain droit commun de tous
 " les Hellènes" (2),

attesté par les textes de nombreux traités et les récits d'historiens et de philosophes qui nous sont parvenus.

" C'est précisément ce droit international (ou intermunicipal) privé
 " de l'ancienne Grèce qui, par son influence sur la sphère des rela-
 " tions d'Etat à Etat, sert de base à l'éclosion et au développement
 " de l'institution de l'arbitrage dans les affaires privées comme dans
 " les conflits publics entre les cités de l'Hellade" (3).

Rien de semblable à Rome : il ne peut y avoir de droit international (ou quasi-international), puisqu'il n'existe qu'une seule entité souveraine. Sans doute, distingue-t-on jus civile et jus gentium (4) mais ce dernier, loin de constituer un droit interétatique, était défini par les

(2) Michel de TAUBE, "Les origines de l'arbitrage international - Antiquité et Moyen Age", R. C. A. D. I., 1932-IV, n° 42, p. 31.

(3) Ibidem.

(4) Plus tard, cette dichotomie se transforme en trichotomie avec l'adjonction du jus naturale. V. Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, tome I, préc., p. 43.

Institutes de GAIUS (I, 1) et de JUSTINIEN (I, 2, 1) dans les mêmes termes " quod vero naturalis ratio inter omnes constituit, id apud omnes populos " peraque custoditus vocaturque ius gentium, quasi quo omnes gentes " utuntur " (5). C'est pourtant ce jus gentium qui, pendant tout le Moyen Age, et sans doute même en partie jusqu'à nos jours,⁽⁶⁾ va constituer la base du droit international.

Cette internationalisation du jus gentium tient sûrement, pour une part, à une association d'idées abusive fondée sur une interprétation erronée du mot "gens" assimilé à "nation" (7) ; mais elle repose aussi sur des raisons plus fondamentales qui confèrent au droit romain dans son ensemble des caractères très particuliers permettant d'affirmer qu'il joue le rôle de fonds commun dans lequel sont puisés les principes généraux de droit qui régissent les relations entre les seigneurs féodaux, les cités, les Etats en voie de formation, etc., du moins à partir du XIIème siècle, époque à laquelle l'extrême cloisonnement caractéristique de la période précédente, s'atténue. En effet, durant le Haut Moyen Age, les problèmes n'étaient guère réglés par des moyens juridiques et lorsque se produisit ce que l'on a appelé la "Renaissance de l'idée de droit" (8) dans l'Occident européen, c'est tout naturellement vers le droit romain, seul ensemble cohérent, facile à connaître grâce aux Compilations du Bas Empire que l'on se tourna. " Il y a une belle ordonnance de principes et de conséquences, une frappe nette des règles juridiques. On dit : c'est la raison écrite ". (9)

Ce droit qui, déformé par le contact avec les coutumes germaniques, infléchi par les particularités du droit canon, est la principale source de la plupart des droits nationaux en voie de formation, sera aussi celui que tout naturellement les entités féodales utiliseront dans leurs rapports mutuels, sans que, du fait de l'éparpillement du pouvoir, on

(5) "Celui que la raison a établi chez tous les hommes est également observé par tous les peuples, on l'appelle le droit des gens, parce qu'il est en usage chez toutes les nations" (trad. Claude Joseph de FERRIERE, Paris, Librairies associées, 1787, p. 35).

(6) V. infra, 2ème partie, titre II, chapitre I.

(7) En ce sens, v. Sir Arnold McNAIR, "The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians", préc., p. 201.

(8) René DAVID. Les grands systèmes de droit contemporains, préc., p. 37s.

(9) Georges RIPERT "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux R. C. A. D. I., 1933, II, n°44, p. 583. v. aussi Georgio DEL VECCHIO - Humanité et Unité du Droit, Paris, 1963, p. 12.

puisse encore dire très précisément s'il s'agit de droit public ou privé. Sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail sur la démonstration qu'a faite le baron Michel de TAUBE dans son cours de La Haye relatif aux origines de l'arbitrage international, il suffit de rappeler qu'il prouve que, à côté des droits nationaux (lois et coutumes) des parties en litige et du droit international embryonnaire comprenant les traités et les usages internationaux, les arbitres médiévaux appliquaient aussi :

" Le droit général ou le droit commun de toute l'Europe civilisée,
 " en tant qu'elle constituait (comme la Grèce antique) une communauté juridique de peuples appartenant à la même civilisation,
 " c'est-à-dire le droit romain, qui, subsidiairement, revient à la surface de la vie juridique de tous les peuples de civilisation latino-germanique dans la mesure où ne sont pas applicables les lois et coutumes locales mutatis mutandis, à côté et concurremment avec le droit romain, le droit canon pan-européen de l'Eglise catholique romaine joue également le rôle d'un "droit général" jusqu'à l'époque de la Réforme, qui brisa l'unité religieuse de l'Europe. " (10)

Le professeur VERDROSS fait également remarquer que les documents diplomatiques du Moyen Age montrent que le "droit international" de l'époque englobait en effet cette troisième source. (11)

Même en Angleterre, et ceci constitue un exemple particulièrement convaincant du fait de la perméabilité limitée de la common law au droit romain, l'introduction du "civil law" (il faut entendre le droit romain dans son ensemble et pas seulement le jus civile) dans certains domaines du droit interne va de pair avec l'influence croissante des "civilians" (romanistes) comme conseillers de la Couronne en matière de politique étrangère. Lord McNAIR démontre dans une conférence faite à Edimbourg (12) que durant tout le Moyen Age des docteurs en droit (romain) des universités de Cambridge et d'Oxford ont été chargés de négocier des traités ou de donner leur avis sur les différends internationaux et que durant le XVIe siècle ils jouèrent un rôle tout à fait fondamental

(10) Michel de TAUBE, cours préc., p. 91.

(11) Alfred von VERDROSS "Les principes généraux du droit et le droit des gens", R. D. I., 1934, n° 13, p. 488.

(12) "The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians", Transactions of the Grotius Society, préc., pp. 183-204. Sur tous ces points voir aussi Ernest NYS, Le droit romain, le droit des gens et le collège des Docteurs en droit civil, Bruxelles, Weissenbruch, 1910, 160 p., surtout p. 72 s.

A l'appui de sa thèse, il cite de nombreux faits montrant que les dirigeants anglais avaient conscience que par le droit romain leur pays participait au système juridique commun du monde civilisé. Deux exemples particulièrement frappants - quoique assez tardifs - le montreront. Le premier est l'extrait d'un discours prononcé au Parlement en 1609 par le roi Jacques I^{er} :

" I think that if it (the civil law) should be taken away it would make
 " an entrance to barbarisme in the kingdome and would blemish the
 " honour of England, for it is a manner of Lex Gentium and maintaineth
 " intercourse with all foreign nations " (13).

Ceci montre bien la fonction civilisatrice et unificatrice reconnue aux principes tirés du droit romain. De même dans l'affaire Jurado v. Gregory (1670), la Cour de l'Amirauté a rappelé que "tous les Admiralty Courts en Europe proceed per un mesme ley, scil. : le civil ley" (14)

Sir Humphrey WALDOCK a bien montré les raisons, très simples, de cette tendance qu'avaient, dès le Moyen Age, les "internationalistes" à chercher à compléter les règles réellement internationales dont ils disposaient par des principes communs à leurs droits internes :

" From time immemorial Sovereigns and Governments have had the
 " advice of lawyers in their dealings with one another and these were
 " not international lawyers purely and simply ; they were men
 " trained as civil lawyers who turned their attention to the affairs
 " of States. Inevitably, they brought to the solution of international
 " problems the stock of legal principles which they had absorbed in
 " their study of civil law " (15).

Les juristes de la période suivante, tout en se spécialisant davantage et en réfléchissant à la spécificité du droit international ne procéderont pas différemment.

(13) "Je pense que si l'on devait le (le droit romain) supprimer, cela reviendrait à introduire la barbarie dans le Royaume et souillerait l'honneur de l'Angleterre, car c'est une sorte de Lex Gentium qui permet d'entretenir des rapports avec toutes les nations étrangères" (Cité *ibid.*, p. 199).

(14) "Toutes les cours maritimes d'Europe utilisent un même droit : le droit romain" (*ibid.*, pp. 199-200).

(15) "Depuis des temps immémoriaux, les souverains et les gouvernements ont pris l'avis de juristes dans leurs relations mutuelles, et ceux-ci n'étaient pas purement et simplement des internationalistes ; il s'agissait d'hommes formés au droit privé qui s'intéressaient aux affaires de l'Etat. Inévitablement, ils avaient tendance à résoudre les problèmes internationaux à l'aide de la réserve de principes juridiques qu'ils avaient emmagasinés en étudiant le droit privé". Sir Humphrey WALDOCK, "General Course of Public International Law", R. C. A. D. I. 1962-II, n° 106, p. 54.

2. Les "fondateurs" du droit international.

Ainsi que Sir Hersch LAUTERPACHT l'a excellemment souligné, la question du recours au droit romain se posait à ceux que l'on a appelés les "pères" du droit international en termes assez différents de ceux de notre problème : savoir si l'on peut appliquer aujourd'hui, dans les rapports internationaux, les principes communs de droit reconnus dans les législations de la plupart des Etats du monde. Au XVIème siècle et jusqu'au début du XVIIIème siècle, il s'agissait en effet de se demander si le système juridique d'un Empire disparu pouvait être utilisé pour jeter les fondements d'un droit particulier entre les entités étatiques en voie de formation (16). Il est tout à fait intéressant, cependant, d'examiner les raisons qui les ont amenés à répondre par l'affirmative (A), puis à manifester des doutes sur le bien-fondé de cette position initiale (B).

A. L'unité du genre humain et des règles juridiques.

Aucun des premiers auteurs qui ont mérité le nom d'internationalistes ne s'est, semble-t-il, posé très clairement la question de la légitimité des emprunts au droit romain, mais il résulte de façon évidente de leurs théories que cette légitimité s'explique par deux postulats fondamentaux qui inspirent l'ensemble de leurs oeuvres :

1. d'une part, le genre humain forme une entité unique qui doit logiquement être régie par un droit unique ;
2. d'autre part, ce droit commun est tout naturellement le droit romain qui est à la base, à un degré plus ou moins grand, de tous les systèmes juridiques de l'Europe. Ce sont, de manière plus explicite, les principes déjà pressentis au Moyen Age.

Déjà, Francisco de VITORIA (1480-1546) a développé l'idée, fondée sur les épîtres de l'apôtre PAUL, que les hommes forment une société universelle ; mais ce raisonnement, destiné à affirmer les droits

(16) Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources and Analogies of International Law, Londres, Longmans, Green and C° Ltd, 1927, p. 9.

des Indiens peut difficilement être utilisé pour en déduire qu'il est légitime d'appliquer les règles du droit romain quoique VITORIA utilise celui-ci largement (De Indis recenter inventis, par exemple II, 3 et 1). Mais c'est SUAREZ (1548-1617) qui s'est le plus clairement appuyé sur l'idée de l'unité fondamentale du genre humain dans De legibus ac deo legislatore pour démontrer l'existence d'un droit international :

" La raison de ce droit est que le genre humain quoique divisé en
 " peuples et royaumes divers, possède toujours une certaine unité,
 " non seulement humaine, mais en quelque sorte politique et morale "
 " (III, 19, 9 - v. aussi III, 2, 5 ; III, 4, 7, etc.)

La même idée se retrouve dans les écrits de CONNANUS (milieu du XVIème siècle) et GENTILIS (1552-1608) (17). GROTIUS lui-même (1583-1645), dans le Discours préliminaire (paragr. XIV du De jure belli ac pacis) admet que " la nature a établi entre nous une espèce de parité. " Mais ce droit commun - et c'est en cela que ces maîtres ont mérité le titre de "pères du droit international" - ne s'applique pas aux individus mais aux Etats. Cette dernière pétition de principe est employée pour soumettre les Etats qui, à cette époque, sont en train d'affirmer leur souveraineté, au droit dans leurs rapports inter se, mais pas, du moins en règle générale, pour affirmer l'originalité du droit interétatique.

En même temps qu'était développée l'idée de communauté du genre humain, on affirmait l'unité des règles juridiques quels qu'en soient les destinataires, individus ou Etats. Le chancelier d'AGUESSEAU (1668-1751) a fort bien exprimé cette idée :

" Chaque nation entière pouvant être considérée comme un seul
 " homme et un seul corps politique, il est évident que toutes les
 " règles du droit naturel qui ont lieu entre les hommes considérés
 " séparément, ou entre un homme ou un autre homme, doivent aussi
 " être observées entre une nation et une autre nation. " (18)

Comme, malgré tout, la division de l'Europe en Etats souverains conduit à la diversification des systèmes juridiques nationaux, on est

(17) Sur ces problèmes, v. Paul GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", R. C. A. D. I. 1958-II, n° 94, p. 21s. et Ernest NYS, Les origines du droit international Castaigne et Thorin, Bruxelles et Paris, 1894, 414 p., notamment p. 7 s.

(18) H. F. d'AGUESSEAU - Essai d'une institution au droit public, Sirey, 1955, p. 130.

amené à rechercher des principes communs que l'on trouve dans le droit de Justinien que tous les auteurs appliquent sans guère manifester de scrupules.

Certes, il ne s'agit pas de transposer purement et simplement le vieux jus gentium (ou même le jus civile) aux rapports internationaux et certains auteurs paraissent conscients des limites de l'universalité des principes issus du droit romain : GROTIUS notamment lorsqu'il écrit " Saepe in una parte orbis terrarum est jus gentium quod aliqui non est". (19) Et le célèbre Hollandais prend parfois quelques libertés avec le système justinienéen orthodoxe (v. par exemple en matière de contrats, De jure belli ac pacis, II chap. XII, passim). Dans certains cas, on a même cru pouvoir déceler chez ces auteurs une part de mauvaise conscience et une hésitation à utiliser ainsi des principes avant tout applicables aux rapports entre personnes privées, et non à ceux qu'entretiennent les Etats entre eux.

Déjà GENTILIS, disciple de BARTOLE, se défendait du blâme qu'avait encouru son maître de confondre droit privé et droit international.

" Il repousse par exemple l'assimilation faite par ce dernier des principes juridiques admis en matière de chasse sur le terrain d'autrui et ceux de la guerre poursuivie sur le territoire étranger ; s'il appelle dans le De jure belli (III, XXII) ou le De unione regnorum Britanniae (prolégomène) l'alliance ou l'union d'Etats une societas, il a soin d'indiquer que cette société n'obéit pas aux principes du droit civil, et qu'il n'y a qu'analogie entre les deux situations. " (20)

GROTIUS lui-même se montre parfois prudent dans la transposition des règles du droit interne au domaine interétatique (21), mais, c'est BYNKERSHOEK (1673-1743) qui, le premier, va véritablement affirmer la séparation entre droit privé et droit international (v. notamment De Domino Haris, chap. IX ou De Foro Legatorum, chap. VII). Avec WOLFF (1679-

(19) De jure belli ac pacis, I, chap. I, paragr. 14 : "Souvent ce qui fait partie du droit des gens dans une partie de la terre ne l'est pas dans l'autre".

(20) H. NEZARD, "Albericus Gentilis" in Les Fondateurs du droit international, Paris Giard et Brière 1904, p. 83.

(21) V. exemples in Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources, préc., pp. 12-13.

1754) et surtout VATTEL (1714-1767) le principe de l'existence séparée de deux sphères juridiques bien distinctes va s'imposer durablement.

Mais ces hésitations sont, à vrai dire, exceptionnelles et presque tous les auteurs qui précèdent VATTEL vont affirmer que le droit de Justinien, loin d'être le droit particulier d'une société morte est celui qui doit régir les sociétés modernes sur les plans interne et international : GENTILIS affirme à plusieurs reprises que les Princes doivent se soumettre aux règles du jus civile et du jus gentium (cf. Aduocatio Hispanica, I, 21, De jure belli, I - 3 et 5) ; ceci le conduit à assimiler volontiers traités et contrats ou à transposer la théorie de la prescription en droit international (De jure belli, I, 22 s). Partant de l'oeuvre de ZOUCH (1590-1660), Georges SCELLE fait remarquer que :

" celui-ci est loin d'être dégagé des idées romaines. Toute son oeuvre s'inspire du droit romain, et sa conception du droit des gens ne tend point dans son esprit à s'opposer à celle des jurisconsultes de Rome, tout au plus vise-t-il à les compléter. " (22)

Le positiviste BYNKERSHOEK lui-même, malgré ses positions théoriques, fait de nombreuses références au droit romain. (23)

Quant à GROTIUS, avec tout son génie, il n'échappe pas à la loi commune : en matière de responsabilité par exemple, il n'hésite pas à transposer la règle de la culpa au droit international (De jure belli ac pacis, II, 17 et 21), et VATTEL, sur ce point, reprendra sa théorie (24). De même, il modèle les droits de l'Etat sur son territoire sur les principes posés pour la propriété privée (De jure belli ac pacis, II, 23, III, 8, 11). Chez le maître de Delft " les prémisses fournies par le droit privé (préparent) à des conclusions qui ont trait au droit des gens". (25)

(22) "ZOUCH (1590-1660)", Les Fondateurs du Droit International, p. 281.

(23) Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources, préc., p. 15 et Joseph DELPECH, "Bynkershoek (1673-1743), in Les Fondateurs du Droit International, préc. p. 390.

(24) v. G. COHN, "La théorie de la responsabilité internationale", R. C. A. D. I. 1939-II, n° 68, notamment p. 216 et 223.

(25) W. VAN DER VLUGT "L'oeuvre de Grotius sur le développement du droit international", R. C. A. D. I. 1925-II, n° 7, p. 427.

B - L'autonomie du droit international.

Il peut sembler paradoxal que les développements qui précèdent n'aient pas évoqué la distinction, présentée comme fondamentale par la plupart des auteurs traitant des origines du droit international, entre droit naturel et droit positif. Mais, d'une part, cette dichotomie n'a pour le problème traité ici qu'un intérêt secondaire par rapport à la division entre droit interne et droit international ; d'autre part et surtout, les premiers internationalistes, tout en n'ignorant pas la notion de droit naturel, n'y attachent qu'une importance limitée, estimant que c'est, en tout état de cause, le jus gentium, manifestation d'un consentement universel des nations, qui doit régir les rapports entre Etats (26).

" En réalité, écrit LE FUR avec une nuance de reproche, GROTIUS
 " n'a pas encore l'idée d'un droit naturel international, c'est-à-dire
 " d'un droit naturel entre Etats ; nous savons qu'il tire en bonne
 " partie son jus gentium du droit privé ; en effet, le jus gentium
 " chez lui, se rapporte toujours à des individus, les souverains,
 " titulaires de droits et de devoirs plutôt qu'aux Etats. C'est avec
 " HOBBS seulement qu'un droit naturel international visant les
 " Etats est présenté comme distinct du droit naturel privé visant
 " les individus ; mais HOBBS lui-même, ne semble pas encore
 " avoir bien nettement la conception de la personnalité morale, de
 " sorte que, chez lui, ces deux droits naturels interne et externe,
 " sont pratiquement les mêmes, ils ne diffèrent que pour leurs
 " sujets qui sont les individus dans un cas, les souverains, dans
 " l'autre. WOLFF semble être le premier à avoir réalisé la con-
 " ception de l'Etat, personne morale" (27).

Pour VATTEL, WOLFF ou Georges-Frédéric de MARTENS (1756-1822), la société internationale est nettement différente des communautés formées par les personnes privées. Le droit appelé à la régir sera donc différent. Il tirera son fondement de la raison, mais chaque Etat en devient le seul juge et doit y consentir. Le droit naturel, dont le droit romain avait pendant si longtemps fourni le modèle, devient un idéal sans force contraignante sinon morale. Le droit des gens - dans le sens moderne du mot - a acquis son autonomie.

(26) V. la démonstration très convaincante de Marcel MERLE in "Le Droit de la Nature et des Gens", Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE, Ed. Bière, Bordeaux, v. surtout pp. 537-538.

(27) Louis LE FUR, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe siècle et la doctrine moderne", R. C. A. D. I., 1927, II, n° 18, p. 319.

Mais les conséquences de ces nouvelles théories ne sont pas tirées par la doctrine avec rigueur. La tentation de recourir à des analogies avec le droit privé demeure grande et les auteurs y succombent bien souvent. Ainsi, la conception patrimoniale de l'Etat reste vivace et les conséquences qui en sont tirées par les internationalistes du XVIIIème siècle et du début du XIXème siècle ne diffèrent guère de celles qu'en avait tirées un GROTIUS, par exemple (v. supra).

Le processus de la succession d'Etat notamment est ramené à un héritage calqué sur le droit privé. La "théorie de la succession universelle de droit privé" est ainsi adoptée par PUFFENDORF (1632-1694-De jure naturae ac gentium, VIII, 12, n° 1-4 et 7-9), mais aussi par VATTEL (Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle, II, 12, paragr. 191) et WOLFF (Institutions du droit de la nature et des gens, Leyden, 1772, vol. V, p. 379) et est invoqué par les Etats dans leurs rapports mutuels (28). D'autres auteurs, plus modernes s'y réfèrent également (cf. F. de MARTENS dans son Traité de Droit International, trad. Léo, Paris 1883, I, p. 368). Ces théories et ces pratiques sont sans doute à mettre en relation avec le système de l' "Etat princier" ; l'Etat se confondant avec la personne du monarque, il était tentant de raisonner à son sujet comme à propos des propriétés des simples particuliers.

Ainsi, en dépit de l'affirmation doctrinale de l'autonomie du droit international et du droit quasi-exclusif de la volonté de l'Etat dans l'établissement de ses règles, les auteurs, jusqu'au début du XIXème siècle n'en continuent pas moins à transposer les règles du droit privé dans la sphère des rapports internationaux, sans guère essayer de donner la moindre justification de cette licence. Plus prudents, plus conscients peut-être du caractère discutable de cette transposition, les auteurs de la période suivante vont s'efforcer de lui donner une justification doctrinale tout en continuant à y avoir recours.

(28) V. Marco G. MARLOFF, Accession à l'indépendance et succession d'Etats aux traités internationaux, Ed. universitaires, Fribourg, 1969, p. 12 s.

Sect. 2 - Du début du XIXème siècle aux années 1920, le recours aux "principes", plus discret, a toujours existé.

Jusqu'à cette époque, en effet, les internationalistes se préoccupaient surtout d'établir l'existence du droit international naissant, de démontrer son caractère contraignant, donc d'en chercher le fondement - le fondement et non les sources- problèmes qui seront fâcheusement confondus par la suite : il s'agit alors d'expliquer pourquoi le droit international dans son ensemble est obligatoire et non comment certaines règles se forment ; ceci est une étape ultérieure du raisonnement. En même temps, il importait de préciser le fond du droit et, à cet égard, les auteurs, comme on l'a vu, procédaient par affirmations, transposant la plupart du temps aux rapports interétatiques les règles issues du droit romain.

La longue période de paix relative qui marque les années 1815-1914, va permettre de préciser les règles du droit international grâce, en particulier, au développement de l'arbitrage entre Etats. Ceux-ci, qui affirment plus que jamais leur souveraineté et dont le nationalisme jaloux se traduit par des tendances impérialistes (29) ne sauraient se contenter de l'approximation qui a régné durant l'époque précédente. Les arbitres ne peuvent utiliser que des règles certaines et incontestables. Tels apparaissent les principes juridiques communs aux nations considérées alors comme civilisées puisque les sentences y font fréquemment appel, en tentant parfois d'en justifier l'utilisation (paragr. 1) et sont respectés par les parties. Les Etats eux-mêmes ainsi que la doctrine ont également recours à de tels principes (paragr. 2).

Paragr. 1. Les principes dans la jurisprudence arbitrale.

Entre le fameux traité Jay du 19 Novembre 1794 et l'établissement de la Cour Permanente de Justice Internationale en 1920, le recours à l'arbitrage a connu des développements considérables qui ont été,

(29) V. Charles de VISSCHER, Théories et Réalités en Droit International, Pédone, 4ème éd., 1970, p. 54 s.

au moins jusqu'en 1900, bien retracés par LA FONTAINE dans l'introduction à sa Pasicrisie Internationale (30) et les arbitres ont été fréquemment conduits à utiliser des notions reçues dans les droits internes des Etats (A) mais la portée de ces emprunts a été, et est encore, discutée par la doctrine (B).

A. L'utilisation des principes dans la jurisprudence arbitrale jusqu'aux années 1920.

Les "principes", tels qu'ils ont été définis plus haut, ont toujours été utilisés par les arbitres internationaux. Dans l'ouvrage de M. BIN CHENG, écrit en 1951 (31), sur 479 sentences arbitrales citées et faisant mention de principes généraux de droit (32), 147, soit une sur trois, sont antérieures à 1920. Or, parmi les arbitrages rendus après 1920 se trouvent de très nombreuses sentences des Tribunaux Arbitraux Mixtes établies par les traités de 1919. Si, donc, on ne tient compte que des arbitrages ad hoc, la proportion devient à peu près de une sur deux. Certes, le docteur CHENG n'a pas forcément relevé toutes les décisions fondées en partie sur des principes généraux, mais il n'en reste pas moins que ces chiffres montrent clairement que ceux-ci ne sont pas une invention des internationalistes de l'entre-deux guerres.

Peut-être les premiers arbitres des temps modernes, comme M. JOURDAIN, utilisaient-ils les principes sans le savoir. Une chose est certaine : ils en faisaient un large usage.

Cette pratique remonte aux premiers temps de l'arbitrage.

Déjà les membres de la Commission mixte instituée par l'article V du Traité Jay du 19 novembre 1794 ont eu recours à plusieurs reprises à l'idée que certaines règles utilisées en droit interne devaient "nécessairement" s'appliquer aux rapports internationaux.

(30) H. LA FONTAINE, Pasicrisie Internationale, histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900, Imprimerie Stampfell, Berne 1902

(31) General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Stevens and Sons, Londres 1953, LII - 490 p.

(32) Notre définition est plus restrictive que celle adoptée par le Dr. CHENG, comme nous le montrerons plus loin, mais cet élément statistique est cependant révélateur.

Ainsi, dans l'affaire du Betsey (33), le commissaire GORE avait insisté sur la nécessité pour la Commission de se reconnaître la compétence de sa compétence. La jurisprudence de celle-ci va plutôt dans ce sens. Dans la même espèce, GORE avait également évoqué la nécessité de trancher les affaires soumises aux arbitres et l'interdiction de juger ultra petita ; son opinion constitue d'ailleurs une véritable théorie de la justice internationale fondée sur les pratiques internes (34). Dans l'affaire du Jamaica, GORE, toujours, développe ses idées sur la responsabilité internationale :

" Indeed, nothing could be more incongruous with the principles of
 " justice as well as with the law of nations than to render an indivi-
 " dual or government under an obligation to restore that which was
 " never in its power to compensate for not restoring it, when the loss
 " arose without the smallest fault imputable to such government or
 " individual. " (35)

Cette opinion est certes discutable, mais elle est un exemple très remarquable de transposition de notions de droit interne en droit international (36). Bien entendu, cette tendance ne sera pas abandonnée dans les arbitrages postérieurs et, pratiquement, toutes les sentences importantes de cette période transposent des principes de droit interne, privé en général, public parfois, en droit international. Sir Hersch LAUTERPACHT l'a abondamment prouvé en 1927 (37) et il n'est pas utile de reprendre en détail sa démonstration. M. JENKS en a donné un excellent résumé dans son ouvrage "The Prospects of International Adjudication" :

" As Lauterpacht demonstrated, recourse to general principles of
 " law was a characteristic feature of the leading British-American

(33) Grande Bretagne c. Etats-Unis (sans date) 1797, J. B. MOORE, Int. Adj. M. S. p. 182 s V. aussi l'opinion du commissaire Pinkney dans l'affaire du Sally (capitaine Hayes), Grande Bretagne c. Etats-Unis, 13 Juillet 1797, p. 325 s.

(34) Ibid. p. 197 s.

(35) Grande Bretagne c. Etats-Unis, opinion du 21 Mai 1798, ibid. p. 498 : "Assurément, rien ne serait plus incompatible tant avec les principes de la justice qu'avec le droit des gens que d'obliger un individu ou un gouvernement à rétablir une situation dont il n'a jamais eu le pouvoir de compenser la disparition quand celle-ci s'est produite, sans que la moindre faute puisse être imputée à ce gouvernement ou à cet individu."

(36) Dans l'affaire du Neptune, dans son opinion du 26 Juillet 1797, le cinquième commissaire, TRUMBULL, a admis l'excuse de nécessité, ibid. p. 424 s.

(37) Private Law Sources, préc.

" arbitrations, including the Alabama Arbitration (as regards the
 " criterion of due diligence, the measure of damages and liability
 " for interest) (pp. 216-223), the Behring Sea Arbitration (as regards
 " prescription, and as regards property and possession in animals
 " *ferae naturae*) (pp. 223-227), the British Guiana Boundary Arbi-
 " tration (as regards prescription, occupation, possession and
 " estoppel) (pp. 227-233), the Alaska Boundary Arbitration (as re-
 " gards the relative authority of Roman and common law in respect
 " of the merger of previous negotiations in the completed contract
 " and rules of evidence) (pp. 233-237), and the North Atlantic Coast
 " Fisheries Arbitration (as regards proof of a servitude and the
 " consequences of a real right)(pp. 237-243). It was an equally
 " characteristic feature of Permanent Court of Arbitration awards,
 " including the Pious Fund of the Californias Case (as regards res
 " *judicata*, the right of the tribunal to determine its own jurisdiction
 " and estoppel) (pp. 244-250), the Venezuelan Preferential Claim
 " Case (as regards hypothecation, bankruptcy and estoppel) (pp. 250-
 " 255), and the Russian Indemnity Case (as regards moratory and
 " compensatory interest, the requirement of an express demand in
 " due form and preclusion) (pp. 255-261). The practice was also
 " common in miscellaneous arbitrations : among the illustrations
 " given by Lauterpacht were the Senate of Hamburg awards in the
 " Croft Case (as regards the effect of an admission) (pp. 267-269)
 " and the Yuille, Shortridge and C°. Case (as regards the relationship
 " of interest to principal) (pp. 269-270) ; a number of the British-
 " American 1910 Tribunal awards, notably those in the Lindisfarne
 " and Newchwang Cases (as regards admission of liability) (pp. 278-
 " 280), the Yukon Lumber Case (as regards estoppel and damages
 " for prospective profits) (pp. 280-281) and the Cayuga Indians Case
 " (as regards the application of prescription and laches to persons
 " under disability) (pp. 284-286) ; the decisions of the Central Ame-
 " rican Court of Justice in the Honduras v. Guatemala and Salvador
 " Case (as regards due diligence) (p. 287), the Salvador v. Nicaragua
 " Case (as regards co-ownership and quasi-contracts) (pp. 288-289)
 " and the Costa Rica v. Nicaragua Case (which raised the question
 " whether the Bryan-Chamorro Treaty conveyed an option or
 " consummated a sale)(p. 289) ; and the Tacna-Arica Arbitration
 " (as regards the effect of the prevention of fulfilment of a condition
 " by the party interested in its non fulfilment)(p. 291). (38)

(38) C. Wilfred JENKS, The Prospects of International Adjudication, Stevens, Lon-
 dres 1964, pp. 266-267. :

" Comme Lauterpacht l'a démontré, le recours aux principes généraux
 " de droit fut une des caractéristiques des principaux arbitrages anglo-
 " américains, notamment de l'affaire de l'Alabama (critère de "due diligence",
 " étendue des dommages-intérêts, obligation de payer des intérêts) (pp. 216-
 " 233), l'arbitrage de la mer de Behring (prescription, propriété et posses-
 " sion d'animaux *ferae naturae*) (pp. 223-227), les arbitrages relatifs à la
 " frontière de la Guyane Britannique (prescription, occupation, possession,
 " estoppel) (pp. 227-233) et à la frontière de l'Alaska (autorité relative du
 " droit romain et de la "common law" en ce qui concerne l'extinction de né-
 " gociations antérieures à propos d'un contrat exécuté et règles de preuve)

Cette longue citation montre clairement que l'idée de combler ce que l'on a appelé les "vides du droit" (39) par des recours à des règles non écrites et n'ayant pas encore été appliquées dans l'ordre international est ancienne et bien établie.

B. Les discussions doctrinales à propos de ces sentences.

Des auteurs ont cependant contesté cette interprétation. Pour certains, les exemples que l'on peut citer d'utilisation des principes par des tribunaux arbitraux avant 1920 sont trop rares pour que l'on puisse tirer la moindre conséquence sur l'existence d'une "troisième source". (40) Cet argument est difficilement compréhensible : la thèse de Sir Hersch LAUTERPACHT, puis celle de M. Bin CHENG en ont depuis longtemps démontré la faiblesse ; le recours aux principes n'est pas le fait de sentences isolées, bien au contraire ; il s'agit d'un procédé généralisé dès les débuts de l'arbitrage.

(38 - suite)

" (pp. 233-237) et l'arbitrage des pêcheries côtières de l'Atlantique Nord
 " (preuve d'une servitude et conséquences d'un droit réel) (pp. 237-243).
 " C'est aussi un des éléments caractéristiques des sentences rendues par la
 " Cour Permanente d'Arbitrage parmi lesquelles l'affaire des Fonds Pieux
 " de Californie (res judicata, droit pour le tribunal de déterminer sa propre
 " compétence, estoppel) (pp. 244-250), l'affaire des préférences vénézué-
 " liennes (hypothèque, banqueroute et estoppel) (pp. 250-255) et celle de
 " l'indemnité russe (intérêts moratoires et compensatoires, exigence d'une
 " demande expresse et forclusion) (pp. 255-261). On retrouve cette pratique
 " dans divers arbitrages : parmi les exemples donnés par Lauterpacht figu-
 " rent les décisions du Sénat de Hambourg dans les affaires Croft (effets
 " d'un aveu) (pp. 267-269) et Yuille, Shortridge et Cie (montant des intérêts
 " par rapport au principal) (pp. 269-270) ; un certain nombre de décisions du
 " tribunal anglo-américain de 1910, notamment dans les affaires Lindisfarne
 " et Newchwang (reconnaissance de la responsabilité) (pp. 278-280), dans
 " celle du "Yukon Lumber" (estoppel et dommages-intérêts pour profits
 " éventuels) (pp. 280-281) et dans l'affaire des Indiens Cayuga (application
 " des règles de la prescription et négligence des personnes incapables)
 " (pp. 284-286) ; les décisions de la Cour de Justice Centre-Américaine
 " dans les affaires Honduras c. Guatemala et Salvador ("due diligence")
 " (p. 287), Salvador c. Nicaragua (où la question de savoir si le Traité Bryan-
 " Chamorro ouvrait une option ou consacrait une vente était posée) (p. 289) ;
 " enfin, l'arbitrage Tacna-Arica (conséquence du fait d'empêcher la réalisa-
 " tion d'une condition par la partie intéressée à sa non-réalisation) (p. 291)."
 Les chiffres entre parenthèses renvoient aux pages du livre de Sir Hersch LAUTERPACHT, préc.

(39) V. supra, l'introduction.

(40) Voir notamment Paul GUGGENHEIM, Traité de Droit International Public, I-1967, Librairie de l'Université, Georg et Cie, Genève, 2ème éd., p. 293 ; Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, R. G. D. I. P., 1938, pp. 285-308 ; A. P. SERENI, Diritto Internazionale, Giuffrè, Milano, 1956, p. 1485 et même Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., I, p. 371.

Karl STRUPP va plus loin encore et estime que les sentences invoquées

" ont été rendues en méconnaissance absolue du droit des gens, en
 " partant du droit privé d'un Etat déterminé ou même du droit romain
 " qui - pour estimable qu'il soit - ne constitue pas néanmoins du
 " droit international public. " (41)

Il est à peine besoin d'insister sur le caractère illogique de cette affirmation : d'une part, on peut se demander de quel droit le professeur STRUPP relègue ainsi des dizaines de décisions arbitrales dans le domaine de l'illégalité ; d'autre part, son argumentation repose sur une conception a priori de ce qu'est et de ce que n'est pas le droit international ; c'est raisonner à l'envers : il se trouve que des arbitres, souvent internationalistes de renom, ont appliqué certaines règles à des sujets de droit international et que ceux-ci n'ont fait, en général, aucune difficulté pour respecter leurs décisions (42) ; dès lors, on ne peut que constater avec le professeur VERDROSS (43) que, dès avant 1920, les principes communs aux droits internes des différents Etats ont été considérés comme des règles applicables aux rapports internationaux.

Une des objections de KOPELMANAS est plus embarrassante (44) ; selon lui, les Etats avaient autorisé les arbitres à appliquer ces principes communs soit dans le compromis, soit a posteriori en acceptant de se plier à la sentence. Cependant, s'il est exact que certains compromis visant les "principes généraux du droit ou de l'équité" ou employant des expressions similaires peuvent être regardés comme des autorisations valables dans tels cas spécifiques, on comprend mal comment il se fait que l'Etat condamné n'ait jamais protesté lorsqu'il l'était sur la base des principes, en l'absence de toute clause prévoyant leur application, s'il n'avait eu la conviction qu'il s'agit d'un procédé licite.

(41) Karl STRUPP, "Les règles générales du droit de la paix", R. C. A. D. I., 1934-I, n° 47, p. 310.

(42) KOPELMANAS, dans son article précité (note n° 40), a soutenu le contraire, mais sa démonstration ne vise expressément que la sentence de la Cour Permanente d'arbitrage dans l'affaire de l'indemnité turque dont il dit seulement qu'elle a été très critiquée en doctrine (p. 288s).

(43) V. par exemple "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", R. C. A. D. I. 1935-II, n° 52, surtout pp. 207-219 ; v. aussi Jean SPIROPOULOS, Théorie générale du Droit International, L. G. D. J., Paris, 1930, pp. 97-109.

(44) article cité à la note n° 40, p. 290. Dans le même sens, Paul GUGGENHEIM, Traité, préc., I-p 293.

M. STUYT ne partage pas cette opinion.

" Some authors gather a number of precedents, such as "it is a principle of universal jurisprudence that ...", "the general principle of civil law, according to which ...", "according to general and universally recognized principles of justice ...", etc., and they conclude then, that, by way of analogy, principles of civil law, of natural law, etc., could be transmitted into international law. It seems however to be a too simple method of gathering precedents without any logic connection". (45)

L'argument n'est pas sans valeur, mais son auteur sous-estime précisément la précision et la cohérence des formules utilisées par les arbitres.

Ceux-ci n'ont pas toujours clairement indiqué l'origine de ces principes, mais certaines sentences sont cependant suffisamment explicites pour que l'on admette qu'il s'agit bien des principes généraux communs tels que nous les avons définis, et la doctrine ne s'y est pas suffisamment arrêtée, plus préoccupée en général d'additionner que d'analyser et tombant ainsi sous le coup des critiques de M. STUYT.

Dans les premiers temps de l'arbitrage, il est vrai, ou bien les sentences sont peu motivées, en particulier celles émanant de chefs d'Etats, ou bien, comme celles rendues par la Commission instituée par le Traité Jay, elles procèdent par affirmations pures et simples ; mais, durant le dernier tiers du dix-neuvième siècle et au début du vingtième, elles deviennent beaucoup plus détaillées.

Parmi celles-ci, la décision la plus ancienne que l'on cite en général est celle du Sénat de Hambourg dans l'affaire Yuille, Shortridge et Cie (46), mais elle reste assez laconique :

" comme d'après le droit commun, seul applicable ici, le cumul des intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal (Dig.,

(45) A. M. STUYT, General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction, M. Nijhoff, La Haye, 1946, p. IX. "Des auteurs rassemblent un certain nombre de précédents tels que "c'est un principe de jurisprudence universelle que...", "le principe général de droit civil selon lequel...", "conformément aux principes généraux et universellement reconnus de la justice..." etc., et ils en déduisent que par le biais de l'analogie, des principes de droit civil, de droit naturel, etc., pourraient être transposés en droit international. Recueillir des précédents sans aucun rapport logique semble cependant une méthode par trop rudimentaire."

(46) Grande Bretagne c. Portugal, 21 Octobre 1861, R. A. I. II, p. 785, Pas. I. p. 377s.

" De Cond. Indeb., 12, 6, Code, De Usuris 10, 32), on a dû res-
" treindre les intérêts de ce chef à ... " (47)

La première sentence, réellement riche d'enseignements que l'on peut mentionner, est celle qui fut rendue dans l'affaire VAN BOKKELEN en 1888 (48) : dans cette espèce Haïti avait abondamment recouru aux règles du droit interne et, malgré quelques scrupules, le tribunal a largement suivi cette méthode, notamment pour distinguer droit public et droit privé et pour cerner la notion de cession de biens ; il a donc transposé à la sphère des rapports internationaux des notions de droit interne.

Dans l'affaire Fabiani, beaucoup plus souvent citée, l'arbitre a décidé :

" En consultant les principes généraux du droit des gens sur le déni
" de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des lé-
" gisations ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que
" le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité
" judiciaire d'exercer ses fonctions, et notamment de statuer sur
" les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi, les retards obsti-
" nés de sa part à prononcer ses sentences " ;

à l'appui de cette opinion, il cite des arrêts des tribunaux suisses, le code de procédure civile français et des ouvrages de doctrine (49) ; de même, en matière de preuve (50) et de responsabilité (51), l'arbitre se fonde sur des règles de droit interne, suisses, françaises, allemandes et vénézuéliennes.

De même, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du chemin de fer de Lourenço Marques, se préoccupe de déterminer le droit applicable, le compromis se contentant de recommander au Tribunal de trancher la question "comme il jugera le plus juste" :

" Cette clause n'exclut pas, elle implique au contraire pour lui
" l'obligation de déterminer au préalable quelle est la législation
" qui devra le guider dans la recherche de la solution "juste" (...)
" L'entreprise (concessionnaire) n'ayant (...) jamais cessé d'être
" portugaise, il en suit qu'elle est régie par le droit portugais ainsi
" que le statue d'ailleurs expressément l'article 50 de la cession.

(47) R. A. I., II, p. 108.

(48) Etats-Unis c. Haïti, 4 décembre 1888, Pas. I., p. 302 s.

(49) France c. Vénézuéla, Sentence rendue par le Président de la Confédération Suisse, 30 décembre 1896, Pas. I., p. 356. C'est nous qui soulignons.

(50) Ibid. p. 364

(51) Ibid. p. 362.

" C'est donc (52) aussi le droit portugais qui fait loi dans le présent
 " litige. Mais cette question qu'il importait de trancher d'entrée
 " de cause n'a pour ainsi dire qu'une portée théorique. En effet, la
 " loi portugaise ne contient sur les points décisifs et pertinents au-
 " cune disposition particulière qui s'écarterait des principes géné-
 " raux du droit commun des nations modernes. " (53)

Le contexte montre bien qu'il s'agit des principes de droit interne.

La célèbre décision rendue par la Cour Permanente d'Arbitrage dans l'affaire de l'indemnité russe vise également les principes généraux du droit commun des nations modernes : au gouvernement ottoman qui soutenait que la notion d'intérêts moratoires n'existe pas en droit international public en l'absence de stipulations expresses, le Tribunal répond que les législations de tous les Etats faisant partie du concert européen admettent les intérêts moratoires dans les litiges entre particuliers et que la notion doit par suite être transposée en droit international public dès lors qu'il y a une similitude de situations entre un Etat et un particulier débiteurs d'une somme conventionnelle (54). La précision apportée est intéressante : les principes généraux communs sont appliqués parce qu'il n'y a pas de différence de situation entre les Etats parties au litige et celle dans laquelle se trouveraient deux individus.

Une sentence mérite encore d'être citée : celle rendue par Don Joaquim Fernandez Prida dans l'affaire de la frontière de la Walfish Bay. Le compromis du 30 janvier 1909 ne comportant aucune clause relative au droit applicable, l'arbitre a examiné ce problème :

" Considering that both questions must be solved in conformity with
 " the principles and rules of public international law, and, where
 " they fail, in conformity with the general principles of law, since
 " neither the Agreement of 1890 nor the supplementary Declaration
 " of Berlin of the 30th January 1909 in any way authorize the
 " arbitrator to base his decision on other rules and it is notorious
 " according to constant theory and practice that such authority
 " cannot be presumed. " (55)

(52) La logique de la déduction nous paraît douteuse.

(53) Etats-Unis c. Grande Bretagne - Portugal, 29 mars 1900, Pas. I., p. 399.

(54) Russie c. Turquie, 11 novembre 1912, R. S. A. N. U., vol. XI, pp. 441 à 446.

(55) Allemagne c. Grande Bretagne, 23 mai 1911, R. S. A. N. U., vol. XI, p. 294 :
 "Attendu que les deux questions doivent être résolues conformément aux principes et aux règles de droit international public, et, lorsqu'elles font défaut, en conformité avec les principes généraux de droit, puisque ni l'Accord de 1890 ni la Déclaration annexe de Berlin du 30 janvier 1909 n'autorisent l'arbitre à fonder sa décision sur d'autres règles et qu'il est bien établi, selon une doctrine et une pratique constantes, qu'une telle latitude ne se présume pas. " C'est nous qui soulignons.

En l'absence d'autorisation expresse, l'arbitre peut donc appliquer, outre les règles du droit international proprement dites - qui comportent sans aucun doute les traités et la coutume - les principes généraux de droit, présentés comme une source nettement distincte.

Au terme de cette brève revue de la jurisprudence arbitrale antérieure à 1920 (56), on peut affirmer que, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs : 1). les "principes" ont été utilisés dès les premiers temps de l'arbitrage moderne ;

2). ils l'ont été ensuite de façon très abondante, même en l'absence de toute clause compromissoire le prévoyant ;

3). il s'agit bien des principes que l'on retrouve dans les droits internes des différents Etats européens ou américains, seuls considérés alors comme civilisés.

Paragr. 2. Les principes dans la doctrine et dans la pratique des Etats.

Après avoir émis des doutes sur la valeur des précédents jurisprudentiels que l'on peut invoquer, le professeur GUGGENHEIM affirme, dans son Traité de Droit International Public :

" En tout cas, la doctrine n'a jamais, jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, appliqué (?) systématiquement une troisième source. " (57)

En réalité, s'il est exact que les auteurs de la fin du siècle dernier et du début de celui-ci n'ont pas élaboré une théorie "systématique" de la "troisième source", ils n'en ont pas moins éprouvé le besoin d'affirmer

(56) Beaucoup d'autres décisions pourraient être invoquées. Par ex. : affaire de Lamu (Allemagne c. Grande Bretagne, sentence rendue par le Baron Lambermont, 17 août 1889, Pas. I, p. 33 ss) ; affaire du Guano (arrêt du tribunal arbitral franco-chilien rendu à Lausanne le 10 novembre 1896 par Hafner, R. S. A. N. U., vol. XV, p. 93s, v. notamment p. 101) ; affaire du navire Cap Horn Pigeon (Etats-Unis c. Russie, C. P. A., Président Asser, 29 novembre 1902, R. S. A. N. U., vol. IX, p. 63s) ; affaire des Fonds Pieux de Californie (Etats-Unis c. Mexique, C. P. A., 14 octobre 1902, R. S. A. N. U., vol. IX, p. 12) en ce qui concerne le principe "res judicata", mais la Cour a refusé d'appliquer le principe de la prescription (p. 13) contrairement à la Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla instituée par le protocole du 7 février 1903 qui en a fait usage à plusieurs reprises, s'appuyant sur les règles connues des droits internes (v. par exemple affaires Spades, R. S. A. N. U., vol. IX, p. 224 et Stenson, *ibid.* p. 385s), ainsi que la Commission mixte italo-vénézuélienne établie par les protocoles des 13 février et 7 mai 1903 dans l'affaire Gentini (Décision rendue par l'Umpire Ralston, pp. 557-558, R. S. A. N. U., vol. X, pp. 557-558) ; affaire du golfe de Fonseca (Salvador c. Nicaragua, Cour de Justice Centre Américaine, A. J. I. L. 1917, 728), etc...

(57) Op. cit., I., p. 293.

l'existence de règles de droit international en dehors des traités et de la coutume (A) ; les Etats eux-mêmes, dans leurs rapports mutuels, se sont parfois fondés sur les principes généraux communs (B).

A. La doctrine.

Il est assez difficile d'effectuer une recherche approfondie sur l'attitude de la doctrine antérieure à 1920 au sujet des principes généraux communs : une telle étude supposerait la lecture intégrale des ouvrages de cette époque ; en effet, ceux-ci, tout en utilisant la notion de sources, ne comportent pas, en général, de chapitre particulier qui y soit consacré. Aussi s'est-on contenté de procéder par "sondages". Même ainsi, il apparaît que, confusément parfois, les auteurs admettaient la nécessité de recourir aux principes généraux.

Déjà, dans le premier tiers du XIX^{ème} siècle, G. F. de MARTENS, qui est un des auteurs marquant le début du droit international "positif", après avoir cité l'occupation, les traités et usages, estimait que l'analogie était une "autre manière d'acquérir des droits entre les nations", mais il ne précisait pas si l'on pouvait transposer des règles de droit interne aux rapports entre Etats quoique cela semble vraisemblable puisqu'il définit l'analogie "l'application de ce qui a été réglé pour de certains cas à l'égard d'autres cas semblables, et qui n'ont pas encore été déterminés", la seule limite étant "la ressemblance effective des cas que l'on compare et sur lesquels on fonde l'induction." (58)

Plus tard, les auteurs seront plus explicites. Les partisans du droit naturel sont évidemment ceux qui éprouvent le moins de scrupules à admettre que des principes généraux valables entre particuliers peuvent faire droit entre les Etats. Ainsi, FIORE déclare :

" la loi primitive n'est écrite dans aucun code. Que votre raison
 " réfléchisse sur les principes éternels de la justice qui se révèlent
 " à votre intelligence et vous trouverez la loi primitive. De la même
 " manière que pour déterminer le droit naturel des individus il est

(58) Précis du droit des gens moderne de l'Europe, 3^{ème} éd., 1831, J. P. Aillaud, Paris, I, p. 170.

" nécessaire d'étudier les principes universels et immuables de la
 " justice et leur application immédiate aux principales institutions ;
 " ainsi, pour déterminer ce droit primitif des nations, il est néces-
 " saire d'étudier ces mêmes principes en faisant abstraction de leur
 " application particulière. " (59).

Mais la force naissante des doctrines positivistes interdisait déjà d'en rester à des propositions aussi générales et aussi absolues et le même auteur est beaucoup plus prudent au niveau de l'application concrète de son idée : s'il estime que l' "on peut appliquer aux obligations consensuelles d'Etat à Etat les principes généraux de droit qui régissent les obligations consensuelles entre particuliers " (60), il admet que cela ne peut se faire que dans certaines limites et que "les principes généraux de droit qui s'appliquent à la validité des contrats entre particuliers reçoivent d'importantes modifications dans leur application aux traités (61).

Le traducteur de l'ouvrage précédent, P. PRADIER-FODÈRE, dans son *Traité de Droit International Public Européen et Américain*, admet que

" ceux qui s'occupent de droit international puisent dans les dispo-
 " sitions des législations positives internes des différents peuples
 " des renseignements et notions utiles au point de vue des relations
 " des nations entre elles. Ils peuvent en extraire un certain nom-
 " bre de principes généralement appliqués, y prendre des arguments
 " contre les Etats qui abandonneraient ensuite les règles d'abord
 " adoptées ; enfin, la connaissance de ces dispositions leur permet
 " de constater les idées des peuples étrangers sur un certain nom-
 " bre de questions ayant un caractère sinon universel, du moins très
 " général". (62)

A plusieurs reprises, il fait référence au "droit commun" (par exemple à propos du consentement aux contrats (63) ou des quasi-délits (64). La grande idée sous-jacente à l'ouvrage, l'existence d'une "communauté"

(59) Pasquale FIORE, *Nouveau Droit International Public suivant les besoins de la civilisation moderne*, trad. PRADIER-FODÈRE, t. I. 1868, Durand et Pédone, p. 84. C'est nous qui soulignons.

(60) Ibid., t. II, 1869, p. 311.

(61) Ibid., p. 313.

(62) Pédone I. 1885, p. 89, n° 29.

(63) Ibid. II - 1885, p. 735, n° 1071.

(64) Ibid. II, p. 943, n° 1224.

entre les différents Etats d'Europe et d'Amérique était, il est vrai, particulièrement propice à ce genre de réflexion. (65)

CALVO, pour sa part, après avoir énuméré un grand nombre de sources hétéroclites du droit international (ouvrages des publicistes, traités et conventions, histoire, actes diplomatiques, décisions des tribunaux des prises, décisions des tribunaux locaux, lois et règlements, décisions arbitrales, opinions des jurisconsultes) ne mentionne pas les principes communs, mais estime que, dans certains cas, les principes qui ont servi de base au droit romain (mais non celui-ci en tant que tel), peuvent figurer au nombre des sources du droit international public (66). Quant à Alphonse RIVIER, tout en prônant la prudence dans la transposition - le droit international, notamment du fait de l'absence de juge, étant moins achevé et moins strict que le droit interne - estime qu' "il est incontestable que les principes du droit privé et plus spécialement du droit romain, droit commun des nations européennes, sont applicables au droit des gens par analogie". (67)

Bien qu'elles diffèrent dans le détail, ces opinions doctrinales présentent un certain nombre de points communs par rapport à celles de la période précédente (v. supra, sect. I) : si elles continuent à rattacher souvent les principes au droit naturel (v. l'extrait précité de l'ouvrage de FIORE) ou à la "saine raison" (68) et à faire souvent allusion au droit romain, elles n'en apportent pas moins des précisions intéressantes ; d'une part, elles abordent le problème sous l'angle de l'étude des sources du droit international - même si cette étude reste en général éparse - ; d'autre part, elles insistent sur la nécessité de ne transposer les principes communs aux droits internes dans les rapports internationaux

(65) On retrouve la même idée, qui se rattache à celle d'unité du genre humain (v. supra, sect. I, paragr. 2), dans le Traité de Frédéric de MARTENS (Paris, Maresq aîné, 1883 - I, notamment p. 270s).

(66) Le Droit International théorique et pratique, Berlin, Puttkammer et Hülbrecht, I - 1887, p. 158 s (surtout p. 165)

(67) Principes du droit des gens, L. G. D. J., 1896, t. I, p. 33. Pour une application dans un cas concret, v. par exemple en matière d'interprétation II, p. 123.

(68) Bien qu'il soit le plus réservé des auteurs cités, CALVO estime que pour interpréter les traités, les règles à appliquer sont celles que "l'équité et la saine raison commandent de suivre", op. cit. note n° 66, III - 1888, p. 395.

qu'avec prudence, rejoignant en les précisant les préoccupations de certaines sentences arbitrales rendues à la même époque (v. supra, paragr. 1). Ainsi, LA PRADELLE et POLITIS, tout en admettant dans certains de leurs commentaires qu'il existe des principes universellement admis applicables dans les arbitrages internationaux (69), estiment que "les règles du droit romain ne sauraient être considérées comme le complément nécessaire du droit des gens" (70).

Parmi les auteurs de cette époque, il convient enfin de faire une place à part à Louis RENAULT. Déjà, dans son Introduction à l'étude du droit international, parue en 1879, celui-ci estimait que la législation interne des Etats permet de "constater d'une manière authentique les idées des divers peuples sur un certain nombre de questions ayant un caractère international. On peut faire alors un travail analogue à celui que nous avons indiqué plus haut pour les traités, et extraire de ces lois et ordonnances particulières un certain nombre de principes généralement appliqués" (p. 44). Mais c'est surtout en tant que rapporteur du projet de convention tendant à établir une Cour Internationale des Prises que RENAULT a joué un rôle important. L'article 7 de ce projet dispose :

" Si la question de droit à résoudre est prévue par une convention en vigueur entre le belligérant capteur et la puissance qui est elle-même partie au litige, ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite convention. A défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité."

Et Louis RENAULT qui défendit ce texte devant la Commission qui l'élabora et le présente, assez curieusement, comme une "solution hardie mais pleine de promesses" (71) explique que les "principes" visés par cet article sont destinés à combler les lacunes du droit conventionnel. Dans

(69) V. par exemple à propos de la restitution de l'indu leur commentaire sur l'affaire des navires Veloz-Mariano, Victoria et Vigie (Espagne c. France), 13 avril 1852, R.A.I., I, p. 625. V. aussi le commentaire d'Albéric ROLIN sur l'affaire du Macédonian (Chili c. Etats-Unis, sentence du Roi des Belges Léopold I^{er}, 15 mai 1863, R.A.I., II, p. 224) en ce qui concerne la capitalisation des intérêts compensatoires.

(70) Affaire Yuille, Shortridge et Cie, 21 octobre 1861, R.A.I., Commentaire des auteurs p. 117. La transposition de la règle des intérêts arriérés est cependant approuvée en l'espèce par les auteurs.

(71) L'oeuvre de La Haye - 1899 et 1907 : conférence faite à l'Ecole Libre des Sciences Politiques, Paris, Alcan, 1908, p. 29. V. aussi le rapport de Louis RENAULT devant la Conférence in James Brown SCOTT. Les Conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907, trad. A. de LA PRADELLE, Pédone, 1927, II, p. 420s.

son esprit il s'agissait essentiellement de droit naturel que les juges étaient appelés à déduire de leur sentiment de ce qui est juste. Il n'en reste pas moins que la nécessité de combler les lacunes du droit conventionnel et coutumier est clairement sentie par lui et l'on peut dire que la conviction que des principes déduits des règles habituellement appliquées à l'intérieur des Etats sont transposables en droit international apparaît comme très répandue parmi les internationalistes de la fin du siècle dernier et des premières années du nôtre. Sans doute cela reste-t-il assez flou et mal exprimé, mais l'idée existe sans aucun doute.

B. La pratique des Etats.

On retrouve au niveau de la pratique des Etats durant le dix-neuvième siècle cette même conviction.

C'est évidemment en relation avec les procédures arbitrales que l'on peut le mieux s'en rendre compte. Ceci à trois points de vue : d'une part, dans le compromis ou les clauses compromissoires des traités généraux, les Etats ont souvent prévu l'application de "principes" ; d'autre part, leurs agents se sont souvent, dans leurs plaidoiries, appuyés sur des principes tirés du fonds commun juridique des nations civilisées, même en l'absence de telles clauses ; enfin, -il n'est pas nécessaire de revenir sur ce problème déjà examiné (supra paragr. 1)-, ils ont respecté, dans l'immense majorité des cas, les sentences fondées sur de tels principes.

Dans son précieux ouvrage, Private Law Sources and Analogies of International Law, le professeur LAUTERPACHT cite de très nombreux exemples de traités ou de compromis d'arbitrage autorisant le tribunal à juger selon les "principes de la justice" ou "de l'équité et de la justice", ou utilisant d'autres expressions similaires (72). Cependant, ces références aux "principes" sont ambiguës car on peut se demander, d'une part, s'il s'agit bien de principes juridiques ou si les parties n'entendaient pas inviter les arbitres à statuer ex aequo et bono, et d'autre part, si ces "principes" correspondent à la définition que l'on a donnée.

(72) Op. cit., pp. 60 - 67.

Sur le premier point, aucun doute n'est possible. Sauf lorsqu'ils étaient invités à statuer comme "amiables compositeurs" (73), les arbitres ont toujours considéré que ces expressions ne pouvaient les dispenser d'appliquer le droit. Depuis le traité Jay de 1794, qui visait les "principes de la justice, l'équité et le droit des gens", ceci a été l'attitude constante des arbitres du dix-neuvième et du début du vingtième siècle (74). La sentence rendue dans l'affaire du chemin de fer de Lourenço Marques (75) est, à cet égard, très remarquable : le tribunal devait décider "comme il jugera le plus juste" ; il a considéré que cela signifiait qu'il devait appliquer des règles juridiques.

La seconde question est plus délicate : par les diverses expressions utilisées, les Etats entendaient-ils autoriser les arbitres à transposer en droit international les règles généralement appliquées en droit interne ou visaient-ils simplement des principes coutumiers internationaux ? Deux éléments paraissent susceptibles de résoudre le problème :

1. Quelle que soit leur dénomination, les "principes" dont l'application était prévue intervenaient parallèlement aux règles du droit international stricto sensu et étaient présentés comme distincts. Ceci est particulièrement net dans le projet de Convention relatif à l'établissement d'une Cour Internationale des Prises de 1907 dont l'article 7 (préc. p. 41) prévoyait la possibilité pour la Cour de statuer d'après les principes généraux de la justice et de l'équité si des règles de droit international n'existaient pas ;

2. Comme on l'a vu (paragr. 1) les arbitres ont semblé interpréter ces clauses comme la confirmation d'une faculté leur appartenant en tout état

(73) Cf. par exemple la mission confiée au roi d'Angleterre, George V, dans l'affaire Alsop (Sentence du 5 juillet 1911, A. J. I. L. 1911. 1079)

(74) V. Paul GUGGENHEIM, Traité de Droit International Public, préc., p. 293.

(75) 29 mars 1900, préc. V. aussi le plaidoyer de l'avocat des Etats-Unis dans l'affaire du Sir William Peel à l'avis duquel la Commission s'est rangée : celle-ci devait se prononcer selon les règles de la justice et de l'équité ; l'agent américain a soutenu que les véritables justice et équité "sont reconnues par les tribunaux judiciaires et internationaux comme pouvant être atteintes seulement par des règles et des principes bien définis ; si l'on perd de vue cette idée, c'est au fond la fin de toute justice et de toute équité et les droits des parties sont confiés à la volonté et au caprice absolus et incontrôlés du magistrat au lieu de l'être à la protection de la loi." (Commission Mixte de Washington-Newport, Civil War Claims, établie par le traité anglo-américain du 8 mai 1871, R. A. I. III, p. 333).

de cause : la possibilité d'avoir recours aux principes généralement reconnus en droit interne, la plupart du temps issus du droit romain et les Etats ne se sont jamais élevés contre cette interprétation.

Il semble donc bien qu'en insérant des clauses autorisant les arbitres à utiliser des "principes" diversement qualifiés, les Etats visaient bien les principes juridiques communs. Ceci est confirmé par ce que l'on peut savoir (76) des argumentations présentées par les Etats pour défendre leurs thèses devant les tribunaux arbitraux. Ainsi, dans l'affaire Fabiani, le Vénézuéla a invoqué le principe de non-rétroactivité des lois (77).

Dans l'affaire du blocus du Vénézuéla, le Mémoire du gouvernement français déclarait :

" En l'absence de textes ou de précédents, on est bien obligé de recourir aux principes généraux du droit comme à l'expression du bon sens et ces principes doivent régir la communauté de droit qui existe entre les nations civilisées (78). "

Dans la même affaire, le gouvernement anglais a invoqué le principe d'après lequel le créancier qui a fait des frais pour la conservation de la chose du débiteur commun est privilégié, principe fondé sur le droit romain et la jurisprudence interne des nations civilisées et dont le contre-mémoire français a admis l'existence. (79)

Parfois même, les arbitres ont estimé que les parties abusaient du recours à la notion de principes communs et généralisaient indûment des règles qui leur étaient propres : par exemple, dans l'affaire Thomas Melville White, le Sénat de Hambourg a dû faire remarquer à propos de règles d'habeas corpus mises en avant par le Royaume Uni :

(76) Rares sont les mémoires et plaidoiries publiés et les sentences n'y font le plus souvent que des références très superficielles.

(77) 30 décembre 1896, préc., Pas. I, p. 353.

(78) Cité par Alexandre-Charles Kiss, Répertoire de la pratique française en matière de droit international, n° 1155. Le texte du mémoire et du contre-mémoire a été préparé par L. RENAULT dont on a montré la position très favorable aux principes, H. FROMAGEOT qui jouera un grand rôle dans l'élaboration de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, et Ed. Clunet.

(79) Kiss, n° 1156.

" It must be repeated, that the principles of law which obtain in
 " England are not applicable here " (80)

D'autres fois, le tribunal arbitral a écarté un argument des parties fondé sur un principe général en faisant prévaloir le texte d'un traité. Ainsi, dans l'affaire VAN BOKKELEN, Haïti prétendait que les jurisprudences française, belge et haïtienne faisaient une différence, en ce qui concerne les étrangers, entre "droits civils" (qui ne leur sont pas reconnus) droits naturels (qui leur sont, eux, reconnus), mais le tribunal, du fait de l'existence d'un traité clair entre les Etats-Unis et Haïti, répond non sans humour :

" It is not therefore necessary to enter consideration as to the nice
 " distinction between natural, civil and political rights " (81).

De même, dans trois affaires (82), la Commission mixte de Washington-Newport, établie par le traité signé le 8 mai 1871 entre le Royaume Uni et les Etats-Unis, a rejeté l'argumentation américaine selon laquelle une des clauses de ce traité ne pouvait être interprétée comme conférant à des particuliers des droits supérieurs à ceux dont ils bénéficient en vertu des lois des deux Etats.

Toujours dans le domaine de l'arbitrage international, mais ne s'agissant plus cette fois de l'argumentation des parties, on peut citer un exemple particulièrement révélateur de la conviction qu'avaient les Etats qu'ils étaient obligés dans leurs relations mutuelles de respecter des principes généraux de droit et qui remonte aux premiers temps de l'arbitrage moderne : les membres de la Commission mixte de Washington établie par le traité signé le 11 avril 1839 entre le Mexique et les Etats-Unis avaient des doutes sur leur compétence dans certains litiges ; les commissaires américains s'adressèrent alors au Secrétaire d'Etat

(80) Sentence du 13 avril 1864, Grande Bretagne c. Pérou, Pas. I, p. 53. " Il faut redire que le principes de droit qui ont cours en Angleterre ne sont pas applicables ici. "

(81) 4 décembre 1888, préc., Pas. I, p. 307. "Il n'est dès lors pas nécessaire de tenir compte de la distinction délicate entre droits naturels, civils et politiques. " (D'une manière générale, l'argumentation d'Haïti dans cette affaire reposait largement sur la jurisprudence interne de divers pays).

(82) Affaires n° 357 Mettugh, 359, Mrs. Shermann et 447, Mrs. Brain, R. A. I. III, p. 279.

WEBSTER ; dans sa réponse (lettre du 23 décembre 1841), celui-ci estima que seule la Commission pouvait se prononcer sur sa compétence. Les commissaires mexicains lui ayant à leur tour, et assez curieusement, posé la même question, WEBSTER, de façon plus explicite encore, leur répondit (lettre du 21 janvier 1842) :

" L'exécutif des Etats-Unis n'a pas à exprimer d'opinion sur les
 " limites que la convention du 11 avril 1839 traçait aux pouvoirs
 " des commissaires (...). La Commission mixte a toujours été
 " considérée par le gouvernement américain comme un tribunal
 " judiciaire avec l'indépendance et les pouvoirs qui sont les attri-
 " buts nécessaires de ces fonctions. Comme les autres corps ju-
 " diciaires, elle a le droit et le devoir de déterminer elle-même
 " la nature et l'étendue de sa propre juridiction. " (83)

Indépendamment de l'attitude des Etats-Unis vis-à-vis de l'arbitrage, ceux-ci ont, durant la période étudiée, invoqué à maintes reprises des principes généraux. On peut citer la note adressée le 22 mars 1907 par le Secrétaire d'Etat américain aux affaires étrangères au chargé d'affaires suisse, faisant état du principe de l'estoppel :

that
 " There is little doubt but/a nation entering into an arrangement
 " by the exchange of diplomatic notes is certainly as to other
 " negotiating Power estopped to say that the Foreign Office, in
 " making such arrangement, had no power or authority in the
 " premises. This is the position which has been assumed not
 " infrequently by this Government in dealing with other countries. " (84)

On peut également citer une résolution de la Diète de la Confédération Germanique en date du 16 juin 1817 prévoyant l'application par le tribunal austrégale du droit commun de l'Allemagne. (85)

(83) Cité dans le R. A. I., I, p. 438 s.

(84) Cité par HACKWORTH, Digest of International Law, vol. 5, 1943, p. 393. " Il ne fait guère de doute qu'un pays qui conclut un accord par l'échange de notes diplomatiques est certainement, vis-à-vis de l'autre puissance contractante, "estopped" à dire que le Ministère des Affaires Etrangères en concluant l'accord n'avait ni pouvoir ni autorité au début. C'est la position qui a été soutenue par mon Gouvernement à plusieurs reprises dans ses rapports avec d'autres pays". I. C. Mc GIBBON dans un article intitulé "Estoppel in International Law" (I. C. L. Q., vol. 7, n° 3, juillet 1958, pp. 468-513) cite de nombreux exemples de textes de ce genre émanant des gouvernements anglais et américain (surtout pp. 487 à 501).

(85) Art. III, 7° de la Résolution de la Diète de la Confédération germanique en date du 16 juin 1817 sur la médiation et l'établissement d'un tribunal austrégale pour les différends entre membres de la Confédération, arrêtée à Francfort-sur-le-Main, reproduite in DESCAMPS et L. RENAULT (avec la collaboration de J. BASDEVANT), Recueil International des Traités du XIXème siècle, I, 1801-1825, Paris, Rousseau, p. 658. Le fait qu'il s'agisse d'une Confédération rend, il est vrai, l'hypothèse assez particulière.

Les tribunaux internes des différents Etats ont, eux aussi, souvent eu l'occasion d'affirmer l'existence de principes juridiques communs aux nations civilisées. Pour s'en tenir à la jurisprudence française, un arrêt rendu le 15 juillet 1841 par la Cour de la Martinique et confirmé par la Chambre Civile de la Cour de Cassation le 7 août 1843 est très caractéristique :

" Il est un principe immuable, posé et reconnu par tous les publi-
 " cistes, consacré par une doctrine unanime, par une jurisprudence
 " constante, invariable et solennelle, reçu par toutes les nations et
 " faisant ainsi partie du droit des gens, parce que ce principe prend
 " sa source dans un sentiment de nationalité commun à tous les peu-
 " ples civilisés et s'entrevoit dans les instincts de ceux qui ne le sont
 " pas, et qu'il a dû être adopté par la politique du patriotisme (sic..))
 " que les lois du conquérant sont réputées non avenues, abolies de
 " plein droit, ipso facto, à l'heure même du retour du pays conquis
 " sous la domination du souverain ou de l'Etat sous lequel la conquê-
 " te a été faite. " (86)

Dans un arrêt du 28 juillet 1863, la Cour d'Appel de Bordeaux évoque "les principes généraux qui ont force de loi chez toutes les nations civilisées" et font partie du droit naturel et du droit des gens. (87)

Les tribunaux de prise ont, eux aussi, appliqué parfois des principes généraux communs. Dans l'affaire du vapeur Lloyd du 8 octobre 1916, par exemple, la juridiction française des prises a appliqué le "principe universellement reconnu en droit des gens que toute prise doit être jugée dans le plus bref délai. " (88)

On voit donc que non seulement les arbitrages, comme cela a été souvent démontré par les auteurs qui se sont intéressés aux principes généraux en droit international, mais aussi la doctrine et la pratique des

(86) S. 1843. I. 842, cité par Kiss n° 1158.

(87) D. P. 1865. 2. 4-5 ; cité par Kiss n° 1159. La Cour n'a pas fait application de ces principes en l'espèce. V. aussi Cour d'Appel de Rennes, 21 décembre 1887, D. P. 1889. 2. 145, Clunet 1888. 80 ou Cour d'Appel d'Aix-en-Provence 23 décembre 1857, D. P. 1858. 2. 39.

(88) R. G. D. I. P. 1916, suppl. 102. Cependant, on peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt d'une véritable coutume internationale, et il en va de même de la plupart des exemples donnés par Kiss dans son Répertoire, sous le n° 1159. V. Paul REUTER, Etude de la règle "Toute prise doit être jugée", Paris, les Editions Internationales, 1933, 318 p., v. notamment p. 146.

Etats attestent l'existence d'une conviction bien établie dès le dix-neuvième siècle que les principes communs aux droits internes des nations civilisées obligent, dans certains cas au moins, les Etats dans leurs rapports interse.

CONCLUSION DU CHAPITRE Ier

Ainsi, de façon continue depuis les débuts du droit international on trouve la trace de principes généraux communs. Plus même. C'est à partir des principes du droit romain, fonds commun de la plupart des systèmes juridiques modernes que les premiers internationalistes ont, en quelque sorte, "inventé" le droit international, puisant dans ce réservoir de règles que constituent les compilations du Bas-Empire. Puis, progressivement, le droit des gens s'est constitué en discipline autonome dotée de ses règles propres, issues en général des principes de droit interne, mais adaptées aux nécessités des relations inter-étatiques.

Mais ce droit international demeurait imparfait, incapable de donner des réponses satisfaisantes à toutes les questions nouvelles que la multiplication des contacts entre Etats suscitait. Aussi, toutes les personnes chargées, à un titre ou à un autre, de résoudre des problèmes juridiques internationaux, arbitres, auteurs, hommes d'Etat, fonctionnaires ou magistrats nationaux, ont-elles continué à faire appel aux principes généralement appliqués en droit interne pour régler des situations similaires.

Le très grand nombre d'exemples que l'on peut citer à cet égard ne laisse aucun doute sur ce point. Certes, comme l'a fait remarquer le professeur VERZIJJL, le droit international ne se borne pas au résultat arithmétique d'additions ou de soustractions de précédents⁽⁸⁹⁾ : et il est certain que les cas cités, pour caractéristiques qu'ils soient, permettent difficilement de faire la théorie des principes communs dont on constate l'application. Ils révèlent néanmoins qu'outre la coutume et les traités, la doctrine, comme la pratique internationale, ont toujours eu recours à "autre chose".

(89) J. H. W. VERZIJJL était alors président de la Commission franco-mexicaine établie en 1924. Affaire Pinson, 19 octobre 1928, R.S.A.N.U., vol. n° V, p. 327 s.

L'élaboration du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, les discussions doctrinales qu'a suscitées la rédaction de son article 38, alinéa 3, la pratique ultérieure, permettait de préciser ce qu'est cet "autre chose".

Chapitre II - Une utilisation officialisée

Le Statut de la Cour de La Haye, que l'on a appelé le "code de procédure le plus important du droit des gens" (1), consacre de manière très nette et solennelle l'existence des "principes" en droit international. Dans son texte actuel (2), l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice dispose :

- " 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
- a). Les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;
 - b). La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
 - c). Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
 - d). Sous réserve de la disposition de l'article 59 (3) les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations comme moyen auxiliaire de déterminer des règles de droit.
- " 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono".

Rarement ce texte a été autant et aussi passionnément discuté par les juristes, mais si les controverses furent vives sur l'alinéa d), du paragraphe 1 et sur le paragraphe 2, c'est sans aucun doute à propos des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" que les discussions furent les plus acharnées au point que l'on a pu parler d'un "véritable chaos d'opinions les plus divergentes". (4)

(1) Paul GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", préc., p. 72.

(2) Pour le texte de l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, v. supra p. 13.

(3) Article 59 du Statut de la Cour Internationale de Justice : "La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé".

(4) Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, préc., p. 286.

C'est peut-être l'ambiguïté de l'expression retenue ou l'âpreté des discussions du Comité de juristes établies par la S. d. N. qui sont à l'origine de cette formule qui expliquent que, paradoxalement, alors qu'un éclatante consécration était donnée par le Statut de la Cour à la notion de principes généraux, la pratique ultérieure aussi bien celle de la Cour elle-même que celle des arbitres internationaux ou des États dans leurs relations mutuelles, se montre apparemment assez réservée quant à leur utilisation.

Aussi, après avoir décrit aussi objectivement que possible l'élaboration de l'article 38, paragraphe 1 (c) du Statut (Section I) conviendra-t-il de résumer la pratique postérieure et d'essayer d'en expliquer la relative prudence (Section II).

Sect. 1 - L'élaboration de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye.

Les travaux préparatoires qui ont conduit à la rédaction actuelle du Statut de la Cour mondiale, ont été maintes fois décrits et parfois de façon très détaillée (5). Il n'est cependant pas inutile d'y revenir car leur présentation a, la plupart du temps, été obscurcie par des positions doctrinales a priori aboutissant aux conclusions les plus diverses et parfaitement incompatibles entre elles. Une simple étude descriptive des origines et de la genèse de l'article 38, paragraphe 1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice (paragraphe 1) devrait permettre de dégager, au moins partiellement, leur portée (paragraphe 2).

Paragr. 1. Description des travaux préparatoires.

Bien que la rédaction de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice ne diffère guère de celle de la même disposition de celui de la Cour Permanente, et que la formule "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" reste inchangée dans les deux textes, certains auteurs ont cru pouvoir attribuer une portée assez considérable aux très légers changements rédactionnels apportés

(5) V. notamment Bin CHENG, General Principles of Law, préc., pp. 1 - 22, Elfried HARLE "Les principes généraux de droit et le droit des gens", R.D.I.L.C., 1935, n° 16, pp. 665-669; Géza HERCZEGHT, General Principles of Law and the International Legal Order, Akademiai Kiado, Budapest, 1969, pp. 11-19, etc.

en 1945. Aussi, après l'étude de la genèse de l'article 38-3 du Statut de la première Cour de La Haye (A) faut-il étudier brièvement les modifications qu'y a apporté le Comité de Juristes des Nations-Unies à San Francisco (B).

A. La genèse de l'article 38-3 de la Cour Permanente de Justice Internationale :

1. Les origines :

On rattache généralement les origines de l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente à l'article 7 du projet de convention relative à l'établissement d'une Cour Internationale de Prises (6). En vérité, si le projet de 1907 présente quelques similitudes avec le texte adopté en 1920, la filiation n'est pas directe. Il se trouve seulement que les deux instruments tendent l'un et l'autre à établir une juridiction internationale permanente, que tous deux contiennent des dispositions sur le droit applicable et constatent que le droit conventionnel et coutumier ne saurait à lui seul permettre aux juges de régler les litiges dont ils seraient saisis.

Ces points communs expliquent que lors des débats du Comité de Juristes désigné par la S. d. N. pour établir le Statut de la Cour Internationale prévu par l'article 14 du Pacte, on fit souvent allusion à l'article 7 du projet de convention relative à l'établissement d'une Cour Internationale des Prises, soit pour s'opposer à la proposition du baron DESCAMPS de faire appliquer par la nouvelle Cour "les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés" en faisant valoir que c'est parce qu'il contenait une formule de ce genre (7) que le projet de 1907 ne fût jamais ratifié par la Grande Bretagne qui voulait savoir avec précision quelles règles de fond appliquerait la Cour et n'eût jamais satisfaction (8), soit pour indiquer au contraire que les deux

(6) V. par exemple Paul GUGGENHEIM, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", préc., p. 76.

(7) Article 7 du Projet de Convention créant une Cour Internationale des Prises : ". . . . si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité". V. le texte intégral supra p. 39.

(8) Argumentation de ROOT, Procès-verbal des réunions du Comité de Juristes, 16 Juin - 24 Juillet 1920, p. 309.

textes ne sont en rien comparables puisque en 1907 il avait fallu se mettre d'accord sur des "règles matérielles nettement fixées" (9) et qu' :

" il s'agissait alors non pas de soumettre à une juridiction toute nouvelle des matières qui jusque là n'avaient pas été résolues par la voie judiciaire ; il s'agissait d'abandonner des juridictions nationales pour une juridiction internationale, chargée d'appliquer des normes entièrement nouvelles pour une partie des Etats intéressés. Tel était le cas, surtout pour la Grande Bretagne. Dans le cas de la nouvelle Cour, la question n'est pas la même puisqu'il ne s'agit pas de juridictions nationales à abolir " (10).

Enfin, le rapport final du Comité de Juristes indique qu'il ne pouvait être question de "donner une base aussi large (que le faisait la Convention de La Haye de 1907) aux décisions de la Cour" (11).

Si donc il existe entre les deux textes une certaine communauté d'inspiration, on ne saurait faire remonter l'origine de l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente à l'article 7 du projet de Convention relative à la Cour Internationale des Prises (12). Il est plus raisonnable d'admettre simplement que parmi les éléments qui ont été pris en considération par les rédacteurs du Statut il y avait en effet le texte de 1907, mais il ne faut pas oublier que l'idée que les traités et la coutume ne sont pas les seules sources de droits et d'obligations entre les Etats était au XIXème siècle et au début du XXème siècle une idée très répandue (voir supra chapitre I).

Parmi les projets présentés au Comité de Juristes, plusieurs contiennent des dispositions relatives au droit applicable par la future juridiction. Certains, à côté des conventions et des coutumes ou usages, mentionnent les "principes généraux du droit et de l'équité" (13), dispositions fréquentes dans les traités d'arbitrage antérieurs, et, lors des discussions

(9) Argumentation de LODER, P.-V. p. 312.

(10) HAGERUP, P.-V. p. 317.

(11) P.-V. p. 729.

(12) Sauf en ce qui concerne l'ordre de l'énumération. V. infra.

(13) C'est le cas de l'article 35 du Projet allemand du 9 mai 1919 (C. P. J. I., Comité Consultatif des Juristes, Documents présentés au Comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour Permanente de Justice Internationale, p. 128) et de celui présenté par Clovis BEVILAQUA qui précise que l'article 24 de son projet "est une adaptation au droit international de l'idée exposée à l'article 7 de l'introduction du Code Civil brésilien" : on applique aux cas dont il n'est pas question les dispositions concernant les cas analogues et, à leur défaut, les principes généraux du droit" (ibid. p. 371). L'article 12 du Projet de l'Union Juridique Internationale prévoyait simplement : "La Cour juge d'après le droit, la justice et l'équité" (ibid., p. 346).

du Comité, LAPRADELLE et RICCI-BUSATTI suggéreront l'utilisation de formules comparables (14).

D'autres projets sont plus audacieux. Ainsi, le projet commun élaboré par les trois Comités nommés respectivement par les gouvernements du Danemark, de la Norvège et de la Suède prévoit en son article 27 :

" Lorsque la question de droit présentée est prévue dans une Convention entre les deux parties, cette Convention formera la base de la sentence.

" A défaut de telles dispositions, la Cour appliquera les règles du droit international en vigueur. A défaut de règles généralement reconnues, la Cour jugera d'après les principes généraux du droit " (15)

et ce second alinéa comprenait même une alternative directement inspirée du Code Civil suisse et ainsi rédigée :

" A défaut de telles dispositions, la Cour appliquera les règles du droit international en vigueur ou, si des règles de cette nature n'existent pas, la Cour jugera d'après ce qui, à son avis, devrait être la règle du droit international en vigueur " (16).

Ce texte sera repris à peu près intégralement dans le projet dit " des cinq puissances neutres " (Danemark, Norvège, Pays-Bas, Suède, Suisse) qui sera à plusieurs reprises invoqué durant les débats du Comité de Juristes : seul HAGERUP prendra la responsabilité de défendre en partie le très hardi second alinéa (17), mais Lord PHILLIMORE se ralliera à l'alinéa 1 (18). Ni l'un ni l'autre ne seront suivis par leurs collègues.

2. Les discussions du Comité de Juristes de la S. d. N. :

Les discussions du Comité de Juristes désigné par la S. d. N. pour établir le Statut de la Cour Internationale prévue par l'article 14 du Pacte portant sur l'article 35 du Projet - qui deviendra l'article 38 du Statut définitif - se déroulèrent en deux phases distinctes : durant la

(14) P. - V. p. 295 et 332.

(15) Documents présentés au Comité, préc., p. 178 ; v. aussi le projet suisse, art. 42, *ibid.* p. 266.

(16) *Ibid.* p. 178 ; V. aussi les articles 15, al. 2 des Projets danois et norvégien, p. 204 et 232 et 17, al. 2 du projet suédois, p. 240.

(17) P. - V. p. 296.

(18) P. - V. p. 295.

13ème et la 14ème séances (1^{er} et 2 Juillet 1920), les membres discutèrent à partir d'une proposition de leur Président, le baron DESCAMPS, ainsi rédigée :

- " Les règles à appliquer par le juge pour la solution des différends
 " internationaux sont les suivantes, dans l'ordre successif où elles
 " s'imposent à son examen :
- " 1. Le droit international conventionnel, soit général, soit spécial,
 " comme manifestation de règles expressément adoptées par les
 " Etats ;
 - " 2. La coutume internationale, comme attestation d'une pratique
 " commune des nations, acceptée par elles comme loi ;
 - " 3. Les règles de droit international telles que les reconnaît la
 " conscience juridique des peuples civilisés ;
 - " 4. La jurisprudence internationale comme organe d'application et
 " de développement du droit " (19).

Si les deux premières clauses ne soulevèrent guère d'objections, il n'en fut pas de même des points 4 et surtout 3 ; aussi, à la demande de HAGERU (20), les membres américain et anglais, ROOT et PHILLIMORE firent-ils lors de la 15ème séance (3 Juillet 1920) une nouvelle proposition (21) qui, légèrement amendée, devint le texte définitif du projet établi par le Comité. Le point 3 vise : "les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés" (en seconde lecture le mot "nations" fût préféré à "peuples") (22).

Il n'est pas nécessaire de retracer les discussions du Comité dans l'ordre chronologique où elles se déroulèrent et il est difficile de dégager nettement les positions "globales" en présence dans la mesure où certains membres ont eu des conceptions assez floues et changèrent d'opinion au cours de cet échange de vues (23), mais on peut tenter de mettre

(19) P. - V. p. 306.

(20) P. - V. p. 317.

(21) Cette proposition ne doit pas être confondue avec le "plan ROOT-PHILLIMORE" qui permit de résoudre le délicat problème de la désignation des juges.

(22) Le Projet final du Comité se lit ainsi : "Dans les limites de sa compétence telle qu'elle est déterminée par l'article 34, la Cour applique en ordre successif :
 1° - les conventions internationales soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;
 2° - la coutume internationale, attestation d'une pratique acceptée comme loi ;
 3° - les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
 4° - les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit".
 (P. - V. p. 730).

(23) Le Dr. Bin CHENG a néanmoins cru pouvoir dégager cinq positions distinctes (General Principles of Law, préc., pp. 10-14).

en lumière les principaux points d'opposition entre les membres au sujet des principes. Ils peuvent se résumer en six questions, les premières concernant l'article 35 du projet dans son ensemble. :

- a. Une disposition sur le droit applicable est-elle nécessaire ?
 - b. Faut-il prévoir une hiérarchie entre les différentes règles citées ?
 - c. Est-il concevable que la Cour prononce un non liquet ?
Le point 3 de la proposition DESCAMPS ou de celle de ROOT et PHILLIMORE permet-il de l'éviter ?
N'est-ce pas permettre à la Cour de légiférer ?
 - d. Ce point 3 vise-t-il une nouvelle source de droit ?
 - e. Les " principes " ne sont-ils pas assimilables à la coutume ?
 - f. Ou n'introduisent-ils pas l'équité dans la motivation des droits ?
- a). La question préalable est évidemment de savoir si une disposition sur le droit applicable s'imposait. La réponse n'était pas évidente : les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 instituant la Cour Permanente d'Arbitrage ne contiennent aucune clause de ce genre. Il est vrai que malgré son nom, il ne s'agit pas d'une véritable juridiction permanente mais en quelque sorte d'un "self-service" de l'arbitrage. Au contraire, l'article 7 du projet de la Cour Internationale des Prises de 1907 constituait à cet égard un précédent ainsi que de nombreux traités d'arbitrage (voir supra chapitre 1).

Comme on l'a vu, certains des projets soumis au Comité pour l'établissement d'une Cour Permanente de Justice Internationale contenaient des clauses relatives au droit applicable mais d'autres étaient absolument silencieux (24). La même hésitation se retrouve parmi les membres du Comité. Selon LODER, "c'est le devoir du Comité d'indiquer à la Cour comment elle devra accomplir sa tâche" (25). Pour LAPRADELLE, au contraire,

" Il n'y a pas lieu de se préoccuper des sources (du) droit. Le document déposé par le Président définit le droit et en indique les sources, c'est intéressant mais inutile " (26)

(24) Projet italien, p. 120 s ; projet néerlandais, p. 278 s ; rapport de Henri LA FONTAINE au nom de la Commission Spéciale de l'Union Interparlementaire, p. 334 s.

(25) P. -V. p. 294. Dans le même sens, DESCAMPS, p. 318.

(26) P. -V. p. 295.

et Lord PHILLIMORE juge également superflu de discuter cette question :

" Le Comité a pour tâche d'établir la Cour, et non pas de lui pres-
" crire des lois. On a déterminé la compétence de la Cour, on peut
" lui confier le reste " (27).

Il est vrai que son opinion finale est plus nuancée (28).

En fait, on ne trouve pas dans le procès-verbal des travaux du Comité trace d'une discussion approfondie sur ce point et malgré les réserves de LAPRADELLE et de Lord PHILLIMORE la majorité des membres semble avoir considéré que l'adoption d'un article relatif au droit applicable s'imposait.

b). Le deuxième problème sur lequel buta le Comité fut celui de la hiérarchie à établir entre les règles citées. Fallait-il spécifier que la Cour doit les appliquer "en ordre successif" ou leur utilisation doit-elle être simultanée ?

Pour RICCI-BUSATTI (29) suivi par HAGERUP (30) et LAPRADELLE (31) l'expression est à la fois superflue et inexacte, ces règles se renforçant et se complétant mutuellement. Au contraire, le baron DESCAMPS estime qu'il "existe une gradation naturelle" et qu'il convient de l'indiquer sans "proscrire éventuellement la concordance de plusieurs sources" (32) ; ni lui, ni Lord PHILLIMORE n'attachent cependant une grande importance à ce problème ; leur opinion prévalut néanmoins.

L'expression "en ordre successif" sera cependant supprimée par la suite par la troisième Sous-Commission de la troisième Commission de l'Assemblée de la S. d. N. comme inutile (33).

(27) P. -V. p. 315.

(28) P. - V. p. 320.

(29) P. -V. p. 332 et 337.

(30) P. -V. p. 338.

(31) P. -V. p. 338.

(32) P. -V. p. 337 v. aussi p. 318, 332 et 336 et les opinions de ALTAMIRA p. 338 et Lord PHILLIMORE p. 333.

(33) Documents au sujet des mesures prises par le Conseil de la S. d. N. aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour Permanente, p. 145.

c). Le troisième groupe de questions dégagé plus haut fut à l'origine des débats les plus âpres quoique, en définitive, les points de vue exprimés n'aient pas paru irréconciliables.

Ainsi que l'a indiqué le baron DESCAMPS, le n° 3 des deux projets successivement examinés par le Comité a pour objet premier d'éviter que la Cour ne soit amenée à prononcer un non liquet (34) ; mais, en même temps, les membres sont tous d'accord pour admettre que la nouvelle Cour ne doit pas pouvoir légiférer (35). C'est à ce sujet que l'on rencontre l'opposition apparente entre ROOT d'une part et la majorité des membres du Comité, d'autre part. Pour le premier, il convient de ne pas compromettre l'oeuvre entreprise en autorisant la future Cour à appliquer des règles dont le caractère de droit positif n'est pas établi (36) et entre les deux principes fondamentaux dégagés : l'interdiction de légiférer et la prohibition du non liquet, il estime que le premier doit primer le second, plus d'ailleurs pour des raisons politiques - le souci d'assurer une large accession au Statut de la Cour - que pour des motifs de technique juridique (37) et que, s'il n'existe pas de règles de droit en vigueur, la Cour doit renoncer à juger.

A vrai dire, l'opinion de ROOT est moins originale et moins isolée de celle des autres membres du Comité qu'on l'a parfois écrit (38). D'une part, en effet, RICCI-BUSATTI estime que s'il n'existe pas de règles positives de droit international, la Cour devra le constater conformément au principe "ce qui n'est pas défendu est permis" (39), et Lord PHILLIMORE, co-auteur de l'amendement qui fera ensuite l'unanimité, adopte quoique moins clairement, une position analogue (40). D'autre part, ROOT lui-même

"pense que le monde est préparé à accepter la juridiction obligatoire d'une Cour qui appliquerait les règles universellement reconnues du droit international. Mais il ne croit pas qu'il soit

(34) P. -V. p. 318 et 338 ; dans le même sens LODER, p. 311 ; LAPRADELLE, pp. 312-313 ; HAGERUP, p. 307 et 317.

(35) en ce sens LAPRADELLE, P. -V. p. 296 ; ROOT, p. 309 ; RICCI-BUSATTI, p. 314 ; PHILLIMORE, p. 316 ; HAGERUP, p. 319.

(36) P. -V. pp. 293-294.

(37) P. -V. pp. 309-310.

(38) Bin CHENG, General Principles of Law, préc., pp. 12-13.

(39) P. -V. pp. 314-315.

(40) P. -V. p. 316.

" disposé à accepter la juridiction obligatoire d'une Cour qui appli-
 " querait des principes qui sont compris différemment selon les
 " pays " (41) et il ajoute : " il y a des cas exceptionnels où la Cour,
 " pour se prononcer, serait obligée de s'appuyer sur des principes
 " généraux qui sont compris diversement selon les pays (...). Il
 " est inconcevable qu'un gouvernement puisse accepter d'être assi-
 " gné devant une Cour qui fonderait sa sentence sur sa conception
 " subjective des principes de la Justice " (42).

La dernière phrase est significative : pour ROOT " les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés " recouvrent toute une série de normes dont le sens varie selon les nations. Or, le baron DESCAMPS lui rétorque qu'il n'a pas en vue " certaines règles secondaires " qui peuvent en effet varier d'un pays à l'autre, mais " la loi fondamentale du juste et de l'injuste " (43) que précisément il a " voulu tracer aux juges une voie à suivre et les obliger à se conformer aux dictamens de la conscience juridique des peuples civilisés " (44). Dès lors, ce différend sur lequel on a tant glosé semble se ramener à un problème de formulation : le texte proposé par ROOT et Lord PHILLIMORE (et, par la suite, défendu essentiellement par ce dernier, ce qui peut amener à penser qu'il en est le principal auteur) et qui fit la quasi unanimité du Comité apparaît comme une version plus heureuse dans la forme que celle d'abord proposée par DESCAMPS.

Cette querelle a masqué, tant aux membres du Comité qu'aux commentateurs de leurs travaux, les trois autres points d'achoppement entre les rédacteurs du Statut ; comme ils apparaissent cependant épars dans les discussions, il convient de les évoquer brièvement.

d). En ce qui concerne le problème de savoir si les principes du point 3 du futur article 38 du Statut constituaient aux yeux de ses rédacteurs une nouvelle source du droit international, peu de choses ressortent du compte-rendu des débats. A cet égard si ROOT semble avoir eu quelques hésitations en ce qui concerne la formule du baron DESCAMPS (voir supra c), ce dernier est catégorique :

(41) P. -V. p. 308.

(42) P. -V. p. 309.

(43) P. -V. p. 310.

(44) P. -V. p. 318.

" On semble avoir l'impression que les normes formulées par le
 " Président donnent aux juges un pouvoir nouveau qui n'a jamais été
 " reconnu par l'Assemblée des Etats. Le Président rappelle cepen-
 " dant que, même en ce qui concerne les lois de la guerre, les Etats
 " assemblés en 1907 ont fait appel au droit des gens tel qu'il résulte
 " non seulement des usages établis entre les nations civilisées, mais
 " des exigences de la conscience publique. L'application des normes
 " signalée par le Président est d'ailleurs de pratique constante dans
 " les juridictions internationales ; on ne voit pas les juges s'abste-
 " nir de rendre justice sous prétexte d'insuffisance du droit conven-
 " tionnel ou coutumier " (45).

et Lord PHILLIMORE ajoute pour sa part : " en général tous les principes
 du droit commun sont applicables aux rapports internationaux " (46). Ce
 sont les deux seules indications nettes que l'on trouve dans les procès-
 verbaux, mais l'absence de discussions réelles sur ce point tend à prou-
 ver que les membres du Comité n'avaient pas le sentiment d'innover.

e). Par contre, l'analyse des discussions du Comité ne permet pas de ré-
 pondre clairement à la question de savoir si les principes visés au n° 3
 ne sont pas tout simplement des avatars du droit coutumier. Si le baron
 DESCAMPS présente nettement son projet comme ayant pour but de pallier
 les insuffisances du droit conventionnel et coutumier (47), Lord PHILLIMORE
 se montre hésitant : " les points 3 et 4 du projet rentrent dans le point 2
 qui a trait à la coutume internationale ", dit-il d'abord (48) puis, quand
 LAPRADELLE, à son tour, soutient une opinion comparable (49), il fait
 une nette différence entre la coutume du n° 2 et les principes du n° 3.
 A lire le compte-rendu du Comité l'obscurité reste donc entière sur ce
 point.

f). Il ressort enfin clairement des travaux préparatoires de l'article 38 que
 les " principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées " ne
 sont pas des principes d'équité. Si, en effet, les discussions du Comité

(45) P. -V. p. 310.

(46) P. -V. p. 316.

(47) P. -V. p. 310.

(48) P. -V. p. 311 ; même opinion à propos du projet ROOT - PHILLIMORE, p. 334.

(49) P. -V. p. 335.

ont opposé les partisans de l'inclusion d'une référence à l'équité (50) à ceux qui y étaient hostiles (51), à aucun moment, les rédacteurs du Statut n'ont fait l'assimilation.

La lecture attentive des travaux du Comité de Juristes de la S. d. N. permet donc de se rendre compte que, malgré quelques accrochages, et en dépit de l'ombre qu'il laisse planer sur certains points, l'accord de ses membres fut à peu près unanime sur la formule les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (52). De plus, il faut souligner que la question du droit applicable ne retint l'attention du Comité que durant deux séances et demie et l'embarrassa infiniment moins que d'autres, comme par exemple celle du mode de désignation des juges (53). Quant aux instances de la S. d. N. qui examinèrent par la suite le projet élaboré par le Comité, elles se montrèrent bien plus indifférentes au problème.

3. La rédaction définitive de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale :

Communiqué aux gouvernements pour qu'ils formulent leurs observations sur le travail du Comité, l'article 35 du projet - futur article 38 - n'appela pratiquement aucune remarque de leur part. Seul le gouvernement italien proposa de remplacer l'expression "en ordre successif" par "dans l'ordre suivant" (54). La troisième Sous-Commission de la troisième Commission a finalement (et sans discussion d'après les

(50) Surtout RICCI-BUSATTI ; LAPRADELLE semble hésitant (comparer ses positions p. 295 et 335).

(51) DESCAMPS, PHILLIMORE et HAGERUP qui précise que "la Cour ne devrait recourir à l'équité que si elle y a été autorisée par les parties" (P.-V. p. 296) ; la formule sera reprise à un stade ultérieur de la procédure.

(52) Voir cependant les réserves de LAPRADELLE sur l'expression "peuples civilisés" (P.-V. p. 335) et de RICCI-BUSATTI (P. V. p. 332) ; mais ces objections sont en fait d'ordre rédactionnel.

(53) P.-V. pp. 101 à 166 et 353 à 471 notamment.

(54) Documents au sujet des mesures prises par le Conseil de la S. d. N. . . ., préc., tableau synoptique annexé à la p. 40 indiquant les amendements à l'avant-projet de La Haye. Les Comités spéciaux nommés par les gouvernements norvégien, suédois et britannique n'ont fait aucune proposition à ce sujet, non plus que les délégations argentine (p. 68), britannique (p. 71), canadienne (p. 72) colombienne (p. 72), paraguayenne (p. 73) ou celle du Bureau International du Travail. (p. 74).

procès-verbaux) supprimé ces mots comme inutiles (55) ainsi que le premier membre de phrase de l'avant-projet du Comité : "dans les limites de sa compétence, telle qu'elle est déterminée ci-dessus ... " (56).

Seul fut examiné de manière un peu approfondie par cette Sous-Commission le problème des rapports entre les principes généraux du droit mentionnés par l'avant-projet et l'équité, avec, sous-jacente, la question du non liquet, à la suite de la proposition de H. FROMAGEOT de rédiger ainsi le n° 3 de l'article 38 : "3. Les principes généraux du droit et de la justice " et le procès-verbal ajoute :

" En réponse à une question posée sur les conséquences probables de son amendement, M. FROMAGEOT (France) explique que l'amendement aurait pour effet de permettre à la Cour de motiver son jugement uniquement par des considérations d'équité ; ceci n'impliquerait nullement d'ailleurs que la Cour puisse ne pas tenir compte des règles existantes " (57).

Malgré les objections de Sir Cecil HURST qui fait remarquer que le système anglo-saxon ne fait pas de différence entre le droit et la justice (58) et du Brésilien FERNANDES qui craint que la nouvelle rédaction n'aboutisse à des décisions arbitraires (59), l'amendement est adopté lors de la 7ème séance de la Sous-Commission (1er décembre 1920). Mais, 6 jours plus tard, lors de la 10ème séance, POLITIS revient sur la résolution précédente et propose que l'article 35 n° 3 vise "les principes généraux du droit et, si les parties sont d'accord, les principes généraux de la justice reconnus par les nations civilisées" (60). C'est finalement sur la suggestion de FROMAGEOT que l'on revint à la proposition du Comité et que fut rajouté à la fin de l'article :

" La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono"(61).

(55) V. supra, note 33.

(56) Voir le texte complet de l'avant-projet note 22.

(57) Documents au sujet des mesures prises par le Conseil de la S. d. N. . . . , préc. ,
p. 145.

(58) Ibid.

(59) Ibid.

(60) Ibid. p. 157.

(61) Ibid.

Le problème du droit applicable ne fut pas évoqué lors de la discussion générale à l'Assemblée de la S. d. N. qui adopta définitivement le Statut le 13 décembre 1920 (62). Les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" mentionnés dans l'article 38 recevaient ainsi une éclatante consécration et les théoriciens du droit international allaient pouvoir se pencher sur une nouvelle énigme : quelle pouvait être la signification de cette expression nouvelle et jamais utilisée jusqu'alors ? (63)

B. L'élaboration de l'article 38, paragr. 1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice :

Le très grand intérêt porté par les internationalistes de l'entre-deux guerres à ce problème contraste étrangement avec l'indifférence à peu près totale que les rédacteurs du Statut de la nouvelle Cour manifestèrent à son égard lors de la Conférence des Nations Unies pour l'Organisation Internationale en 1945.

Le Comité de Juristes des Nations Unies examina très brièvement la question du droit applicable lors de sa 7ème séance le 13 avril 1945 ; une suggestion du délégué du Costa Rica visant à supprimer le mot "généraux" du texte de l'article 38-3 ne fut pas discutée, BASDEVANT, soutenu par le délégué chinois WANG, faisant remarquer que, compte tenu du temps dont disposait le Comité, il ne pouvait être question d'entreprendre une nouvelle rédaction (64). Du reste, les rares propositions de révision de l'article 38 ne concernaient que le dernier paragraphe

(62) L'article 38 ne fut pas modifié lors de la révision du Statut en 1929 à l'exception d'une retouche de rédaction pour harmoniser le texte français du n° 4 sur le texte anglais. V. le Procès-verbal de la conférence concernant la révision du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale ainsi que l'adhésion des Etats-Unis d'Amérique au Protocole de signature de cet accord, Genève, 4-12 septembre 1929, n° C. 514. M. 173. 1929. V. p. 42.

(63) Sur l'abondante littérature consacrée à l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente, v., in fine, la bibliographie commentée.

(64) Documents de la Conférence des Nations Unies pour l'Organisation Internationale (San Francisco, 1945), vol. 14. Comité de Juristes des Nations Unies, p. 170.

relatif à la possibilité pour la Cour de juger ex aequo et bono et le ton général est bien donné par la remarque du Comité inter-alliés improvisé :

" The law to be applied by the Court is set out in Article 38 of the
" Statute, and although the wording of this provision is open to
" criticisms, it has worked well in practice and its retention is
" recommended " (65).

A peu de choses près, le rapporteur du Comité Jules BASDEVANT, dira la même chose :

" L'article 38 qui détermine, selon ses termes, ce que la Cour "ap-
" plique" a suscité plus de controverses dans la doctrine que de dif-
" ficultés dans la pratique. La Commission a estimé qu'il ne serait
" pas opportun d'entreprendre la révision de cet article. Pour sa
" mise en oeuvre, elle a fait confiance à la Cour et elle l'a laissée
" sans autre changement que celui qui apparaît dans le numérotage
" des dispositions de cet article " (66).

Ni dans le premier Sous-Comité de la quatrième Commission de Dumbarton Oaks, ni dans cette Commission, elle-même, les discussions au sujet de cette disposition ne seront bien longues. Néanmoins, lors de ses 5ème et 19ème séances, les 10 mai et 6 juin 1945, le Sous-Comité aborde deux problèmes. D'une part, est soulevée la question de l'ordre dans lequel les sources énumérées à l'article 38 sont appliquées ; la délégation colombienne fait annexer au procès-verbal de la 19ème séance une note précisant qu'elle ne renonce à un amendement visant à ajouter au paragraphe 1^{er} : " et dans l'ordre où elles sont présentées " que compte tenu des assurances des deux observateurs de la Cour Permanente de Justice Internationale selon lesquelles, en pratique, cet ordre est respecté (67). D'autre part, le représentant chilien revient à deux reprises sur le fait que la Cour est un organe du droit international. Sa première proposition (68)

(65) "Le droit applicable par la Cour est indiqué dans l'article 38 du Statut et, bien que la rédaction de cette disposition puisse être critiquée, elle a bien fonctionné en pratique et son maintien est recommandé" (Ibid., p. 435). V. les projets cubain (ibid), vénézuélien (p. 436) et des Etats-Unis (p. 348).

(66) Rapport, ibid., p. 703. Désormais le paragraphe 3 de l'article 38 (article 38-3) devient l'alinéa c du paragraphe premier de cette disposition (article 38, paragr. 1 (c)).

(67) Documents de la Conférence des Nations Unies . . . , préc. , vol. 13, Commission IV - Organe judiciaire, p. 293.

(68) Ibid. p. 167.

visait à insérer dans le paragraphe 1 (c) les mots " et spécialement les principes de droit international", elle fut repoussée, plusieurs délégués et les observateurs de la Cour déclarant que l'article 38 a toujours été considéré comme comportant l'obligation implicite d'appliquer le droit international, et jugeant cette addition inutile.(69) La seconde proposition chilienne connût un meilleur sort et fut adoptée à l'unanimité ; désormais l'article 38 débute par la phrase :

" La Cour, dont la mission est de régler, conformément au droit international, les différends qui lui sont soumis applique :
" ... (70).

Cet amendement qui, ainsi que le changement de numérotation proposé par le Comité de Juristes, sera adopté par la Commission IV (71), puis par la Conférence Générale (72) ne constituait pas une révolution comme l'a noté AL-FARSI dans son rapport :

" La lacune existant à cet égard dans l'ancien Statut n'empêchait pas la Cour Permanente de Justice Internationale de se considérer comme un organe du droit international, mais ce nouveau texte accentuera et précisera ce caractère " (73).

Il est néanmoins important de le mentionner car certains juristes croient pouvoir en tirer des conséquences en ce qui concerne le sens de l'expression " principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées " (74).

Cet assez long rappel des travaux préparatoires qui ont conduit à la rédaction actuelle de l'article 38 du Statut de la Cour Mondiale était nécessaire. Ces travaux constituent en effet l'ensemble de réflexions le plus cohérent dont nous disposons pour déterminer la nature juridique des principes généraux de droit ; par ailleurs, ils ont alimenté les

(69) Ibid.

(70) Ibid. p. 291.

(71) le 15 juin 1945, ibid. p. 114.

(72) le 25 juin 1945, ibid., vol. 1, p. 654.

(73) Ibid., vol. 13, p. 349.

(74) V. infra, 3ème partie, titre I, chapitre 1.

abondantes controverses sur ce problème qui ont divisé les juristes de l'entre-deux guerres et ont rebondi dans une certaine mesure en 1945 à la suite surtout de l'interprétation à peu près unanime adoptée par les auteurs des pays de l'Est (75), chacun tentant de faire dire aux rédacteurs des choses différentes et parfois difficilement compatibles avec une analyse objective et raisonnable de leurs déclarations.

Paragr. 2. Légitimité et limite du recours aux travaux préparatoires.

Il ne saurait être question d'analyser maintenant, de façon détaillée, la portée de l'article 38, paragraphe 1 (c) puisque tel est précisément l'un des principaux objets de cette étude, mais on peut essayer de dégager la signification globale des travaux préparatoires qui ont conduit à sa rédaction et surtout des débats du Comité de Juristes de la S. d. N. (B). Néanmoins, une question préalable se pose : peut-on interpréter le texte étudié en fonction des travaux préparatoires ? (A).

A. Peut-on analyser l'article 38 paragraphe 1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice à la lumière des travaux préparatoires ?

- a). Le Statut de la Cour Internationale de Justice est un accord international (76). Il faut donc l'analyser conformément aux règles générales d'interprétation des traités et l'on peut se demander s'il est légitime, dans cette optique, de recourir aux travaux préparatoires. Si certains auteurs, et surtout LAUTERPACHT (77), ont soutenu que ceux-ci constituent un élément essentiel de l'interprétation des accords internationaux, leur opinion

(75) V. la bibliographie commentée.

(76) Les partisans de la division entre traités-lois et traités-contrats, le classeraient dans la première catégorie. Cette distinction nous paraît vague et peu féconde même en matière d'interprétation ; contra v. Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., I, p. 69 et pp. 292 à 305.

(77) Hersch LAUTERPACHT, "Les travaux préparatoires de l'interprétation des traités", R. C. A. D. I., 1934 - II, vol. 48, p. 713.

demeure assez isolée. En fait, l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités semble bien traduire la pratique généralement suivie :

" Article 32 - Moyens complémentaires d'interprétation :
 " Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interpré-
 " tation et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstan-
 " ces dans lesquelles le traité a été conclu en vue, soit de confir-
 " mer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de dé-
 " terminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à
 " l'article 31 :
 " a. laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
 " b. conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou
 " déraisonnable. "

Le recours aux travaux préparatoires apparaît donc comme un moyen d'interprétation subsidiaire qui ne peut servir qu'à confirmer les résultats d'une analyse menée de bonne foi en fonction du contexte, et de la pratique ultérieure (article 31) ou à y suppléer si cette interprétation "laisse le sens ambigu ou obscur". Dans son célèbre ouvrage sur le droit des traités, Lord McNAIR était arrivé à la même conclusion (78) et l'analyse de la jurisprudence, notamment celle de la Cour Mondiale bien qu'elle soit en général présentée comme très réservée sur ce point (79) permet les mêmes constatations (80).

" En définitive, ainsi que l'a écrit Charles de VISSCHER et bien
 " que toujours sujette à caution, l'utilisation des travaux prépara-
 " toires ne pose pas une question de principe ; elle est affaire
 " d'espèce et de bons sens " (81).

En ce qui concerne l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye, et, en particulier, son alinéa 1 (c), il semble difficile de prétendre qu'il s'agit d'un texte clair analysé en lui-même, et le contexte ne présente guère d'utilité pour en préciser le sens ; il semble donc légitime de recourir aux travaux préparatoires avec la prudence qui s'impose cependant toujours en pareil cas (82).

(78) Lord McNAIR, The Law of Treaties, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 412-415 et 422-423.

(79) V. Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., I, p. 299.

(80) V. les nombreux exemples donnés par Sir Hersch LAUTERPACHT in The Development of International Law by the International Court, Stevens, Londres, 1958, pp. 116-141 et l'analyse de Charles de VISSCHER, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, Pédone, 1963, pp. 115-121.

(81) Ibid. p. 120. Dans le même sens, Paul REUTER, Introduction au droit des traités, Armand Colin, coll. U, Paris, 1972, p. 105.

(82) Sur la pratique ultérieure, v. infra, la section 2 de ce chapitre.

Que peut-on entendre par le terme "travaux préparatoires" ?

Selon Charles de VISSCHER,

" Au sens propre et seul exact, les travaux préparatoires ne comprennent que les négociations qui ont conduit à la conclusion du traité. Chronologiquement, ils se situent dans le moment le plus proche de celui où les volontés ont reçu dans le texte en vigueur leur expression finale " (83).

C'est pourquoi certains auteurs ont émis des doutes sur la valeur probante des discussions du Comité de Juristes de la S. d. N., en notant qu'il s'agissait d'un simple organisme consultatif à caractère technique, dont les membres n'engageaient pas leur gouvernement (84). Mais on peut remarquer que, d'une part, ses propositions ont été, à une retouche près, entérinées par les organes compétents de la S. d. N. et que, d'autre part, ses travaux ont été publiés dans les documents officiels de l'Organisation, ce qui paraît indiquer qu'on y attachait une grande importance.

b). Dans notre cas, une autre difficulté se présente : les discussions du Comité de Juristes nommés par le Conseil de la S. d. N. aboutirent à la rédaction du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale qui fut remplacé, en 1945, par un nouveau texte ; les débats de 1920 peuvent-ils éclairer celui-ci utilement ? Certains le nient formellement. C'est en particulier le cas de la plupart des auteurs des pays de l'Est ; ainsi, TUNKIN estime que l'on ne peut interpréter l'article 38 du Statut de 1945 en fonction des discussions ayant précédé l'adoption de celui de la Cour précédente car,

" Le Statut de la Cour Internationale de l'O. N. U. représente un accord international nouveau. Celui-ci a vu le jour dans des conditions différentes de celles qui ont présidé à l'adoption du Statut de la Cour Permanente " (85).

(83) Problèmes d'interprétation judiciaire, préc., p. 115.

(84) V. Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3 ...", préc., p. 291 et Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international - Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire, L. G. D. J., Bibliothèque de droit international, Paris, 1958, p. 279.

(85) G. I. TUNKIN, Droit international public - problèmes théoriques, préface par Michel VIRALLY, Pédone, Paris, 1965, p. 125 ; du même auteur, v. aussi quoique avec plus de nuances, "General Principles of Law" in International Law", Mél. VERDROSS, p. 524. En sens contraire, v. cependant Geza HERCZEGH, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae, 1965, t. IV, fasc. 1-2, p. 1.

Une distinction s'impose.

D'une part, il est certain que la Cour actuelle constitue un organe nouveau ; si les propositions de la Conférence de Dumbarton Oaks ne donnent pas d'indications précises sur ce point (86) et si le Comité de Juristes refusa de se prononcer sur ce problème de nature politique (87), le Comité IV-1 de la Conférence de San Francisco s'est très nettement déclaré en faveur de la création d'une nouvelle Cour (88) conformément aux recommandations de son Sous-Comité A (89) pour des raisons à la fois politiques - le lien de fait entre la Cour Permanente de Justice Internationale et la S. d. N. - et de techniques juridiques - la non coïncidence des parties aux deux Statuts et la difficulté de modifier celui de la Cour précédente ; la Conférence entérina cette solution (90) tandis que le 18 avril 1945 la dernière Assemblée de la S. d. N. considérait la Cour Permanente de Justice Internationale comme dissoute et que ses juges démissionnaient simultanément le 31 janvier 1946.

Mais, d'autre part, il existe entre les deux Cours une continuité certaine, non seulement une "continuité fonctionnelle" (91) traduite par les règles des articles 36-5 et 37 du Statut actuel, mais aussi une communauté d'inspiration : l'article 92 de la Charte précise formellement, conformément aux recommandations insistantes du Comité IV-1 de la Conférence de San Francisco (92), que la Cour Internationale de Justice "fonctionne conformément à un Statut établi sur la base du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale". L'origine de cette disposition se trouve dans les propositions de Dumbarton Oaks (chapitre VII-3) :

(86) Documents des Nations Unies sur l'Organisation Internationale, préc., vol. 3, p. 10. Il nous semble cependant qu'en spécifiant dans le chapitre VII "Il devrait exister une Cour Internationale de Justice qui formerait l'organe principal de l'Organisation" (c'est nous qui soulignons), la Conférence voulait indiquer ses préférences pour la création d'une nouvelle Cour, quitte à reprendre le Statut de la Cour Permanente. Contre cette interprétation, v. Michel DUBISSON, La Cour Internationale de Justice, L. G. D. J., 1964, Paris, p. 17.

(87) V. le rapport de Jules BASDEVANT, Documents de la Conférence des Nations Unies ..., préc., vol. 14, p. 855.

(88) Ibid., vol. 13, pp. 381-383.

(89) Cf. le rapport du Sous-Comité IV-1-A, ibid., vol. 13, p. 524.

(90) V. l'article 1^{er} du Statut de la Cour Internationale de Justice.

(91) Shabtai ROSENNE, The Law and Practice of the International Court, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965, vol. I, p. 42.

(92) Documents de la Conférence des Nations Unies, préc., vol. 13, p. 383.

- " Le Statut de la Cour Internationale de Justice devrait être soit :
- " a. le Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale res-
- " tant en vigueur, avec les modifications qu'il semblerait utile
- " d'y apporter, soit :
- " b. un nouveau Statut à la préparation duquel le Statut de la Cour
- " Permanente de Justice Internationale devrait servir de base".

La seconde branche de l'alternative fut scrupuleusement respectée par toutes les instances ultérieures, et le nouveau Statut apparaît largement comme étant l'ancien simplement amendé : il est significatif à cet égard que la numérotation des articles reste identique et que de nombreuses dispositions aient été conservées sans changement (93).

Il semble donc, dans ces conditions, que le texte de l'article 38, comme l'ensemble du Statut de la Cour Internationale de Justice, puisse être interprété en tenant compte des travaux préparatoires de 1920 : dans la mesure où les modifications apportées en 1945 n'obligent pas à les tenir pour caducs, on peut considérer qu'il existe une présomption de continuité. C'est pourquoi il convient de tenter de dégager brièvement les conséquences que l'on peut tirer des discussions des diverses instances qui ont participé à l'élaboration du Statut des deux Cours, essentiellement, le Comité de Juristes de 1920, qui s'est le plus largement penché sur la question.

B. La portée des discussions du Comité de 1920.

Certains auteurs ont cru pouvoir émettre, à partir des travaux préparatoires de 1920, des opinions définitives quant à la nature juridique des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". En fait, la plupart d'entre eux sont partis d'une conception a priori de la question et ont fait dire aux rédacteurs du Statut ce qui correspondait à leur propre opinion sur les fondements du droit international. La confrontation de leurs déductions est confondante par leur diversité et leur incompatibilité.

(93) Les travaux du Comité de Juristes qui marquèrent le début des travaux préparatoires du nouveau Statut montrent que la différence entre les deux solutions prévues par la Conférence de Dumbarton Oaks est minime puisqu'il put accomplir sa tâche sans décider laquelle il convenait de choisir.

Pour les uns la rédaction de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale marque le triomphe du positivisme. Ainsi, le professeur GUGGENHEIM écrit :

" Il faut bien admettre que c'est l'opinion des deux membres anglo-saxons qui s'inspiraient des conceptions positivistes qui l'emporta sur les tenants du droit naturel " (94).

Pour d'autres, au contraire, les auteurs du Statut "opened a new channel through which concepts of natural law could be received in International Law" (95), et ont encouragé les juges à passer du terrain du jus strictum à celui du jus aequum (96) sonnait ainsi le glas du positivisme (97). Un troisième groupe estime enfin que le texte de l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente est le résultat d'un compromis entre ces deux thèses extrêmes qui se seraient affrontées au sein du Comité Consultatif de Juristes. (98).

La première de ces interprétations est la moins acceptable car, d'une part, il paraît difficile de parler d'un "front" anglo-saxon, d'autre part, il est inexact de prétendre que ROOT et PHILLIMORE étaient strictement positivistes. En ce qui concerne le premier point (99), il est certain que l'on peut constater une sensibilité commune des membres anglais et américain : Lord PHILLIMORE, lui-même, estimait que les divergences provenaient "de la conception continentale de la justice" (100) ;

(94) Paul GUGGENHEIM, Traité de Droit International Public, préc., I, p. 295, v. aussi sa "Contribution à l'histoire des sources du droit international", préc., p. 77 et Max SØRENSEN, "Principes de Droit International Public", R. C. A. D. I., 1960-III, n° 101, p. 17.

(95) Georg SCHWARZENBERGER, avant-propos à la thèse préc. de Bin CHENG, p. XI les auteurs du Statut "ont frayé un chemin nouveau par lequel les concepts de droit naturel peuvent être reçus en droit international".

(96) Georg SCHWARZENBERGER, A Manual of International Law, Stevens and Sons Ltd, Londres, 4ème éd., 1960, I, p. 26.

(97) V. aussi L. OPPENHEIM, International Law, A Treaty, 8^e éd., 1958 par Hersch LAUTERPACHT, I, p. 30 ; Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources and Analogies, préc., p. VIII, etc.

(98) V. Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3...", préc., p. 291, et, quoi qu'il soit plus prudent Géza HERCZEGH, General Principles of Law and the International Legal Order, préc., p. 16.

(99) Outre les auteurs cités note 94, Pierre GRAPIN (Valeur internationale des principes généraux du droit, contribution à l'étude de l'article 38 paragr. 3 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale ; thèse, Domat-Monchrestien, Paris, 1934, p. 17) et Clive PARRY (The Sources and Evidences of International Law, Manchester University Press, Manchester, 1965, p. 83) soutiennent également la thèse du "front" anglo-saxon.

(100) P. -V. p. 315.

à un moment il se charge d'expliquer la position de ROOT (101) et la formule finalement retenue est le résultat de leur collaboration, mais leur position n'est pas identique(102) et l'on peut difficilement estimer que les deux juristes anglo-saxons s'opposaient d'un seul bloc à l'ensemble de leurs collègues qui auraient formé un autre "camp".

Quant au prétendu positivisme des "anglo-saxons", il suffit de citer un extrait des procès-verbaux de la dernière séance consacrée à l'étude du futur article 38-3 pour être convaincu de la faiblesse de cette thèse :

" Le Président a l'impression que le droit international tel que
" le conçoit Lord PHILLIMORE se rapproche du droit naturel.
" Lord PHILLIMORE en convient " (103).

De nombreux indices iraient du reste plutôt dans le sens des auteurs soutenant que les discussions du Comité Consultatif ont été dominées par des soucis naturalistes bien exprimés par le baron DESCAMPS qui évoque :

" La loi fondamentale du juste et de l'injuste, profondément gravée
" au coeur de tout être humain et qui reçoit son expression la plus
" haute et la plus autorisée dans la conscience juridique des peu-
" ples civilisés. C'est là une loi dont le juge ne peut faire abstrac-
" tion, et dont, en fait, qu'on le veuille ou non, il ne fera jamais
" abstraction " (104).

Jamais cette idée ne fut récusée, d'autant moins que le Président avait bien précisé que son projet ne visait pas à autoriser le juge à légiférer, point sur lequel le Comité était unanime (105).

Il paraît cependant difficile d'en conclure que le naturalisme, finalement, l'emporta : la vérité est que les rédacteurs du Statut se placèrent essentiellement sur un terrain pratique ; alors que l'objet des discussions se prêtait particulièrement bien aux envolées théoriques, ils se soucièrent avant tout de savoir quelle formule serait acceptable pour les Etats. C'est pourquoi on ne peut parler de deux camps et la notion de " compromis " qui implique qu'il y ait deux positions divergentes semble mal adaptée ; ou s'il y eut un " compromis ", ce fut entre

(101) P. -V. p. 320 (mention de la pratique anglo-américaine des "demurrers").

(102) v. Lord PHILLIMORE, P. -V. p. 295.

(103) P. -V. p. 318.

(104) P. -V. pp. 310-311, v. aussi p. 306, 318, 320, LODER, p. 294, LA PRADELLE, p. 295 et FERNANDES, p. 396.

(105) v. supra, paragraphe 1. A.

les deux exigences rappelées supra p. 56 : d'une part, faire accepter la juridiction de la Cour au plus grand nombre d'Etats possible et donc l'empêcher de légiférer, d'autre part, éviter un non liquet. ROOT mit d'avantage que ses collègues l'accent sur le premier point, mais la solution finalement retenue fit l'objet d'un large consensus. Il ne s'agit donc pas d'un compromis entre deux tendances doctrinales opposées, mais de la combinaison de deux soucis très concrets et pragmatiques sur lesquels en fait tout le monde était d'accord. Du reste, les membres du Comité eux-mêmes semblent avoir eu conscience de la relative homogénéité de leur position, et le Président DESCAMPS a pu évoquer : "les idées générales du Comité" qui coïncidaient avec le projet ROOT (106).

Cet accord sur l'essentiel fut acquis lorsque furent dissipés deux malentendus que l'on peut essayer de mettre en lumière.

Il s'agissait initialement, selon les termes mêmes de Lord PHILLIMORE, d'étudier les "normes matérielles à appliquer par la Cour" (107) et l'expression est reprise plusieurs fois lors de la suite des débats (108) mais en fait, ceux-ci ont essentiellement concerné les sources formelles du droit à appliquer par la Cour et certains membres du Comité ont eu conscience de ce changement (109).

KOPELMANAS souligne que :

" Les Juristes ont abordé l'étude des sources du droit sous l'angle
 " du droit matériel. Cette position aurait dû les mener à la codifi-
 " cation du droit international : entreprise impossible qui aurait pu
 " faire échouer tout l'édifice de la juridiction internationale que le
 " Comité était chargé d'élever. Insensiblement, un glissement se
 " fit alors vers la conception des sources du droit en tant que sour-
 " ces formelles (...). Mais le point de départ, recherche des sour-
 " ces matérielles du droit des gens, n'avait pas complètement dis-
 " paru des préoccupations du Comité des Juristes, de sorte que la
 " construction définitive devint extrêmement indécise. Essayer de
 " baser une analyse doctrinale sur un texte aussi torturé n'est pas
 " de nature à inspirer grande confiance " (110).

Cette conclusion est excessive. On peut au contraire penser que ce quiproquo explique en partie les inquiétudes initiales de ROOT à propos

(106) P. -V. p. 331, v. aussi Lord PHILLIMORE p. 334 et 338 et LAPRADELLE p. 334.

(107) P. -V. p. 293.

(108) V. notamment P. -V. p. 311, 312, 316, etc.

(109) Surtout RICCI-BUSATTI v. P. -V. p. 332 et 338.

(110) "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3° ... , préc., p. 292.

du principe même de l'étude de ce problème : le juriste américain était peut-être effrayé par les perspectives dégagées par KOPRLMANAS et l'on s'explique mieux alors la convergence finale des opinions : on ne parle plus de la même chose qu'au début de la discussion.

Il en va de même du second des malentendus qui est à l'origine de la relative longueur des débats : ROOT était convaincu qu'il s'agissait d'instituer un mécanisme de juridiction obligatoire ; c'est dans cet esprit qu'il s'est opposé au texte du Président qui risquait, selon lui, de sacrifier le principe du recours obligatoire en donnant à la Cour une compétence trop large au point de vue du droit applicable, effrayant ainsi les Etats (111). En fait, ROOT a peut-être été convaincu par l'argument de LODER qui fit valoir que la question de la juridiction obligatoire "n'est pas de la compétence du Comité qui doit s'en tenir là-dessus à la réponse plus ou moins nette du Pacte" (112).

Il est évidemment impossible de savoir si cela emporta la conviction du membre américain, mais il est frappant de constater qu'après l'intervention de LODER (et celle de DESCAMPS) expliquant qu'il existe des principes supérieurs de justice) ROOT ne reprit guère la parole jusqu'à la fin des débats.

Cependant, même si ces malentendus peuvent expliquer en partie les oppositions qui marquèrent le début de la discussion du Comité sur le droit applicable, il n'en reste pas moins qu'ils ne facilitent pas la tâche de l'interprète et constituent un argument supplémentaire pour n'utiliser les travaux préparatoires de 1920 qu'avec la plus grande prudence ; il en va de même, surtout compte tenu de leur brièveté, de ceux de 1945. Il ne convient certes pas d'en faire abstraction, mais on ne saurait se fonder exclusivement sur eux pour élucider réellement la question de la nature juridique des principes mentionnés par l'article 38 du Statut de la Cour Mondiale.

(111) V. -P. - V. p. 293, 308 et LA PRADELLE p. 313.

(112) Ibid. p. 311.

Sect. 2 - La pratique postérieure à 1920.

Compte tenu des doutes que l'on peut avoir quant aux intentions réelles des rédacteurs du Statut et de l'ambiguïté de la formule finalement retenue, il serait nécessaire de rechercher dans la pratique de la Cour elle-même d'autres éléments d'interprétation susceptibles d'éclairer le sens de l'expression utilisée dans le Statut. Il convient donc d'examiner les décisions (arrêts, avis et ordonnances) de la Cour mondiale et de tenter d'effectuer un recensement aussi complet que possible des passages dans lesquels celle-ci mentionne les principes de l'article 38 (paragr. 1). Une telle recherche se révélant décevante, il faut essayer de la compléter en étudiant l'influence que la consécration donnée par cette disposition à la notion de "principes généraux de droit" a pu avoir sur la pratique ultérieure des Etats et les sentences arbitrales postérieures à 1920 (paragr. 2).

Paragr. 1. La jurisprudence de la Cour de La Haye.

L'article 38 du Statut prévoit que "la Cour (...) applique : ... les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Cette disposition se présente comme une autorisation expresse, plus même, une invitation, voire une obligation. Malgré cela, malgré les argumentations des parties, fréquemment fondées sur les principes de l'article 38, les juges de la Cour mondiale se sont montrés extrêmement prudents dans leur utilisation (A). Après avoir fait cette constatation, il faudra se demander les raisons qui motivent une telle prudence (B).

- A. Malgré les sollicitations fréquentes des parties, la C. P. J. I. et la C. I. J. n'ont guère eu recours aux principes de l'article 38 :

Certains auteurs ont cru pouvoir prétendre que la Cour n'avait jamais utilisé les principes mentionnés à l'article 38 de son Statut (114). Une telle opinion ne saurait être soutenue et un examen attentif de la jurisprudence de cette juridiction montre qu'elle en a fait un usage

(114) V. notamment A. P. SERINI, Diritto Internazionale, Giuffrè, Milan, 1956, p. 154.

relativement large ; il reste exact, cependant, que jamais la Cour mondiale n'a visé l'article 38-1 (c) de son Statut ainsi que l'ont souligné de nombreux internationalistes (115), ou plutôt, s'il arrive que des arrêts ou avis mentionnent cette disposition, c'est toujours pour en écarter l'application en l'espèce (v. infra 2) ; lorsqu'il en est fait usage, la Cour se contente en général d'affirmer l'existence d'un principe ou d'une règle sans se référer à une source précisément déterminée. C'est pourquoi, toute analyse quantitative sérieuse est exclue ; une telle recherche "reposerait parfois sur des données incertaines, tant sont souples, divers et feutrés les processus de raisonnement des juges" (116).

L'objet de ce paragraphe étant principalement de recenser l'utilisation des principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis dans l'introduction de ce travail, il apparaît nécessaire, pour la clarté de l'exposé, de distinguer les décisions de la Cour elle-même des opinions individuelles ou dissidentes des juges qui la composent. Auparavant, il convient d'indiquer dans quelle mesure les parties ont, de leur côté, évoqué expressément et implicitement de tels principes.

1. Le recours aux principes dans la procédure écrite ou orale.

Les documents de procédure publiés par la Cour mondiale (117) montrent que les mémoires, plaidoiries ou observations des Etats et des organisations internationales font largement et fréquemment référence aux principes généraux de droit : tantôt, l'article 38 du Statut est expressément visé, ou une formule équivalente à celle qu'il utilise est employée, tantôt, leur argumentation est fondée sur la comparaison des droits internes

(115) V. par exemple Paul GUGGENHEIM, Traité de Droit International Public, préc., p. 300 ; Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., I, p. 375.

(116) A. BLONDEL, " Les principes généraux de droit devant la C. P. J. I. et la C. I. J. " Mélanges GUGGENHEIM, p. 236.

(117) Sans jamais être exhaustif, ce recensement est plus complet pour la C. P. J. I. grâce à l'important travail de compilation effectué par Krystina MAREK assistée par Hans Peter FURRER et Antoine MARTIN in Répertoire des décisions et des documents de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice, publié sous la direction de Paul GUGGENHEIM, série C. P. J. I., 1922-1945, vol. 2, Les sources du droit international.

et une règle applicable aux rapports internationaux en est déduite. La première catégorie est évidemment plus riche d'enseignements en ce qui concerne l'interprétation donnée par les parties à un différend (ou les intervenants en cas de demande d'avis consultatif) à la disposition de l'article 38-1 (c), cependant on ne peut faire abstraction de la seconde : la définition utilisée en introduction suppose en effet que les principes généraux de droit sont des règles de droit international tirées d'un processus de généralisation de normes appliquées à l'intérieur des Etats.

Parfois, les agents et conseils des Etats ont du reste effectué une véritable étude de droit comparé. Cela a surtout été le cas pour l'estoppel dont les parties ont, à plusieurs reprises, entrepris de prouver l'applicabilité en droit international en démontrant que loin d'être une règle propre au droit anglo-saxon, il s'agit d'un principe universellement admis. Un exemple très remarquable en est donné par l'affaire du Groënland Oriental : au cours de la procédure, le Danemark et la Norvège ont tous deux développé des argumentations fondées sur l'estoppel qui les ont opposés à l'autre partie (118). Mais l'exemple le plus frappant d'étude comparative reste certainement la démonstration très complète avancée par le gouvernement portugais dans l'affaire du droit de passage en ce qui concerne le droit d'accès aux territoires enclavés. La consultation du professeur RHEINSTEIN (119) sur ce point, qui figure en annexe aux observations portugaises, porte sur soixante-et-un systèmes de droit interne, trois ayant été ajoutés par la suite (120) et l'argumentation portugaise proprement dite, tant écrite qu'orale, fait une large utilisation de cette étude (121). Dans la même affaire, M. BOURQUIN, conseil du Portugal, a fait une revue relativement complète - quoi que moins poussée - des droits internes, à propos de la règle "utile per inutile non vitiatur" (122)

(118) Statut Juridique du Groënland Oriental, C.P.J.I., série C, n° 62, Mémoire danois p. 108, contre-mémoire norvégien p. 446 et 489s ; n° 63, Réplique danoise, p. 825s ; Duplique norvégienne, p. 1324s, Exposé de Charles de VISSCHER (Danemark) p. 2869s. V. aussi la plaidoirie de l'agent du gouvernement serbe, DEVEZE, dans l'affaire des Emprunts serbes, C.P.J.I., série C, n° 16 (III), p. 155s.

(119) C. I. J., Mémoires, Droit de passage sur terrain indien, I, p. 714s.

(120) Ibid., annexe à la réplique portugaise, I, p. 858s.

(121) Ibid., observations portugaises, II, p. 543s ; voir aussi les très longs développements oraux de M. Pierre LALIVE d'EPINAY consacrés à ce problème, ibid., IV, pp. 516-531.

(122) Ibid., Plaidoirie de BOURQUIN, IV, p. 145s.

Dans l'affaire de la Barcelona Traction, le Mémoire belges s'appuie également sur une étude comparative pour présenter la distinction existant entre le désistement d'instance et le désistement d'action (123).

Plus souvent, il est vrai, les agents et conseils des parties se contentent d'affirmer l'application généralisée d'une norme dans les droits internes des Etats, en se bornant, dans les meilleurs des cas, à citer quelques rares exemples : les observations de la "PROKURATORJA GENERALNA" polonaise, dans l'affaire des colons allemands en Pologne, sont caractéristiques à cet égard :

" Toutes les législations prévoient la possibilité de reconnaître les
 " actes entrepris par le débiteur en fraude des droits des créanciers,
 " antérieurement à la déclaration de faillite, comme nuls et non ave-
 " nus, à l'égard des créanciers (Code Napoléon, art. 1167, art. 30 de
 " la loi allemande des faillites du 17 mai 1898 (...) ; l'analogie entre
 " l'état de l'Allemagne et l'état d'un débiteur insolvable (...) consti-
 " tue donc un argument de plus pour confirmer notre thèse " (124).

L'exposé du représentant bulgare dans l'affaire de l'accord Caphandaris-Molloff est plus laconique encore : " Comme l'admet le Code Civil de tous les pays, la négation ne se présume pas " (125). De même dans l'affaire Ambatielos, le gouvernement grec s'est appuyé sur certaines règles de droit anglais, américain et belge pour affirmer que les traités de procédure peuvent avoir un effet rétroactif (126).

D'autres fois, sans utiliser la formule de l'article 38-1 (c) du

(123) C.I.J., Mémoires, Barcelona Traction Light and Power Cy., I, pp. 136-137.

(124) Colons allemands en Pologne, C.P.J.I., série C, n° 3, vol. III (2), pp. 892-893.

(125) Interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927, C.P.J.I., série C, n° 57, p. 298. V. aussi la plaidoirie du professeur AGO dans l'affaire de la Barcelona Traction Light and Power Cy. (C.I.J., Mémoires, III, p. 853s) qui définit la notion de personnalité morale à partir d'exemples tirés du droit interne, celle de M. de VILLIERS dans l'affaire du Sud-Ouest africain (C.I.J., Mémoires, IX, pp. 590-591) qui souligne l'analogie entre trust et mandat (ainsi que sa réponse aux questions posées par la Cour dans la même affaire (ibid., X, p. 191), précisant la règle non ultra petita, en fonction des pratiques internes), et la réplique sud-africaine comparant mandat international et mandat de droit privé (ibid., V, p. 45) (dans le même sens, assez curieusement, l'exposé oral de M. LE TAI TRIEN, au nom de la République du Viet-Nam, C.I.J., Mémoires, conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, II, p. 283).

(126) C.I.J., Mémoires, Ambatielos, p. 332 ; v. aussi C.I.J., Mémoires, Sud-Ouest africain, vol. IX, plaidoirie de M. de VILLIERS (à propos du détournement de pouvoir).

Statut, les mémoires et plaidoiries contiennent des expressions similaires qui, en général, constituent une référence implicite aux droits internes des différents Etats : on parle alors des "principes universellement adoptés en droit civil" (127), de "principe général universellement admis dans les relations privées" (128), de "principes généraux admis en matière contractuelle" (129), de "droit commun" (130), de "principe général de droit" (131) ou "du droit" (132). Certaines formules se rapprochent davantage encore de celles de l'article 38, les parties invoquant les "principes généraux de droit de tous les membres de la Communauté Internationale" (133), les "principes de justice reconnus par le droit commun des peuples civilisés" (134) ou mes "principes de procédure (ou de preuves) suivis par les nations civilisées" (135).

Mais le plus souvent, les plaidoiries ou observations ont directement invoqué à l'appui de leur thèse les dispositions de l'article 38-1 (c).

-
- (127) Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, C.P.J.I., série C, n° 11, vol. 1, Discours du représentant polonais qui illustre cette formule par des exemples tirés du Code Suisse des obligations et du Code Civil allemand (à propos de la notion de condition suspensive).
- (128) C.I.J., Mémoires, Droit de passage sur territoire indien, II, p. 546.
- (129) C.I.J., Mémoires, Certains emprunts norvégiens, Plaidoirie de M. GROS (France) "les principes généraux en matière contractuelle ont été également appliqués au cas des emprunts internationaux" (II, p. 63).
- (130) Traité de Neuilly, article 179, annexe, paragraphe 4 (interprétation), C.P.J.I., série C, n° 6, Mémoire bulgare p. 391 (interprétation contra proferentem).
- (131) Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), C. P.J.I., série C, n° 14, II, Réplique du gouvernement allemand, p. 277 (à propos de l'adage lex specialis derogat generali) ; Jaworzina, C.P.J.I., série C, n° 4, exposé du gouvernement tchécoslovaque, p. 349 (à propos du pactum de contrahendo) ; C.I.J., Mémoires, Ambatielos, p. 20 (enrichissement indu) ; C.I.J., Mémoires, Barcelona Traction Light and Power Cy. (nouvelle requête, 1962), II, p. 428, plaidoirie de M. SERENI, p. 428 (à propos de la charge de la preuve).
- (132) Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I., série C, n° 2, vol. supplémentaire, Mémoire français, p. 19 ("pas d'intérêt, pas d'action") ; C.I.J., Mémoire, Ambatielos, plaidoirie de ROLIN, p. 329 (application rétroactive des lois de procédure), p. 332 (en matière d'interprétation).
- (133) C.I.J., Mémoires, Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, exposé oral de M. STAVROPOULOS (Nations Unies), II, p. 54 (à propos de l'exception non adimpleti contractus - exemples tirés du droit français et de la common law).
- (134) Vapeur Wimbledon, C.P.J.I., série C, n° 3, vol. supplémentaire, Réplique des gouvernements alliés, p. 104 (réparation intégrale du dommage causé).
- (135) Concessions Mavrommatis, C.P.J.I., série C, n° 7, vol. II, intervention de Sir Douglas HOGG (Royaume-Uni), p. 32 et Phosphates du Maroc, C.P.J.I., série C, n° 84, Nouvelles observations italiennes, p. 784 (à propos d'une demande d'expertise).

On peut en donner de très nombreux exemples (136). Parfois les agents ou conseils des Etats vont même jusqu'à esquisser à cette occasion une théorie des principes généraux : ainsi, dans l'affaire de l'usine de Chorzów, le représentant allemand, KAUFFMANN, a déclaré :

" Les parties en cause sont les deux gouvernements - l'objet du litige est la réclamation - fondée sur le droit international - de la réparation d'un dommage causé par un délit international. Les règles de droit à appliquer sont des règles de droit international : c'est donc uniquement sur ce domaine que notre affaire joue. Dans le procès actuel, aucune règle de droit civil ne s'applique, si ce n'est par analogie, ou en tant que témoignage d'un principe général de droit reconnu par les nations civilisées et qui est une des sources du droit international " (137).

Dans le cas où les représentants des Etats se placent ainsi sur un plan théorique, il est frappant de constater que c'est, presque toujours, pour exprimer des doutes ou des réserves sur l'applicabilité des principes en général (138) ou l'existence d'un principe particulier invoqué par la partie adverse (139). Dans deux affaires, les parties ont cru devoir faire un véritable exposé sur la nature juridique des principes de l'article 38-1 (c). C'est, d'une part, le cas de l'Inde et du Portugal dont les argumentations, dans l'affaire du droit de passage, méritent d'être assez largement citées : le gouvernement portugais ayant qualifié de "principes généraux de droit"

(136) Jaworzina, C.P.J.I., série C, n° 4, discours de M. MROZOWSKI (Pologne), p. 42 (excès de pouvoir); Usine de Chorzów, C.P.J.I., série C, n° 13 (I), Discours de M. POLITIS (Pologne), p. 1133 (règle de compensation) et n° 15 (II), Discours de M. KAUFFMANN (Allemagne), p. 30 (conséquence d'un arrêt déclaratoire) et 58 (valorisation d'une monnaie dépréciée); Emprunts serbes, C.P.J.I., série C, n° 16 (III), Réplique de M. BASDEVANT, p. 257 (liberté des conventions Statut juridique du Groënland Oriental, C.P.J.I., série C, n° 63, Réplique danoise, p. 856 (liberté de forme des déclarations de volonté) et n° 64, Consultation de M. STRUPP, p. 1891 (bonne foi); compatibilité de certains décrets dantzikois avec la constitution de la Ville libre, C.P.J.I., série C, n° 77, note explicative (B) des pétitionnaires, p. 140 ("nulla poena sine lege") ; Losinger, C.P.J.I., série C, n° 78, Exposé de M. SAUSER-HALL (Suisse) p. 307 (bonne foi); chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, C.P.J.I., série C, n° 86, Conclusions du gouvernement estonien, p. 79 (exceptions de procédure); C.I.J., Mémoires, Anglo-Iranian Oil C°, Plaidoirie de Sir Frank SOSKICE (Royaume-Uni), p. 411 (mesures conservatoires); C.I.J., Mémoires, Plateau Continental de la mer du Nord, Plaidoirie du professeur ODA, II, p. 61 (part juste et équitable) (v. aussi, *ibid.*, réplique allemande, I, p. 391s.)

(137) Usine de Chorzów, C.P.J.I.; série C, n° 15 (II), p. 32.

(138) Lotus, C.P.J.I., série C, n° 13 (II), Consultation de M. DIENA annexée au Contre-Mémoire turc, p. 357; Oscar Chinn, C.P.J.I., série C, n° 75, Exposé de M. BASDEVANT (France), pp. 1060-1061; C.I.J., Mémoires, Plateau Continental de la mer du Nord, Plaidoirie de Sir Humphrey WALDOCK (Danemark, Pays-Bas), II, p. 118.

(139) V. par exemple, Zones Franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I., série C, n° 17, (I), vol. 1, Exposé de M. BASDEVANT (France), pp. 340-343 (stipulation pour autrui).

le droit à l'existence et l'obligation de ne pas tolérer sur son territoire des actes contraires au droit d'autres Etats (140), l'Inde, dans ses exceptions préliminaires, répond :

" This so called 'general principle of law', in the view of the Government of India has nothing at all to do with the "general principles of law" mentioned in Article 38-1 (c) of the Statute of the Court as one of the sources of law to be applied by the Court. Whatever differences of opinion there may be as to the actual content of these "general principles of law", the majority of writers agree that the "general principles of law" mentioned in Article 38 are to be understood as comprising the principles generally adopted by civilized States within their domestic law (...) In other words, it is principles expressing legal ideas common to the legal systems of civilized States which the Court is authorized to apply in Article 38 of the Statute " (141).

A son tour, le Portugal, dans ses observations, fait remarquer :

" S'il s'agissait d'interpréter l'article 38-1 (c) du Statut il y aurait un certain nombre d'observations à faire à ce propos. Il paraît en effet certain que le Comité de juristes qui a élaboré le Statut de la C.P.J.I. a eu l'intention d'y comprendre les principes qui se dégagent de la similitude des droits internes. Mais il serait téméraire de prétendre que la notion doit être enfermée dans ces limites. Rien n'est mieux fait pour en révéler les incertitudes que de constater, non seulement les désaccords existant entre les auteurs qui ont commenté l'article 38-1 (c), mais encore les variations qui s'accusent à ce sujet dans la pensée des meilleurs d'entre eux (...) Quoi qu'il en soit, le fait est que la Cour a souvent fait appel à cette notion sans en préciser rigoureusement la portée " (142).

Dans l'affaire du Sud-Ouest africain, le professeur GROSS (Ethiopie et Libéria) a proposé une double interprétation des principes de l'article 38 :

(140) C. I. J., Mémoires, I, p. 30s.

(141) " Ce soi-disant "principe général de droit", de l'avis du gouvernement indien n'a rien à voir avec les "principes généraux de droit" mentionnés par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour comme l'une des sources que celle-ci doit appliquer. Quelles que soient les différences d'opinion sur le contenu véritable de ces "principes généraux de droit", la majorité des auteurs s'accordent à penser que les "principes généraux de droit" mentionnés par l'article 38 doivent être entendus comme comprenant les principes généralement adoptés par les Etats civilisés dans leur droit interne (...) En d'autres termes, ce sont les principes exprimant les idées juridiques communes à tous les systèmes de droit des Etats civilisés que la Cour est autorisée à appliquer par l'article 38 de son Statut ". Ibid., p. 182 ; voir aussi pages suivantes.

(142) Ibid., p. 625, Voir aussi la Réplique portugaise, II, p. 543 s et la Plaidoirie du professeur Pierre LALIVE, IV, p. 516s.

il les a présentés d'une part comme des principes transposés de la sphère du droit interne au domaine du droit international, et d'autre part, dans une perspective dynamique, comme les principes reconnus par la Communauté Internationale dans son ensemble (par exemple, au sein des Nations Unies) (143).

Ce recensement de l'attitude des Etats devant la Cour de La Haye, en ce qui concerne les principes visés par l'article 38 du Statut, n'a pas la prétention d'être complet. Il permet, néanmoins, de faire un certain nombre de constatations : d'une part, si les Etats ont souvent invoqué les principes généraux de l'article 38 il ne semble pas que ce procédé ait connu une ampleur exceptionnelle ; les Etats parties au litige soumis à la juridiction mondiale n'ont pas eu une attitude différente de celle qu'ils ont adoptée devant les tribunaux arbitraux établis antérieurement à 1920 (v. supra, chapitre I, section 2) ; d'autre part, il ne paraît pas possible de distinguer certains pays ou groupes de pays enclins plus que d'autres à invoquer les principes généraux ; leur utilisation ou leur rejet apparaît comme un problème d'opportunité : à cet égard, l'attitude de BASDEVANT est significative : tantôt, il se fait le défenseur des principes qui servent la thèse qu'il soutient (voir note n° 135), tantôt il se montre très sceptique sur la possibilité d'appliquer de tels principes (voir notes n° 138 et 139) ; enfin, bien qu'il ne soit pas toujours très facile de démêler parmi les "principes" invoqués par les Etats, ceux qui relèvent du droit coutumier et ceux qui se rattachent au paragraphe 1 (c) de l'article 38 du Statut, dans l'ensemble, on peut dire que ces derniers sont, dans la plupart des cas, présentés soit comme découlant d'une évidence, soit comme étant déduits de l'examen des règles du droit interne.

2. La relative prudence de la Cour.

Malgré les sollicitations des parties, la Cour mondiale s'est toujours montrée assez réservée à l'égard des principes généraux de droit. Cependant, l'attitude de la Cour actuelle paraît nettement plus souple que celle de la C. P. J. I.

(143) C. I. J., Mémoires, Sud-Ouest africain, IX, p. 353. Dans sa réponse, M. de VILLIERS (Afrique du Sud) a adopté une vue beaucoup plus restrictive, X, p. 41s.

a). Celle-ci n'a, en effet, jamais mentionné expressément l'article 38-3 de son Statut, et si elle a parfois utilisé des expressions voisines, elle ne l'a fait qu'avec une assez grande circonspection. On peut néanmoins relever certaines de ces formules : on cite souvent l'arrêt rendu dans l'affaire de l'Usine de Chorzów (fond) : "la Cour constate que c'est un principe du droit international, VOIRE UNE CONCEPTION GENERALE DE DROIT, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer" (144), mais il serait aventureux d'affirmer que la Cour visait réellement l'article 38, paragraphe 3 de son Statut ; de même, lorsqu'elle parle de "la règle bien connue d'après laquelle nul ne peut être juge dans sa propre cause" (145), de "la règle du droit commun selon laquelle, sans stipulation expresse, il est impossible de reconnaître aux membres d'un organe collégial un droit quelconque d'agir dans un domaine autre que celui des rapports intérieurs de l'organe en question" (146), du "principe selon lequel, en règle générale, tout organe possédant des pouvoirs juridictionnels a le droit de se prononcer en premier lieu lui-même sur l'étendue de ses attributions dans ce domaine" (147), des "règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers" (148), des "principes qui semblent être généralement admis en matière de contrats" (149) et, à plus forte raison, du "principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale aussi bien que par les juridictions nationales" (150). L'arrêt qui semble faire l'allusion la plus nette aux principes de l'article 38, est celui relatif aux intérêts allemands, dans lequel il est dit, à propos des fins de non-recevoir soulevées par le gouvernement polonais : "que cette conclusion se qualifie d'exception, ou qu'elle prenne le nom de fins de non-recevoir, il est certain que rien, ni dans le Statut et dans le Règlement qui la régissent, ni DANS LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT, n'empêche la Cour de s'en occuper dès à présent" (151).

(144) Arrêt n° 13, 1928, série A, n° 17, p. 29.

(145) Interprétation de l'article 3, paragr. 2 du Traité de Lausanne, avis consultatif, 1925, série B, n° 12, p. 132.

(146) Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^o décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif, 1928, série B, n° 16, p. 25.

(147) Ibid., p. 20.

(148) Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, série A, n° 7, p. 22.

(149) Concessions Mavrommatis à Jérusalem, arrêt n° 5, 1925, série A, n° 7, p. 22.

(150) Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, série A, n° 9, p. 31.

(151) Série A, n° 6, p. 19.

Très souvent, la Cour Permanente a transposé en droit international des règles de droit interne sans préciser de quelle source formelle il s'agissait (152). Ceci fut en particulier le cas dès le premier arrêt qu'elle rendit dans l'affaire du vapeur Wimbledon : la Cour ayant estimé que le dommage causé devait être intégralement réparé sans indiquer l'origine de cette règle (153).

Très souvent, la C. P. J. I. a purement et simplement omis de se prononcer sur l'argumentation des parties fondée sur l'existence de principes généraux de droit (154) ; une telle attitude est particulièrement nette dans certaines affaires dans lesquelles les plaidoiries avaient abondamment insisté sur l'applicabilité d'un principe général dont l'existence était minutieusement démontrée. Ainsi, dans l'avis rendu à propos de l'accord Caphandaris-Molloff, la Cour évite de répondre à la question de savoir si les notions de novation et de subrogation peuvent trouver application en matière d'obligation internationale malgré les très longs développements consacrés à ce problème par les parties (155) ; de même, dans l'affaire des Zones Franches, la Cour, malgré la discussion assez vive entre LOGOZ et BASDEVANT, n'examine pas le problème de la

(152) Statut juridique du Groënland Oriental, arrêt, 1933, série A/B, n° 53, p. 68 (estoppel) ; Monastère de Saint-Naoum, avis consultatif, 1924, série B, n° 9, p. 22 (révision des sentences) ; certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, série A, n° 6, p. 18 (questions incidentes Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány, arrêt, 1933, série A/B, n° 61, p. 230 (notion de personnalité morale).

(153) Vapeur Wimbledon, arrêt, 1923, série A, n° 1, p. 30s.

(154) Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, série B, n° 4 - l'avis omet de se prononcer sur la maxime "pas d'intérêt, pas d'action" (v. série C, n° 2, vol. supplémentaire, p. 18 s., p. 28 s, p. 62s) ; certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, série A, n° 7 - l'arrêt ne se prononce pas sur le problème de la ratification comme condition suspensive (v. série C, n° 11, vol. II, p. 183s., 228 et 273 s) ; Service Postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, série B, n° 11 (res judicata, v. série C; n° 8, p. 314, 339s, 383s, 437s, 489s) ; interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927, avis consultatif, 1932, série A/B, n° 45 (sur l'admissibilité de jugements déclaratoires, v. série C, n° 57, p. 139s et 198s) ; interprétation du Statut du Territoire de Memel, fond, arrêt n° 7, 1932, série A/B, n° 49 (sur l'abus de droit, v. série C, n° 59, p. 36 et 150s) ; Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, série A/B, n° 76 (sur le problème de la negotiorum gestio, v. série C, n° 86, p. 385 et 586s).

(155) Interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927, avis consultatif, série A/B, n° 44 (v. série C, n° 57, p. 117 s, p. 158 s, p. 204 s, p. 257, p. 298 s, p. 328 s, p. 354 s, p. 363).

transposition de la notion de servitude en droit international (156). A cet égard, l'affaire de l'Usine de Chorzów est très remarquable puisque, dans aucun des quatre arrêts, la Cour ne se prononce ni sur le principe de la chose jugée, ni sur les problèmes de l'allocation d'intérêts et de l'indemnité pour tort moral, ni sur la question plus générale de savoir si les règles du droit civil en matière de dommage peuvent s'appliquer en droit international, autant de principes généraux cependant invoqués par les parties aux différentes étapes de la procédure (157).

Parfois, au lieu de passer sous silence les principes généraux mis en avant lors de la procédure écrite ou orale, la Cour en écarte l'application en l'espèce. A cette fin, elle utilise deux catégories de procédés : ou bien elle émet des doutes sur l'existence des principes invoqués (158), ou bien elle fonde sa solution sur un terrain différent et affirme, par une formule laconique, qu'il n'est dès lors pas utile d'examiner la thèse des parties dans la mesure où elle est établie sur des principes généraux. Dès l'affaire du Wimbledon, la Cour a déclaré :

" Pour contester, dans l'espèce, au vapeur Wimbledon, le droit
 " au libre passage dans le Canal de Kiel, sur le fondement de l'ar-
 " ticle 380 du Traité de Versailles, on a allégué que ce droit s'ana-
 " lyse en réalité en une servitude de droit international, mis à la
 " charge de l'Allemagne, et que, comme toute modification ou di-
 " minution du droit de souveraineté, cette servitude doit être inter-
 " prétée de la manière la plus restrictive et ramenée à ses plus
 " étroites limites, en ce sens notamment qu'elle laisserait intacts
 " les droits qui découlent de la neutralité en cas de conflit armé.
 " La Cour n'a pas à prendre parti dans la question, d'ailleurs très
 " controversée, de savoir s'il existe vraiment, dans le domaine du
 " droit international, des servitudes analogues à celles du droit privé
 " Que ce soit par l'effet d'une servitude ou par l'effet d'une obliga-
 " tion contractuelle que le gouvernement allemand est tenu envers

(156) Zones Franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex, ordonnances du 19 août 1929, (série A, n° 22) et du 6 décembre 1930 (série A, n° 24) et arrêt, 1932, série A/B, n° 46 (v. série C, n° 17 (I), vol. I, p. 207, 358s, 415, n° 19 (I), ud. I, p. 188s, n° 58, p. 142).

(157) Sur la res judicata, v. série C, n° 13 (V), p. 45, 48s, 59s et n° 15 (II), p. 412s ; sur l'allocation d'intérêts, série C, n° 15 (II), p. 157s, 350s, 478s ; sur l'indemnité pour tort moral, n° 15 (II), p. 241, 481s ; sur la réparation du dommage, n° 15 (II), p. 155s et n° 16 (II), p. 74s. Il est vrai que la Cour, dans cette affaire, a admis expressément que l'obligation de réparer est "une conception générale de droit" (v. supra, note n° 144) et a appliqué le principe d'estoppel (v. supra, note n° 150).

(158) Jaworzina, avis consultatif, 1923, série B, n° 8, p. 37 (à propos de la règle ejus est interpretari legem cujus condere ; Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, série A, n° 6, pp. 19-20, (sur la transposition du "moyen généralement connu sous le nom de "litispendance" en droit international).

" les puissances bénéficiaires du Traité de Versailles de laisser
 " l'accès du Canal de Kiel libre et ouvert aux navires de toutes les
 " nations, en temps de guerre comme en temps de paix, il n'en reste
 " pas moins pour l'Etat allemand, une limitation importante de l'exer-
 " cice du droit de souveraineté que nul ne lui conteste sur le canal "
 " (159).

Un tel procédé, destiné à esquiver le problème de l'application des prin-
 cipes, a été fréquemment utilisé. Ainsi, l'ordonnance de la Cour du 19
 août 1929, dans l'affaire des Zones Franches dispose :

" La Cour, arrivée à cette conclusion sur la base d'un simple exa-
 " men de la situation de fait relative au cas d'espèce, n'a pas besoin
 " de se prononcer sur la mesure dans laquelle le droit international
 " connaîtrait éventuellement la " stipulation pour autrui " (160).

C'est donc une attitude extrêmement méfiante qu'a adoptée la
 Cour Permanente à l'égard des principes généraux de droit, et si l'on ne
 peut affirmer qu'elle n'en a jamais fait application, elle s'est toujours
 montrée extrêmement prudente et est restée plutôt en retrait par rapport
 aux tribunaux arbitraux de la période antérieure (v. supra, chapitre I,
 section 2) et même contemporaine (v. infra, section 2).

b). La Cour actuelle, tout en demeurant réservée quant à l'utilisation des
 principes généraux de droit, a cependant marqué moins de répugnance que
 la précédente à les utiliser.

Sans doute, les rares fois où la C. I. J. a mentionné expressé-
 ment les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées",
 ce fut toujours pour en écarter l'application en l'espèce ; ainsi, dans
 l'affaire du droit de passage, elle a déclaré :

" Le Portugal invoque également à l'appui de sa prétention à un droit
 " de passage, tel qu'il la formule, la coutume internationale générale
 " et les principes généraux de droit reconnus par les nations civili-
 " sées. Etant parvenue à la conclusion que la manière de procéder

(159) 1923, série A, n° 1, p. 24. C'est nous qui soulignons.

(160) Série A, n° 22, p. 20. V. aussi l'arrêt de la Cour dans la même affaire, série
 A/B, n° 44, p. 147 ; Compétence de la Commission Européenne du Danube,
 avis consultatif, 1927, série B, n° 14, pp. 36-37 (sur la question de savoir si
 la tolérance peut fonder un droit) ; Emprunts serbes et brésiliens, arrêts
 n° 14 et 15, 1929, série A, n° 20/21, p. 119 (sur l'interprétation des contrats
 ambigus) ; Pajzs, Csáky, Esterhazy, arrêt, 1936, série A/B, n° 68, p. 51
 (sur la distinction entre incompétence et irrecevabilité) ; etc...

" suivie par les autorités britanniques et indiennes d'une part, et
 " portugaises de l'autre, a constitué une pratique sur laquelle les
 " Parties étaient bien d'accord et en vertu de laquelle le Portugal
 " avait acquis un droit de passage pour les personnes privées, les
 " fonctionnaires civils et les marchandises en général, la Cour ne
 " juge pas nécessaire de rechercher si la coutume générale ou les
 " principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées
 " peuvent conduire au même résultat " (161).

Certes, ici encore, la Cour esquive le problème, mais, ce n'est plus comme la Cour Permanente en évitant toute allusion nette à l'article 38-1 (c) de son Statut : l'expression est employée directement à deux reprises dans ce court passage. Le même procédé est utilisé dans l'arrêt relatif au Plateau Continental de la mer du Nord : l'Allemagne ayant présenté le principe de la part juste et équitable comme "l'un des principes généraux de droit reconnus qu'en vertu du paragraphe 1 (c) (de l'article 38) de son Statut, la Cour est habilitée à appliquer", celle-ci n'a pas estimé pouvoir accepter sa thèse "du moins sous la forme qui lui est donnée" (162). Enfin, dans l'affaire du Sud-Ouest africain, la Cour s'est montrée plus explicite dans la définition qu'elle donne des principes en affirmant, à propos de l'actio popularis :

" ... s'il se peut que certains systèmes de droit interne connais-
 " sent cette notion, le droit international, tel qu'il existe actuelle-
 " ment, ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des
 " "principes généraux de droit" mentionné à l'article 38, paragra-
 " phe 1 (c) de son Statut " (163).

Interprétation restrictive, puisqu'il ne suffit pas selon la juridiction mondiale qu'une notion soit reçue dans les droits internes - il est vrai qu'elle précise "certains systèmes de droit interne"- pour être transposable dans l'ordre international. Il n'en reste pas moins qu'à trois reprises la Cour actuelle a visé directement l'article 38-1 (c) de son Statut ce que la Cour Permanente avait toujours évité de faire.

De plus, à maintes reprises, la C.I.J. a utilisé diverses expressions qui sont moins ambiguës que celles employées par son prédécesseur (voir supra a). L'avis rendu par la Cour dans l'affaire Fasla (164)

(161) Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1960, p. 43. Pour les très longs développements du Portugal sur cette question, v. supra, note n° 142.

(162) Plateau Continental de la mer du Nord, arrêt, Rec. 1969, p. 21. Pour les développements de l'Allemagne, v. supra note n° 136, in fine.

(163) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, Rec. 1966, p. 47.

(164) Demande de réformation du jugement du T. A. N. U., avis consultatif, Rec. 1973, p. 166s.

est particulièrement riche à cet égard : elle y parle des "principes généraux applicables à une action en justice" (p. 177), des "principes généraux de droit" (à deux reprises, p. 181) (165), des "principes" sans autre précision (p. 210) et enfin du "principe fondamental en matière de dépens" (p. 212, mais dans ce cas il s'agit d'un principe propre aux tribunaux internationaux). D'autres formules peuvent être citées : dans l'affaire du droit de passage, la Cour a parlé des "principes de droit applicables" (en matière d'interprétation) (166) et d'une "règle généralement acceptée" (167) ; parfois elle a qualifié un "principe de droit", de "bien établi et généralement reconnu" (168) ou de "très important" (169). Dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries enfin, la Cour évoque "le principe judiciaire reconnu qui est consacré à l'article 36, paragraphe 6" de son Statut (170).

On peut souligner, enfin, que la Cour actuelle a plus que la C.P.J.I. appliqué en fait, sans le dire expressément, des principes généraux de droit (171). Il s'agit, il est vrai, d'une impression, toute comparaison objective s'avérant impossible. On pourrait cependant donner de nombreux exemples d'application tacite de certains principes de droit commun dans les arrêts et avis de la C. I. J. : dans l'affaire du Détroit de Corfou, elle a affirmé que les "moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale" (172) ; elle a précisé que le Tribunal Administratif des Nations Unies pouvait réviser ses jugements dans la mesure où "des faits nouveaux d'importance décisive ont été découverts" (173), elle

(165) V. aussi Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970), du Conseil de Sécurité, avis consultatif, Rec. 1971 (à propos de l'exception non adimpleti contractus).

(166) Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, Rec. 1957 p. 141.

(167) Ibid., p. 142 ("une fois la Cour valablement saisie, l'Etat défendeur (...) ne peut retirer sa compétence à la Cour").

(168) Effets des jugements du T. A. N. U. accordant une indemnité, avis consultatif, Rec. 1954, p. 53 (à propos de la res judicata).

(169) Appel concernant la compétence de l'O. A. C. I., arrêt, Rec. 1972, p. 56 : "Un principe de droit très important est en cause, à savoir qu'une partie ne doit pas avoir à s'expliquer sur des questions de fond devant un tribunal qui n'est pas compétent en l'espèce ..."

(170) Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, Rec. 1973, p. 21.

(171) Outre les cas mentionnés ci-après, v. les très nombreux exemples donnés par Edvard HAMBRO, La jurisprudence de la Cour Internationale, Leyde 1952-1973, sous la rubrique "principes généraux de droit".

(172) Détroit de Corfou, fond, arrêt, Rec. 1949, p. 18.

(173) Effets des jugements du T. A. N. U. accordant une indemnité. Rec. 1954. p. 55.

a mentionné la "pratique courante pour les législatures nationales de créer des tribunaux qui ont la capacité de rendre des décisions liant le législateur qui les a créées (174) et la règle nemo iudex in causa sua (175), etc..."

Ayant visé à trois reprises l'article 38-1 (c) de son Statut, n'ayant pas esquivé aussi systématiquement que la C. P. J. I. les argumentations des parties fondées sur cette disposition, en ayant fait enfin davantage et plus clairement une application tacite, la Cour actuelle s'est montrée plus hardie que la précédente dans le recours aux principes généraux de droit. Cette tendance est encore plus nette si l'on compare les opinions individuelles ou dissidentes des juges de la Cour Permanente et de ceux de la C. I. J.

3. Les opinions individuelles et dissidentes.

A vrai dire les juges de l'entre-deux guerres, dans leurs opinions personnelles, ont fait une application relativement fréquente de principes juridiques dont l'origine doit être recherchée dans les droits internes des différents Etats, sans mentionner le paragraphe 3 de l'article 38. Ainsi, dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, EHRlich, dans son opinion dissidente a affirmé " IL EST GÉNÉRALEMENT RECONNU qu'il n'y a ni litispendance ni chose jugée pour autant qu'il s'agisse de points incidents et préliminaires " (176) et dans la même affaire, le juge RABEL a visé dans ses observations les " principes généraux du droit " (177), etc...

Par ailleurs, contrairement à ce que l'on a écrit parfois (178), le juge ANZILOTTI n'a pas été le seul à viser les " principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ". Une référence expresse à

(174) Ibid., p. 61.

(175) Ibid., p. 56 V. aussi Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, Rec. 1971, avis dans lequel la Cour semble avoir considéré le principe comme valable tout en refusant d'en faire application en l'espèce (p. 49).

(176) Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C. P. J. I., série A, p. 76.

(177) Ibid., p. 66 (à propos du principe de l'aggravation de la responsabilité de l'expropriation du fait du caractère illicite de l'expropriation).

(178) V. notamment Charles ROUSSEAU, Traité de Droit International Public, préc., I, p. 376.

à l'article 38, paragraphe 3 du Statut de la C. P. J. I. a été faite par les juges individuels ou dissidents à cinq reprises. Ainsi, dans l'affaire du Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis, le Jonkheer VAN EYSINGA a déclaré :

" ... On a dit que la Cour, tenue, aux termes de l'article 38 du Statut de la Cour, d'appliquer les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, devrait, partant, appliquer la règle de l'épuisement des instances nationales. Cette obligation n'est pas niée. Ce que toutefois on ne saurait perdre de vue non plus, c'est qu'il s'agit ici d'une règle qui comporte beaucoup d'exceptions " (179).

De façon plus positive, URRUTIA, dans son opinion dissidente à propos de l'arrêt relatif à la Compagnie d'Electricité de Sofia et de Bulgarie a estimé que "le principe de droit international sur l'épuisement des recours internes" était un "principe déjà généralement reconnu comme l'un de ceux auxquels se réfère l'alinéa 3 de l'article 38 du Statut de la Cour" (180). Dans son opinion individuelle dans l'affaire des Prises d'eau à la Meuse, le juge HUDSON, mentionnant cette même disposition, a estimé qu'elle encourageait l'application des principes d'équité et notamment du principe inadimplenti non est adimplendum ; à l'appui de cette opinion, il a cité des textes anglo-saxons, allemands, français et de droit romain (181) et ANZILOTTI, dans la même affaire, a considéré que ce principe était :

" Si juste, si équitable, si universellement reconnu qu'il (devait) être appliqué aussi dans les rapports internationaux. Il s'agit, en tout cas, d'un de ces "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" que la Cour applique en vertu de l'article 38 de son Statut " (182).

Le même juge enfin, dès 1927, a expliqué, à propos du principe de la res judicata :

" Si je me suis fondé sur des principes tirés de la procédure civile, c'est parce que je me croyais autorisé à le faire grâce aux considérations suivantes :

(179) Arrêt 1939, série A/B, n° 76, op. diss., p. 40

(180) Arrêt 1939, série A/B, n° 77, p. 104.

(181) Arrêt 1937, série A/B, n° 70, pp. 76-77.

(182) Ibid., op. diss., p. 50.

" ... (en premier lieu, il invoque l'article 59 du Statut)
 " en second lieu, il me semble que s'il y a un cas dans lequel il est
 " justifié d'avoir recours, faute de conventions ou de coutumes, aux
 " " principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées "
 " dont parle le n° 3 de l'article 38 du Statut, ce cas est assurément
 " le nôtre. Ce n'est pas sans raison que l'autorité de la chose ju-
 " gée fut expressément mentionnée dans le Comité des juristes char-
 " gé de préparer un projet pour l'établissement d'une Cour Perma-
 " nente de Justice Internationale, parmi les principes rentrant dans
 " la disposition susdite " (183).

Mais, si l'on peut constater que les juges de la Cour Permanente ont utilisé davantage qu'on le croit habituellement les principes généraux de droit, il n'en reste pas moins que ceux de la juridiction actuelle se sont montrés beaucoup plus enclins à y recourir. Il est inutile de citer intégralement toutes les opinions dans lesquelles l'article 38-1 (c) du Statut est mentionné expressément, mais il est frappant de constater que c'est au moins le cas de quinze juges à propos de douze affaires différentes (184).

(183) Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Cnorzów, arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I., série A, n° 13, op. diss., p. 27. ANZILOTTI fut Secrétaire Général du Comité des Juristes. Il n'est pas surprenant que les auteurs aient été spécialement frappés par la mention des principes généraux sous la plume du très positiviste maître italien car cela peut sembler assez paradoxal ; à vrai dire, ce paradoxe n'est qu'apparent ; v. infra, 3e partie, titre I, chap. 2, section 1.

(184) On trouve l'expression "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" ou une référence expresse à l'article 38-1 (c) du Statut dans au moins vingt opinions différentes. Outre les exemples développés ci-dessous, v. Détroit de Corfou (fond), arrêt, Rec. 1949, op. diss. ECER, p. 253 (non ultra petita) ; Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, Rec. 1950, op. indiv. READ, p. 167 (terminaison des rapports juridiques) ; Pêcheries, arrêt, Rec. 1951, op. indiv. ALVAREZ, p. 147 (considérations générales) ; Anglo-Iranian Oil C°, arrêt, Rec. 1958, op. diss. LEVI CARNEIRO, p. 61 (expropriation) ; Nottebohm, deuxième phase, arrêt, Rec. 1955, op. diss. READ (abus de droit) ; *ibid.*, op. diss. GUGGENHEIM, p. 60 (absence de principe général) ; Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain, avis consultatif, Rec. 1955, op. indiv. LAUTERPACHT, pp. 104-105 (nemo iudex in re sua) ; Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, Rec. 1958, op. individ. MORENO QUINTANA, p. 107 (ordre public) ; Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, Rec. 1960, op. individ. WELLINGTON KOO, pp. 66-67 (conciliation de deux droits contradictoires) ; *ibid.*, op. diss. MORENO QUINTANA, pp. 89-90 (considérations générales) ; Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, Rec. 1969, op. individ. PADILLA NERVO, pp. 88-89 (les principes constituent le "droit naturel des nations") ; *ibid.*, op. diss. TANAKA, p. 195 (principe de l'équidistance) ; Barcelona Traction Light and Power Cy. Ltd., deuxième phase, arrêt, Rec. 1970, op. individ. AMMOUN, p. 287 (considérations générales) ; p. 301 (protection des diplomates - doutes sur l'existence d'un principe) ; p. 333 (équité) ; *ibid.*, op. individ. TANAKA, p. 156 (séparation des pouvoirs) ; Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, Rec. 1971, op. individ. DILLARD, p. 157 (utilisation du contexte pour l'interprétation d'un texte).

Un certain nombre de ces opinions méritent cependant une mention particulière, car leurs auteurs en profitent pour élaborer de véritables théories des principes généraux sur lesquels on aura l'occasion de revenir souvent dans la suite de ce travail. C'est en particulier le cas de l'opinion individuelle de Lord McNAIR a propos du premier avis consultatif consacré au Sud-Ouest africain : avant des développements consacrés à la transposition de la notion de trust , le célèbre juriste indique dans quelles mesures de telles analogies sont possibles en droit international :

" Le droit international a emprunté et continue à emprunter à des
 " systèmes de droit privé un grand nombre de ses règles et de ses
 " institutions. L'article 38-1 (c) du Statut de la Cour témoigne que
 " cette méthode est toujours en usage et l'on observera que cet ar-
 " ticle autorise la Cour à appliquer ... " c. les principes généraux
 " de droit reconnus par les nations civilisées ". Quand le droit in-
 " ternational puise à cette source, ce n'est pas en important des
 " institutions de droit privé, "en bloc, toutes faites et complètement
 " équipées" un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier
 " pareille méthode avec l'application "des principes généraux de
 " droit". A mon avis, la juste conception de la mission des tribu-
 " naux internationaux, en cette occurrence, consiste à considérer
 " comme une indication de la ligne de conduite à suivre et des prin-
 " cipes à appliquer les caractéristiques et la terminologie qui rap-
 " pellent les règles et institutions du droit privé, plutôt que d'im-
 " porter directement ces règles et ces institutions " (185).

Dans l'affaire de la Tutelle des mineurs, LAUTERPACHT développe des considérations de ce genre à propos de la notion d'ordre public (186). Dans son opinion individuelle à propos de l'affaire du Plateau continental, M. AMMOUN, tout en contestant longuement l'expression "nations civilisées", aboutit à une définition très comparable ; au sujet des principes de l'article 38 du Statut, il écrit :

" C'est le principe sous-jacent commun aux règles nationales sous
 " toutes les latitudes qui explique et justifie leur annexion au droit
 " international public. Aussi, les principes généraux du droit,
 " quand ils synthétisent et condensent le droit in foro domestico des
 " nations - de l'ensemble des nations - paraissent-ils plus proches
 " que les autres sources du droit de la morale internationale " (187).

(185) Statut International du Sud-Ouest africain, Rec. 1950, p. 148.

(186) Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, Rec. 1958, op. individ., p. 92s.

(187) Plateau continental de la mer du Nord, Rec. 1969, pp. 135-136 ; v. pp. 133 à 137.

Mais d'autres juges semblent avoir des idées plus floues (ou, si l'on préfère, moins restrictives) sur la nature juridique des principes généraux de droit. M. TANAKA estime que la disposition de l'article 38-1 (c) "est libellée de façon très large et très vague ; le sens n'en est pas clair. Elle se prête à de multiples interprétations qui vont de la plus étroite à la plus libérale" (188) et il penche, semble-t-il pour cette dernière. Quant au juge FERNANDES, il reste dans l'expectative en écrivant :

" Quelle que soit la position doctrinale qu'on prenne à l'égard de
 " ces principes, qu'on les considère comme des émanations du droit
 " naturel ou comme des règles coutumières, ou comme des principes
 " constitutionnels de la Communauté juridique internationale ou com-
 " me des principes déduits directement de l'idée du droit, ou comme
 " des principes consentis par les Etats du fait même qu'ils sont
 " d'une Communauté juridique, quelle que soit, dis-je, la
 " position de chacun à l'égard de l'origine et du fondement de ces
 " principes, tout le monde est d'accord pour accepter leur existence
 " et leur application comme source du droit positif " (189).

Par ailleurs, comme les parties, comme la Cour elle-même, les juges individuels ou dissidents, sans utiliser l'expression de l'article 38-1 (c), se servent de formules voisines et certains développent également à cette occasion des considérations théoriques sur les principes généraux de droit. Ainsi, par exemple, Sir Gérald FITZMAURICE a saisi à plusieurs reprises l'occasion d'exprimer ses vues personnelles sur ce qu'il appelle tantôt "le droit en général" (190), tantôt "un principe général de droit" (190), tantôt "un principe général de droit universellement reconnu" (191), tantôt enfin "des principes du droit des contrats" (192) ou "un principe juridique incontestable" (192). D'autres juges ont parlé des "règles généralement admises de droit international privé" (193), des "principes

(188) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 294 ; v. pp. 294 à 304.

(189) Droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt, Rec. 1960, op. diss., pp. 136-137, v. pp. 136 à 140.

(190) Temple de Préah Vihear, fond, arrêt, Rec. 1962, op. individ. Sir Gérald FITZMAURICE, pp. 57-62 ; "droit en général", p. 58 ; "principe général de droit", p. 61.

(191) Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, Rec. 1962, op. diss. commune de Sir Percy SPENDER et Sir Gérald FITZMAURICE, p. 510.

(192) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud au Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, Rec. 1971, op. diss. Sir Gérald FITZMAURICE, p. 222 et 264.

(193) Certains emprunts norvégiens, arrêt, Rec. 1957, op. individ. BADAWI, p. 74.

généraux du droit élaborés en droit interne" (194), de "notions courantes en droit international privé" (195), du "principe général de tout droit" (196), de "principes de droit" sans autre précision (197), de "principes du droit" (198) ou bien encore de "principes généraux en matière de nationalité" (199).

Il n'est pas rare non plus que les opinions individuelles ou dissidentes appliquent en fait des normes que l'on peut considérer comme des principes généraux de droit au sens donné plus haut (voir l'Introduction) à cette expression. Parmi de nombreux cas, on peut citer l'estoppel (200), divers principes d'organisation et de procédure judiciaires (201), la notion de novation (202) ou celle de faute comme fondement de la responsabilité (203) qui sont tous présentés par les juges comme issus des droits internes. Il est vrai que parfois les juges ont expressément repoussé l'application d'un principe issu du droit interne ou émis des doutes sur son existence (204).

Il apparaît donc clairement que les opinions dissidentes ou individuelles ont fait plus volontiers que les arrêts et avis de la Cour

(194) Ibid., op. individ. Sir Hersch LAUTERPACHT, p. 57.

(195) Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, Rec. 1958, op. individ. de BADAWI, p. 74.

(196) Effet de jugements du T. A. N. U. accordant indemnité, avis consultatif, Rec. 1954, op. individ. WINIARSKI : "C'est une application naturelle et inévitable du principe général de tout droit : non seulement un arrêt, mais aucun acte ne peut produire d'effets légaux s'il est juridiquement nul" (p. 65).

(197) Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, Rec. 1962, op. individ. ALFARO, p. 39 ; Demande de réformation du jugement n° 158 du T. A. N. U., avis consultatif, Rec. 1973, op. diss. DE CASTRO (p. 289 et 291).

(198) Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, Rec. 1960, déclaration BASDEVANT, p. 49.

(199) Nottebohm, deuxième phase, arrêt, Rec. 1955, op. diss. GUGGENHEIM, p. 56.

(200) Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, Rec. 1962, op. individ. Sir Gerald FITZMAURICE, p. 57s et Sir Percy SPENDER, pp. 130-131.

(201) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, Rec. 1966, op. diss. KORETSKY, p. 239s. (intérêt pour agir et autorité de la chose jugée) ; Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, Rec. 1971, op. individ. DE CASTRO, p. 181 (principe de juridicité) ; Demande de réformation du jugement n° 158 du T. A. N. U., avis consultatif, Rec. 1973, op. diss. AMMOUN, p. 247s.

(202) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, Rec. 1971, op. diss. Sir Gerald FITZMAURICE, p. 253.

(203) Détroit de Corfou, fond, Rec. 1949, op. diss. KRYLOV, p. 71 (avec des nuances).

(204) V. Nottebohm, deuxième phase, arrêt, Rec. 1955, op. diss. READ, p. 37 (principes généraux en matière de nationalité) ou Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, Rec. 1966, op. diss. Van WYK, p. 170 (principe de non-discrimination), etc...

application des principes généraux de droit mentionnés à l'article 38-1 (c) et cette tendance est beaucoup plus nette parmi les juges de la Cour actuelle que parmi ceux de la C. P. J. I. On peut également constater que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, il n'y a guère de différence entre les juges quelle que soit leur formation. En particulier, les juges issus des pays de l'Est n'ont pas hésité, lorsque cela leur a paru utile, à faire référence aux principes généraux de droit quelle que soit la dénomination qu'il leur donne (voir notes n° 184, 196, 201, 203) ; tout au plus peut-on dire que les juges anglais semblent avoir plus que leurs collègues une certaine prédisposition à fonder leurs raisonnements sur les principes de l'article 38, mais la même chose pourrait être dite de certains juges pris isolément (notamment MM. AMMOUN et TANAKA).

Cette longue description de la pratique suivie par la Cour de La Haye était nécessaire. D'une part, en effet, sa jurisprudence a toujours eu une grande portée en droit international et il s'agit sans aucun doute de la juridiction la plus importante du droit des gens ; d'autre part, cette étude permet de constater que cette jurisprudence n'est pas un bloc monolithique (les opinions dissidentes et individuelles sont plus riches en référence à l'article 38-1 (c) que les décisions de la Cour elle-même, et celles de la Cour actuelle le sont plus que celles de la Cour Permanente), et de nuancer certaines idées généralement reçues.

Si les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" n'ont pas toujours justifié les espoirs que certains auteurs ont placé en eux (205), il n'en reste pas moins qu'il ne faut pas exagérer la méfiance de la Cour mondiale à leur égard. Une ambiguïté demeure

(205) Dans Private Law Sources . . . , préc., LAUTERPACHT a écrit, en 1927, à propos de l'article 38-3 du Statut de la C.P.J.I. : "There lies the outstanding and, to a certain extent, revolutionary contribution made by the Statute to International Law as a whole" ("En cela réside l'extraordinaire et, dans une certaine mesure révolutionnaire, contribution apportée par le Statut au droit international dans son ensemble"), p. VIII ; et, vingt-six ans plus tard, le professeur Georg SCHWARZENBERGER, préfaçant l'ouvrage du Dr. Bin CHENG, Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, préc., explique que les auteurs du Statut en mentionnant les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" ont notamment "... 5) reduced to silence the prophecies of gloom who assumed that, one day international adjudication would founder on the rock of non liquet" ("... 5) réduit au silence les prophètes de malheur qui tenaient pour établi qu'un jour la fonction juridictionnelle internationale s'embourberait dans les sables du non liquet"), p. XI.

cependant : dans la mesure où ses décisions n'ont jamais visé expressément l'article 38-1 (c), sinon pour en écarter l'application (voir supra), on peut se demander si ce sont réellement ces principes que la Cour a en vue dans les exemples cités ; force est de reconnaître que, bien souvent, la rédaction des arrêts et avis ne permet guère de déterminer s'il s'agit de principes déduits des droits internes ou de principes du droit international général, on peut cependant penser raisonnablement que, sur le nombre, certains sont bien des principes généraux de droit au sens donné dans l'Introduction de cette étude à cette formule (206). Mais, si la Cour a fait application de l'article 38-1 (c) c'est, il convient de le souligner à nouveau toujours de façon détournée et indirecte ; jamais un arrêt ou un avis n'a dit expressément : " en application de cette disposition, la Cour estime que ... " ou bien " selon le principe général de droit reconnu par les nations civilisées ... " .

En définitive, il semble sage de se rallier à la conclusion modérée et circonspecte de M. C. Wilfred JENKS qui, tentant d'évaluer de façon globale la jurisprudence de la Cour, en ce qui concerne les principes généraux de droit, résume ainsi ses impressions :

" The practice of the Court in the matter is (...) distinctly, and
 " perhaps understandably, conservative. The Court is frequently
 " reluctant to rely on a general principle of law if the question at
 " issue can be disposed of on some other basis. The general prin-
 " ciples which it most readily invokes are, naturally enough the
 " most general and most self-evident. A principle which requires
 " exposition or argument is much less likely to appear in a decision
 " of the Court than one which can be expressed in a maxim, and is
 " more apt to find a place in individual or dissenting opinions.

" The Court has nevertheless shown a corresponding measure of
 " caution in rejecting suggested principles or analogies ; it has
 " normally based such rejection on the their inapplicability to the
 " matter for the purposes of the particular case, and has refrained
 " from accepting contentions that particular principles or analogies

(206) En ce sens, v. Geza HERCZEGH, General Principles of Law and International Legal Order, préc., p. 31.

" are inapplicable in international law. In this manner it has fully reserved the possibility of more vigorous development in the future " (207).

B. Essais d'explication de la relative prudence des juges de La Haye.

On peut donc se demander pourquoi la Cour mondiale n'a pas fait un plus large usage des principes généraux de droit qui auraient pu constituer un excellent outil de développement et d'affinement du droit international, pourquoi en définitive, et bien qu'il ne faille pas exagérer dans ce sens, elle a hésité davantage que les tribunaux qui l'avaient précédée, ou même qui ont fonctionné en même temps qu'elle, à fonder ses décisions sur eux, malgré l'invitation de son Statut. Aucune réponse n'est sans doute décisive, mais plusieurs arguments comportent vraisemblablement une part de vérité et leur combinaison fournit une explication plausible de l'attitude de la Cour.

D'une part, le texte même de l'article 38-1 (c) a pu effrayer la juridiction mondiale par son caractère extrêmement permissif. Cet aspect a été bien mis en lumière par LAUTERPACHT : " The very

(207) "La pratique de la Cour en la matière(...) est indéniablement et, peut-être est-ce compréhensible, conservatrice. La Cour est souvent peu disposée à s'appuyer sur un principe général de droit si le problème en cause peut être résolu sur une autre base. Les principes généraux qu'elle invoque le plus volontiers sont, ce qui est assez naturel, les plus généraux et les plus évidents. Un principe qui exige développements et démonstration a moins de chances de figurer dans une décision de la Cour, qu'un autre qui peut se réduire à une maxime, mais peut trouver place dans une opinion individuelle ou dissidente."

"La Cour a montré une égale prudence en écartant des principes ou des analogies évoquées (par les parties); elle a, en général, fondé une telle attitude négative sur leur non-applicabilité aux faits de l'espèce, ou en décidant qu'il n'était pas nécessaire de les examiner dans tel ou tel cas mais elle a évité de se rallier aux affirmations selon lesquelles un principe ou une analogie donnés sont inapplicables en droit international. De cette manière, elle a préservé entièrement la possibilité d'un développement plus vigoureux à l'avenir.", Prospects of International Adjudication, préc., p. 305.

comprehensiveness of the power inherent in the authorisation to resort to "general principles of law" has counselled moderation in its use" (208). De plus, l'ambiguïté, déjà amplement soulignée, de la rédaction de cette disposition a pu arrêter la Cour : on trouve un bon exemple de la multiplicité des interprétations auxquelles celle-ci peut donner lieu dans l'étude des argumentations des parties (voir supra A, 1) et des opinions individuelles et dissidentes (A, 3), dans lesquelles les agents et conseils des Etats, d'une part, et les juges pris individuellement, d'autre part, ont souvent exposé de véritables théories générales sur la nature juridique des principes, théories dont l'hétérogénéité est très remarquable. Ceci constitue sans doute une raison de plus de la timidité de la Cour.

D'autre part, il ne faut pas oublier que la C. P. J. I. est née et s'est développée dans une période de positivisme triomphant et, jusqu'à une période récente, il en a été de même pour la C. I. J. Or, comme l'a écrit LAUTERPACHT :

" The chief postulate of the positivist school can be expressed in one word : self-sufficiency. It rejects the taking over of rules and precepts from sources other than international customs or treaties " (209).

Et même les règles d'origine coutumière ont été, dans toute la mesure du possible, laissées de côté par les juges de La Haye. " Une certaine méfiance au sujet de toutes les formes d'engagement des Etats et une préférence en faveur du droit conventionnel semblent imprégner l'ensemble des analyses de la Cour " (210). Un indice semble confirmer cette affirmation : la Cour actuelle a davantage utilisé les principes généraux que la précédente, et elle l'a fait surtout dans la période récente où l'on assiste sans aucun doute à un affaiblissement de l'école positiviste traditionnelle (211). Il est vrai que des juges positivistes (ANZILOTTI et les

(208) "La très grande portée du pouvoir découlant de l'autorisation de recourir aux "principes généraux de droit" a imposé d'en faire un usage modéré", Sir Hersch LAUTERPACHT, The Development of International Law by the International Court, préc., p. 166.

(209) "Le postulat fondamental de l'école positiviste peut être exprimé par un seul mot : auto-suffisance. Elle rejette l'emprunt de règles et de préceptes à des sources autres que la coutume et les traités", Sir Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources . . ., préc., p. 7.

(210) Jack LANG, Le plateau continental de la mer du Nord, arrêt de la Cour Internationale de Justice, 20 février 1969, Bibliothèque de Droit International, tome LVIII, L. G. D. J., Paris, 1970, p. 159.

(211) V. notamment Paul de LAPRADELLE, "Sur quelques résurgences du droit naturel", Mél. TROTABAS, L. G. D. J., Paris, 1970, pp. 317-335.

juges des pays de l'Est notamment) ont eu parfois recours aux principes de l'article 38, mais ils semblent avoir utilisé cette disposition plutôt comme un "bouclier" leur permettant de conserver leurs positions théoriques tout en s'appuyant sur des normes non expressément acceptées par les Etats : le Statut ne constitue-t-il pas un traité inter-étatique ? (212)

Le recours aux principes généraux est d'autant plus facilement évité par la Cour que celle-ci a, en général, été saisie de questions de droit international qu'on pourrait qualifier de "classiques" : la plupart du temps il s'agissait de problèmes purement inter-étatiques dont la solution pouvait être assez aisément trouvée dans des textes conventionnels ou, à défaut, dans des règles coutumières (213). Il est d'ailleurs très remarquable que ce soit dans les affaires qui se situent dans les zones les plus éloignées de ce "noyau" central que la Cour mondiale a le plus eu recours à des analogies avec des normes de droit interne. C'est en particulier le cas pour les trois avis rendus à propos du Tribunal Administratif des Nations Unies et du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail (214).

Mais c'est sans doute dans des raisons de politique jurisprudentielle qu'il faut chercher le facteur le plus important de la méfiance de la Cour à l'égard d'une application franche et avouée des principes de l'article 38-1 (c). Son existence, liée organiquement à celle des Nations Unies ne paraît certes pas menacée, mais son activité, par contre, l'est bien davantage, et périodiquement, les auteurs, les Etats, les organismes internationaux, s'interrogent sur la répugnance qu'ont les parties à un différend, ou les organes des organisations inter-gouvernementales, à la saisir (215). Sa compétence est facultative et elle ne veut pas prendre

(212) Sur ce point, voir *infra*, 3^{ème} partie, titre I, chap. 2, section 1.

(213) En ce sens, v. Wolfgang FRIEDMANN, The Changing Structure of International Law, Stevens, Londres, 1964, p. 189.

(214) Sous une forme un peu différente cette idée est développée *infra*, titre II, chap. 1, section 2.

(215) Parmi la littérature récente consacrée à ce sujet, v. notamment : Forest GRIEVES, "Reform of the method of rendering decisions in the International Court of Justice", A.J.I.L., 1970, n° 1, pp. 144-152 ; André GROS, "A propos de cinquante années de justice internationale", R.G.D.I.P., 1972, n° 1, pp. 5-11 ; Léo GROSS, "Review of the Rôle of the International Court of Justice", A.J.I.L., 1972, n° 3, pp. 479-490 ; Olivier DELEAU, "L'examen du rôle de la Cour Internationale de Justice par l'Assemblée Générale des Nations Unies", A.F.D.I., 1970, pp. 329-337. V. aussi l'Introduction au rapport du Secrétaire Général des Nations Unies, 1970 (A/8001/Add. 1), les discussions de la Sixième Commission (A/C 6/5 R 1211 et A/85 68) et l'analyse des réponses par les gouvernements au questionnaire des Nations Unies, adressé à la suite de la résolution 2723 (XXV) du 15 décembre 1970 de l'Assemblée Générale (A/8967).

le risque de décourager les Etats par des décisions déroutantes pour eux qui seraient fondées sur des principes jusqu'alors non utilisés en droit international public (216). Cette attitude est peut-être critiquable et l'on peut penser qu'au contraire, des arrêts et avis qui seraient fermement fondés sur une utilisation rigoureuse de la "troisième source" de l'article 38, renforceraient davantage le prestige de la Cour que des extrapolations discutables à partir de règles conventionnelles et coutumières ; bien qu'elle recoure de plus en plus souvent et ouvertement, aux principes généraux de droit, ce ne semble pas être l'opinion de la Haute Juridiction.

Quoi qu'il en soit, "il y a, semble-t-il, quelque danger à se cantonner pour définir des "principes" à une approche purement contentieuse et à gloser sur un alinéa de l'article 38 du Statut de la Cour. La réalité internationale ne se limite pas à quelques décisions de jurisprudence ou à l'intervention d'une juridiction dont les arrêts sont peu nombreux (217). Aussi semble-t-il nécessaire de terminer cette étude descriptive par un bref survol de la pratique internationale postérieure à 1920, exception faite de la jurisprudence de la Cour mondiale.

Paragr. 2 . L'application des "principes" en dehors de la Cour de La Haye.

S'il a paru utile de recenser de manière aussi complète que possible l'utilisation qui a été faite des principes généraux antérieurement à la création de la Cour de La Haye étant donné le caractère parcellaire

(216) En ce sens, v. Wolfgang FRIEDMANN, op. cit., note n° 213, p. 188s. et "The Uses of "General Principles" in the Development of International Law", A. J. I. L., 1963, n° 2, p. 281.

(217) Claude-Albert COLLIARD, "A propos du "Droit International Public" de Charles ROUSSEAU", R. G. D. I. P., 1971, p. 351.

des études déjà effectuées sur ce sujet, il semble possible de s'en tenir ici à une étude plus superficielle et axée sur un problème spécifique: l'influence que l'apparition de l'article 38 du Statut a eue sur le recours fait par les Etats et tribunaux arbitraux internationaux aux principes généraux de droit. Pour le reste, il existe une littérature assez abondante et exhaustive (218) qui dispense d'y insister.

Très vite après l'élaboration du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, la clause concernant le droit applicable de l'article 38 fut reprise dans un très grand nombre de traités d'arbitrage. Le premier en date fut celui signé entre la Suisse et l'Allemagne le 3 décembre 1921 ; son article 5 dispose :

- " Le Tribunal applique :
- " Premièrement : Les conventions en vigueur entre les parties, soit
- " générales, soit spéciales et les règles de droit qui en découlent
- " Deuxièmement : La coutume internationale comme preuve d'une
- " pratique générale acceptée comme étant le droit ;
- " Troisièmement : Les principes généraux de droit reconnus par les
- " nations civilisées.
- " Si dans un cas donné les bases juridiques énoncées ci-dessus ac-
- " cusent des lacunes, le Tribunal prononce selon les principes juri-
- " diques qui, à son avis, devraient faire règle en droit international.
- " Il s'inspire, à cet effet, des solutions consacrées par la doctri-
- " ne et la jurisprudence.
- " Si les parties y consentent, le Tribunal peut, au lieu d'étayer sa
- " sentence sur des principes juridiques, statuer d'après des consi-
- " dérations tirées de l'équité".

Cette disposition, dont il sera de nouveau fait mention plus loin, est extrêmement intéressante, et sa confrontation avec le texte de l'article 38 du Statut de la Cour est riche d'enseignements. De façon plus nette que celui-ci, l'article 5 du traité germano-suisse marque bien la différence entre plusieurs catégories de principes : il vise d'abord "les

(218) V. surtout Bin CHENG, General Principles of Law ..., préc., passim ; C. Wilfred JENKS, The Prospects of International Adjudication, préc., chapitre 6, pp. 266-315 ; Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc. (jusqu'en 1933) ; Alfred Von VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", préc., chap. IV, pp. 230-238 (jusqu'en 1935) ; voir aussi la monographie de Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN "General Principles of Law as applied by the Conciliation Commissions established under the Peace Treaty with Italy, of 1947", A. J. I. L., 1959, pp. 853-872. Pour des aspects particuliers de l'utilisation des principes (droit des organisations internationales, droit communautaire, droit applicable aux relations entre Etats et grandes sociétés privées étrangères), v. infra, titre II, chap. 2.

règles de droit" découlant des conventions en vigueur ; il s'agit là, en fait, des principes généraux du droit international, normes issues d'un processus de généralisation et d'abstraction des règles conventionnelles, de nouveau concrétisées dans un cas d'espèce. L'alinéa 3 est la copie exacte du paragraphe 3 de l'article 38 du Statut, mais il est suivi d'une disposition qui l'éclaire utilement : alors que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" apparaissent ici nettement comme des règles de droit positif, les signataires du Traité ont admis en outre, sur le modèle de l'article 1^{er} du code civil suisse, que d'autres règles de droit pouvaient être nécessaires et qu'il convenait d'inviter les arbitres à les créer en "s'inspirant" de la doctrine et de la jurisprudence, mais il s'agit toujours de principes JURIDIQUES puisque le dernier alinéa seulement autorise le Tribunal à statuer en équité si les parties y consentent. On peut donc distinguer ici quatre catégories de principes :

- . les principes généraux du droit international (alinéa 1) ;
- . les principes généraux de droit (reconnus par les nations civilisées) (alinéa 3) ;
- . les principes juridiques créés par le juge en l'absence de règles positives (alinéa 4) ;
- . les principes d'équité (alinéa 5).

Cet effort de précision de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye ne se retrouve pas dans tous les traités qui s'en inspirent et qui, en règle générale, se contentent d'en reprendre les termes mêmes (parfois en omettant le dernier paragraphe). De telles clauses sont extrêmement nombreuses (219).

Certains traités importants renvoient aussi expressément à l'article 38 du Statut. Ainsi, l'article 5 du Pacte de la Petite Entente dispose :

(219) Allemagne-Suède, 29 août 1924, article 5 ; Allemagne-Finlande, 14 mars 1925, article 5 ; Pologne-Tchécoslovaquie, 23 avril 1925, article 19 ; Allemagne-Estonie, 10 août 1925, article 5 ; Danemark-Suède, 14 janvier 1926, article 2 ; Danemark-Norvège, 15 janvier 1926, article 2 ; Finlande-Norvège, 3 février 1926, article 2 (Traité d'Eiseneur) ; Allemagne-Pays-Bas, 20 mai 1926, article 4 ; Allemagne-Danemark, 2 juin 1926, article 4 ; Pologne-Yougoslavie, 18 septembre 1926, article 19 ; Pologne-Norvège, 9 décembre 1929, article 6 ... Cette liste n'est pas exhaustive.

" Dans le silence du compromis quant aux règles de fond à appliquer
 " par les arbitres, le Tribunal appliquera les règles de fond énumé-
 " rées dans l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice
 " Internationale".

De même, l'article 28 de l'Acte Général d'Arbitrage (chapitre 2, "du règlement arbitral") du 26 septembre 1929 stipule que :

" Dans le silence du compromis, ou à défaut de compromis, le Tri-
 " bunal appliquera les règles de fond énumérées dans l'article 38 du
 " Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. En tant
 " qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables aux différends,
 " le Tribunal jugera ex aequo et bono".

D'autres fois, les rédacteurs des conventions préparées à cette époque, se contentent de renvoyer aux "principes généraux du droit" sans autre précision (par exemple, l'article 2 du projet de convention sur la responsabilité des Etats élaboré par la troisième conférence pour la codification du droit international (La Haye), 1930) selon lequel les obligations internationales existent "en vertu du droit conventionnel ou coutumier ainsi que des principes généraux du droit" (220).

Cette période d'engouement pour l'article 38 du Statut de la Cour mondiale prend fin au début des années 1930. On trouve cependant encore dans certains textes postérieurs des références expresses à cette disposition, mais elles se font beaucoup plus rares (221). Néanmoins, le modèle de règles sur la procédure arbitrale adopté en 1958 par la Commission du Droit International, après le rejet en 1955 de son projet de convention par l'Assemblée Générale des Nations Unies reprend en son article 10 l'énumération des sources de l'article 38 du Statut et mentionne notamment (paragraphe 1, alinéa c) les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (222). Par ailleurs, l'article 7 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme utilise également l'expression :

(220) S. d. N., Actes de la Conférence, Séances des Commissions, vol. IV (1930), p. 161 et 235. V. aussi la Convention de Paris du 21 avril 1921 (Allemagne-Pologne-Dantzig), article 11, paragr. 2 ; Traité de conciliation et d'arbitrage conclu entre la Finlande et la Suède le 29 janvier 1926 (article 2) ; Traité d'arbitrage entre la France et les Etats-Unis du 6 février 1928 (article II).

(221) V. cependant l'article 2 de la Convention de Bruxelles du 5 mai 1936 entre la France et la Bulgarie (affaire de l'interprétation de l'affaire Tardieu-Jaspar ; sentence rendue par S. LIMBOURG le 1^{er} mars 1937, R.S.A.N.U. III, p. 170 s).

(222) De même la Convention d'arbitrage modèle adoptée par l'Assemblée de la S.d.N. le 16 septembre 1928 (article 31) renvoyait en ce qui concerne le droit applicable à l'article 38 du Statut de la Cour Permanente.

- " 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui
 " au moment où elle a été commise, ne constituait pas une in-
 " fraction d'après le droit national ou international. De même,
 " il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était appli-
 " cable au moment où l'infraction a été commise.
- " 2. Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la pu-
 " nition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission
 " qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après
 " les principes généraux de droit reconnus par les nations civi-
 " lisées ".

Il ne s'agit pas ici d'une clause générale relative au droit applicable par les organes de la Convention mais d'une simple précision apportée à l'un de ses articles.

Il serait faux cependant de conclure des considérations qui précèdent que l'article 38 du Statut n'a eu d'influence véritable qu'en tant que modèle de clause relative au droit applicable pour les traités d'arbitrage conclus entre 1920 et 1930. En effet, même en l'absence de renvoi exprès, les tribunaux arbitraux établis postérieurement à 1920 n'ont pas hésité à recourir largement aux principes généraux de droit.

Les Tribunaux Arbitraux Mixtes en particulier ont eu fréquemment recours aux principes et la Commission Mixte de Réclamation entre les Etats-Unis et l'Allemagne (qui faisait fonction de Tribunal Arbitral Mixte) a, dans sa deuxième décision administrative, décidé que :

- " In its adjudication the Commission will be controlled by the
 " terms of the Treaty of Berlin (Traité du 10 août 1922 créant la
 " Commission) where no applicable provision is found in that
 " instrument, in determining the measure of damages, the Com-
 " mission may apply :
- " a). International conventions, whether general or particular as
 " establishing rules expressly recognized by the United States
 " and Germany ;
- " b). International custom as evidence of a general practice
 " accepted as law ;
- " c). Rules of law common to the United States and Germany
 " established by either statutes or judicial decisions ;
- " d). The general principles of law recognized by civilized
 " nations ;
- " e). Judicial decisions and the teachings of the most highly
 " qualified publicists of all nations, as subsidiary means
 " for the determination of rules of law ; but

- " f). The Commission will not be bound by any particular code or
 " rules of law but shall be guided by justice, equity and good
 " faith " (223).

La référence à l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. est évidente, mais il est intéressant de noter qu'outre les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, cette décision accorde une place à part aux principes communs aux deux Etats parties (voir infra, 2ème partie, titre I, chapitre 1, section 3). A plusieurs reprises la Commission américano-allemande a fait application des principes visés aux alinéas c et d de cette décision administrative. Deux exemples sont particulièrement remarquables par la clarté des termes employés ; dans l'affaire des assurances-vie, l'Umpire PARKER a noté :

- " There are few classes of losses which have been more generally
 " recognized by all civilized nations as a basis for the recovery of
 " pecuniary damages than that of losses sustained by surviving
 " dependants for injuries resulting in death. The draftsmen of the
 " Treaty of Versailles in putting claims of this class first on the list
 " of ten categories enumerating those for which compensation may
 " be claimed from Germany adopted a rule long recognized by civi-
 " lized nations " (224).

-
- (223) "Dans ses décisions la Commission sera guidée par les termes du Traité de Berlin. Lorsqu'aucune règle applicable ne sera trouvée dans cet instrument, pour fixer le montant des dommages, la Commission pourra appliquer :
- a). les conventions internationales, soit générales, soit spéciales établissant des règles expressément reconnues par les Etats-Unis et l'Allemagne ;
 - b). la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
 - c). les règles de droit communes aux Etats-Unis et à l'Allemagne établies soit par la loi, soit par les décisions judiciaires ;
 - d). les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
 - e). les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés de toutes les nations, comme moyens auxiliaires de déterminer des règles de droit ; mais
 - f). la Commission ne sera pas liée par un code ou une règle juridique particulière mais sera guidée par la justice, l'équité, et la bonne foi."
- 1^{er} novembre 1923, R.S.A.N.U., VII, pp. 25-26. Une note fait référence en premier lieu à l'article 38 du Statut C.P.J.I., à des opinions doctrinales et à quelques arbitrages antérieurs.
- (224) "Peu de catégories de dommages ont été plus généralement reconnues par les nations civilisées comme fondements d'une demande de réparation pécuniaire que les pertes éprouvées par les personnes à charge survivantes en cas de dommages dus à la mort. Les rédacteurs du Traité de Versailles en mentionnant les réclamations de ce genre en premier lieu sur la liste des dix catégories pour lesquelles une indemnisation peut être réclamée à l'Allemagne ont adopté une règle reconnue depuis longtemps par les nations civilisées"; Providence Mutual Life Insurance Cy. and others (U.S.) v. Germany, 18 septembre 1924, R.S.A.N.U., VII, p. 115 (allusion au paragraphe 1, annexe 1 à la section 1 de la partie VIII du Traité de Versailles - la sentence s'appuie sur des décisions internationales, le Code Civil Allemand, le droit américain).

Dans l'affaire du sabotage, le commissaire allemand KEISSELBACH a estimé que : "if there exist principles of legal nature common to all or the largest part of civilized nations " (225), le principe de non-rétroactivité des lois en est le type même.

Les autres T. A. M. n'ont pas, en général, précisé quel droit ils appliquaient (226) ; on peut cependant noter au moins une exception constituée par la décision rendue par le Tribunal gréco-bulgare dans l'affaire Sarropoulos :

" Le droit international positif n'a pas encore établi de règles pré-
 " cises généralement adoptées ni sur le principe ni sur la durée de
 " la prescription (...). La prescription apparaît cependant comme
 " une règle de droit positive admise par toutes les législations ;
 " elle n'est que l'expression d'un grand principe de paix, qui est à
 " la base du droit commun de tous les systèmes civilisés (...).
 " La prescription, partie intégrante et nécessaire de tout système
 " de droit, mérite en droit international d'être admise " (227).

Le Président de ce Tribunal, LA BARRA, a du reste insisté sur la nécessité d'avoir recours aux principes généraux de droit dans ses observations relatives au rapport présenté par M. VERDROSS à l'Institut de Droit International sur "les principes généraux de droit comme source du droit des gens" :

" J'ai pu, écrit LA BARRA, constater ce besoin dans l'exercice
 " de mes fonctions de Président des Tribunaux Arbitraux Mixtes
 " franco-autrichien, gréco-bulgare, etc... Dans plusieurs sen-
 " tences rendues par ces Tribunaux, nous avons dû invoquer comme
 " base nécessaire de nos décisions, en plus des règles imposées
 " par les traités de paix et la coutume, certains principes généraux
 " de droit, afin de combler les lacunes que nous avons pu consta-
 " ter " (228).

D'autres tribunaux arbitraux établis durant la période de l'entre-deux guerres ont également fait application des principes généraux communs. C'est en particulier le cas des Commissions Mixtes

(225) "S'il existe des principes de nature juridique communs à l'ensemble ou à la plus grande partie des nations civilisées" ; *Lehigh Valley Railroad Cy. and others (U. S.) v. Germany*, 15 décembre 1933 ; R.S.A.N.U. VIII, p. 173.

(226) V. Rudolph BLÜDHORN, "Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les traités de Paris", R.C.A.D.I., 1932, III, n° 41, p. 194 s).

(227) *Sarropoulos c. Etat bulgare*, 14 février 1927, Rec. T.A.M. VII, p. 47.

(228) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1932, p. 317.

sud-américaines, notamment celles instituées entre la France et le Mexique (traité du 25 septembre 1924) (229) et entre les Etats-Unis et le Mexique (traité du 8 septembre 1923, prorogé par les conventions du 16 août 1927 et du 2 septembre 1929) (230). D'autres décisions arbitrales font également allusion aux principes généraux de droit. La sentence rendue dans l'affaire Goldenberg mérite à cet égard une mention spéciale car l'arbitre, Robert FRAZY, s'est exprimé sans aucune ambiguïté en précisant que la pratique habituelle des Cours d'arbitrage

" a toujours été basée, non seulement sur les normes écrites du
 " droit international, mais sur la coutume internationale, les prin-
 " cipes généraux reconnus par les nations civilisées et les décisions
 " judiciaires, envisagées comme moyens auxiliaires de déterminer
 " les règles de droit " (une note renvoie à l'"article 38 du Règlement
 (sic ...) de la Cour de La Haye dans lequel sont énumérées toutes
 ces sources du droit commun (231).

De même dans l'affaire de la responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité), le Tribunal, après avoir constaté que les articles pertinents du Traité de Versailles sont muets en ce qui concerne le droit applicable, estime qu'il ne peut s'agir que du droit des gens et qu'il convient par conséquent d'appliquer les sources énumérées par l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. (232). D'autres tribunaux ont également fait des références moins explicites mais certaines aux principes de l'article 38 (233).

(229) V. par exemple l'application de la règle lex posterior priori derogat présentée comme un "principe général de droit" (décision n° 1, Georges Pinson, 19 octobre 1928, R.S.A.N.U. V, p. 327) ou la décision administrative n° 23 du 24 juin 1929 rappelant "le principe général de droit suivant lequel personne ne saurait se prévaloir en sa faveur du non-accomplissement de ses obligations juridiques" (ibid., p. 560).

(230) "Un tribunal international doit, en matière de preuves, appliquer les principes raisonnables du droit interne", 8 octobre 1930, A.J.I.L., 1931, p. 375 (il est vrai que ce principe peut paraître contredit par d'autres sentences de la même Commission; en ce sens, v. Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., p. 387). Dans l'affaire William T. WAY (U.S.A.) c. Etats-Unis du Mexique, la Commission a estimé que certains Droits de l'Homme sont "reconnus par les droits des nations civilisées et également en droit international", 18 octobre 1928, R.S.A.N.U. IV, p. 400.

(231) Allemagne c. Roumanie, 27 septembre 1928, R.S.A.N.U. II, p. 909.

(232) Portugal c. Allemagne, 31 juillet 1928, R.S.A.N.U. II, p. 1016.

(233) V. par exemple l'affaire de l'Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Cy. Ltd., Royaume-Uni c. Etats-Unis, C.P.A., Président FROMAGEOT 9 novembre 1923, R.S.A.N.U. VI, pp. 114-115 (considérations générales);

Depuis la dernière guerre, il est plus difficile de trouver dans les sentences arbitrales de type classique (rendues entre des Etats, même s'ils prennent fait et cause pour leurs nationaux) des références directes aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; on peut cependant citer la sentence rendue par le Président CASSIN dans l'affaire des cargaisons déroutées, dans laquelle il est dit que les principes généraux d'interprétation des traités sont "en correspondance étroite avec les règles d'interprétation des contrats adoptés à l'intérieur des nations civilisées" (234) ou la sentence de la Cour Permanente d'Arbitrage (sous la présidence du professeur VERZIJL) qui mentionne le "prétendu principe général de droit de l'enrichissement sans cause" mais estime inutile de l'appliquer en l'espèce (235), ou celle enfin de la Reine d'Angleterre dans l'affaire de la frontière entre l'Argentine et le Chili qui fait application du principe d'estoppel (236).

Quant aux Commissions de Conciliation établies par le Traité de paix avec l'Italie, de 1947, elles ont, elles aussi, utilisé parfois des principes généraux de droit, mais seule la Commission franco-italienne dans l'affaire Bonnet-Piémontese a fait une référence expresse aux principes de l'article 38 du Statut de la Cour mondiale pour en écarter l'application en l'espèce (237). Cette même Commission a également mentionné le principe de la séparation des pouvoirs comme "généralement reconnu par les nations civilisées", mais, là encore, sans le répudier, elle a affirmé ne pouvoir en tirer la conséquence que l'on en fait parfois découler quant à l'irresponsabilité des Etats pour les actes de leurs tribunaux judiciaires (238). M. SEIDL-HOHENVELDERN qui a étudié tout

(233, suite) Sentence de Max HUBER dans l'affaire des biens britanniques au Maroc espagnol, Espagne c. Royaume-Uni, 1^o mai 1925, R.S.A.N.U. II, pp. 645-646 (responsabilité pour déni de justice) et p. 682 (obligations quasi-contractuelles) v. l'analyse de cette sentence par A. VERDROSS dans "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", préc., p. 234 s. ; v. aussi l'argumentation du commissaire aux revenus gagés (R.S.A.N.U. II, p. 768) (principes généraux du droit relatifs aux gages) dans l'affaire relative à l'interprétation de l'article II du Protocole de Londres du 9 août 1924 (réparations allemandes), Allemagne c. Commissaire aux revenus gagés ; la sentence rendue le 23 juin 1926 par le Comte F.A.C. Van LUDEN Van SANDENBURG évite de prendre parti sur ce point (Ibid., p. 773).

(234) Grèce c. Royaume-Uni, 10 juin 1955, R.S.A.N.U., vol. XII, p. 70.

(235) Affaire relative à la cession des phares de l'Empire Ottoman, France c. Grèce, 24-27 juillet 1956, R.S.A.N.U., XII, p. 241.

(236) 9 décembre 1966, R.S.A.N.U., XVI, p. 164 (transposition cependant prudente).

(237) 1^{er} décembre 1950, R.S.A.N.U., XII, p. 83.

(238) Affaire RIZZO, n^o 196, 7 décembre 1955, Rec. des décisions de la Commission fasc. 5. n. 260.

particulièrement ce problème (239) donne néanmoins un grand nombre d'exemples montrant que ces Commissions ont largement utilisé les principes généraux de droit.

Par ailleurs, l'accession de l'individu à la vie juridique internationale permet de constater une nouvelle "vague" dans l'application des principes généraux communs. Outre le droit communautaire, le droit appliqué par les tribunaux administratifs internationaux et le droit des contrats passés entre un Etat et une personne privée étrangère, qui seront examinés plus loin (voir note n° 218), il faut mentionner les décisions des tribunaux militaires internationaux et celles des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En ce qui concerne les jugements rendus par les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, on a contesté qu'ils soient fondés sur des principes généraux de droit (240). En réalité, on trouve tant dans les plaidoiries des avocats généraux que dans le texte même des jugements un essai de généralisation (parfois embarrassé) des règles pénales internes pour aboutir à des principes de caractère très général (241). Quant à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, elle est entièrement inspirée de l'idée de principes communs aux Etats démocratiques. Seul l'article 7 paragraphe 2 reprend l'expression de l'article 38 du Statut de la C. I. J. (voir supra) mais la Commission comme la Cour ont eu fréquemment l'occasion de faire application, de manière plus ou moins explicite, de principes généraux de droit (242).

(239) "General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions Established Under the Peace Treaty with Italy of 1947", préc.

(240) V. Marcel MERLE, Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre, Paris, Pédone, 1949, préface H. DONNEDIEU DE VABRES, XVI-186 p. Parfois cependant, pour appuyer sa démonstration l'auteur doit faire référence aux dispositions de droit pénal interne (cf. p. 82 pour expliquer la règle nulla poena sine lege - il est vrai que cette explication est laissée de côté par la suite).

(241) H. DONNEDIEU DE VABRES. "Le procès de Nuremberg devant les principes moderne du droit pénal international", R.C.A.D.I., 1947-I, n° 70, pp. 477-582, passim. (v. surtout les développements consacrés à l'idée de complot, p. 528s.)

(242) Voir par exemple les décisions de la Commission dans les affaires Retimag S.A. c. R.F.A. (req. n° 712/60) du 16 décembre 1961, sur la légalité des confiscations sans indemnités après une condamnation criminelle (Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1961, 381) et Mohammad Alam et Mohammed Khan, et Habhajan Singh c. Royaume-Uni (Req. n° 2991 et 2992/66) du 15 juillet 1967, sur la distinction entre "droits civils" et "droits publics" (Ibid. 1967, 493. V. aussi l'arrêt de la Cour dans l'affaire LAWLESS du 14 novembre 1960, sur le caractère contradictoire de la procédure judiciaire. Ibid. 1960-511 ; sur le principe de l'unité de la procédure, v. l'opinion dissidente de M. MARIDAKIS, Ibid., p. 523).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'importance de l'apparition de l'article 38-1 (c) du Statut n'est pas discutable en ce qui concerne les principes généraux de droit ; cependant, ce chapitre qui s'efforce à une description aussi objective que possible des circonstances de son élaboration et de son influence montre précisément qu'il ne faut pas exagérer celle-ci. La Cour elle-même a évité dans toute la mesure du possible de fonder la solution de ses arrêts sur cette disposition, et si l'on peut constater dans les opinions individuelles ou dissidentes une tendance assez nette à l'invoquer de plus en plus fréquemment, la C. I. J. plus hardie que la Cour Permanente reste méfiante vis à vis des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées".

Quant aux effets de l'adoption de l'article 38 sur la pratique extérieure à la Cour de La Haye, ils sont difficiles à évaluer. On peut dire cependant qu'après une période d'une dizaine d'années durant laquelle cette disposition a servi de modèle aux clauses concernant le droit applicable^à de nombreux traités d'arbitrage, il apparaît que, dans l'ensemble, les tribunaux établis ensuite ont à nouveau, comme leurs prédécesseurs de la fin du XIX^{ème} siècle et du début du XX^{ème}, appliqué les principes communs sans guère se préoccuper de leur origine. Cependant, on a un peu l'impression que l'article 38 se profile souvent en filigrane derrière ces décisions qui semblent admettre qu'il énumère les sources applicables par tous les tribunaux internationaux et même, de façon plus large, les sources du droit international (voir surtout l'affaire Goldenberg, et celle des dommages causés aux colonies portugaises, précitées). Et si, aujourd'hui, les tribunaux arbitraux traditionnels semblent fonder de moins en moins volontiers leurs sentences sur des principes généraux de droit commun (243), on peut penser que, en quelque sorte, la "relève" est prise par ces tribunaux d'un type nouveau où l'individu est présent de manière beaucoup plus effective. C'est là sans doute que les principes généraux trouveront désormais leur champ d'application le plus vaste.

(243) Pour un essai d'explication de ce phénomène, v. 3^{ème} partie, titre II, chap. 2.

CONCLUSION DU TITRE Ier

Jamais depuis ses origines, le droit international n'a pu se débarrasser de tout lien avec les droits internes et ces liens se traduisent de manière concrète par la généralisation, la persistance, et avec l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour mondiale, l'officialisation, de la notion de "principes généraux de droit". Et, à toutes les époques, avec une intensité variable, on peut constater que les auteurs, les juges, dans une certaine mesure les praticiens, ont été obligés de compléter ce droit toujours incomplet et lacunaire qu'est le droit des gens par des emprunts aux droits internes.

Si ce mouvement est net et peu discutable, il est cependant difficile de l'isoler clairement ; à côté des principes généraux de droit tels qu'ils sont définis dans l'Introduction de cette étude - des règles juridiques non écrites formant en quelque sorte le plus petit commun dénominateur des différents systèmes juridiques du monde - l'on rencontre fréquemment des expressions très voisines mais qui ne correspondent pas à cette idée ; il s'agit d'autres catégories de normes : les principes généraux du droit international avec lesquels les précédents ne doivent pas être confondus malgré le peu de soin que les juridictions et les arbitres internationaux mettent à distinguer les deux notions.

C'est pourquoi, il est nécessaire, après la constatation de l'utilisation généralisée des principes généraux de droit, de tenter de les classer en fonction des domaines dans lesquels ils interviennent.

Titre II

Les domaines d'intervention

Si l'on peut constater que les principes généraux communs ont été constamment utilisés aussi bien par les juridictions arbitrales que par la Cour Permanente ou la C. I. J., par les auteurs ou les Etats dans leurs relations entre eux, ceux-ci n'hésitant pas à en faire mention devant les organes arbitraux ou juridictionnels internationaux cette remarque doit être assortie de deux restrictions. D'une part, jusqu'à présent, seuls les aspects les plus classiques du droit international ont été évoqués : en particulier, toutes les sentences citées ont été rendues entre Etats même si, très souvent, ceux-ci par le biais de la protection diplomatique, ont pris fait et cause pour leurs nationaux.

D'autre part, la présentation essentiellement chronologique qui a été faite de l'utilisation des principes généraux permet de constater qu'il y a une sorte de diminution quantitative dans le recours aux principes (sauf, peut-être, au sein de la C. I. J.) et l'évolution décrite tend à prouver que le droit international, progressivement, a pris du champ par rapport aux droits internes, s'est, en quelque sorte, émancipé.

Cette évolution peut être résumée ainsi : au commencement était le droit interne, et c'est en partant de leurs conceptions juridiques initiales acquises à l'école du droit romain, que les fondateurs du droit des gens ont élaboré les règles régissant les rapports entre les Etats ; puis le droit international, plus assuré, a formé un ensemble de règles particulières mais, chaque fois qu'un problème nouveau se posait, les praticiens et les arbitres se tournaient vers leurs droits internes qui constituaient un réservoir de principes qu'ils transposaient aux relations internationales. Petit à petit, les vides du droit se sont trouvés comblés, au moins en partie, et c'est sans doute ce qui explique que si les principes généraux de droit sont toujours utilisés, ils sont un peu passés à l'arrière plan (voir infra, 3ème partie).

Mais certains auteurs ont constaté que cette réticence dans le recours aux principes n'était pas généralisée ; elle s'arrête précisé-

ment aux domaines les plus classiques du droit international. Et Wolfgang FRIEDMANN, après avoir constaté ce phénomène d'essoufflement, ajoute :

" This inhibition does not, however, apply to the development of new
 " branches of international Law, which is proceeding overwhelmingly
 " outside the jurisdiction of the International Court of Justice, and
 " mostly in non litigious manner : through international loan contracts
 " concession agreements and other types of international transactions
 " through the practices of international administrative agencies and
 " of the tribunals constituted as parts of these organs, on through the
 " administrative and judicial organs of more closely knit communi-
 " ties, such as the European Economic Community " (1).

Ce déplacement dans l'utilisation des principes s'explique de façon assez évidente : les nouveaux champs d'expansion du droit international dont parle FRIEDMANN sont ceux qui contiennent le plus grand nombre de "vides" juridiques, qui posent le plus de problèmes non résolus, et le même phénomène que l'on peut constater aux débuts du droit inter-étatique se retrouve aujourd'hui dans ces domaines nouveaux. Mais cet essai d'explication peut être complété par une autre constatation. Ce droit "transnational" présente, par rapport au droit des gens traditionnel, une différence fondamentale : ici, seuls les Etats étaient sujets de droit, là, les individus le deviennent aussi et l'on peut se demander si au sein même du droit international "classique", on ne peut pas essayer de faire une distinction entre les principes qui sont utilisés dans les relations juridiques réellement inter-étatiques et ceux qui, en fait, concernaient les personnes "diplomatiquement protégées" par les Etats.

Il est curieux de constater que, apparemment, les auteurs n'ont jamais tenu compte de cette idée dans les classifications des principes qu'ils ont proposées (chapitre I). Si cette distinction est possible, c'est la seconde catégorie de principes que l'on retrouvera ^{surtout} dans les nouveaux domaines du droit international (chapitre II).

(1) "On ne retrouve pas cependant cette réticence dans le développement des nouvelles branches du droit international qui se poursuit, de façon quasi-absolue en dehors de la juridiction de la Cour Internationale de Justice et, pour l'essentiel, de manière non contentieuse : par les contrats de prêts internationaux, les concessions et tous les autres genres de transactions internationales, dans la pratique des institutions internationales et des tribunaux créés en leur sein, ou dans les organes administratifs et judiciaires de communautés plus homogènes comme la Communauté Economique Européenne", *The Uses of "General Principles" in the Development of International Law*, *A. J. I. L.*, 1963, n° 57, p. 281 ; v. aussi Arnold McNAIR, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *B. Y. B. I. L.*, 1957, pp. 1-19.

Chapitre I^{er} - Les principes sont utilisés dans tous les domaines couverts par le droit international "classique".

Les considérations qui précèdent ont permis de constater que l'utilisation des principes est générale dans le temps ; la même chose peut être dite quant à la matière. Il n'y a, en effet, guère de domaines du droit international qui ne soient peu ou prou réglementés par référence aux droits internes des Etats qui forment l'infrastructure des normes du droit des gens. Ceci est le cas de matières qui, apparemment, sont purement internationales, comme le droit de la mer (les auteurs ne font-ils pas constamment allusion aux notions de res nullius et de res communis) ou même le droit de la guerre.

Mais il ne fait aucun doute que les règles régissant certains domaines sont plus nettement inspirées par les droits internes et que l'on y retrouve bien plus de principes généraux de droit que dans d'autres matières. Aussi, la plupart des auteurs qui ont essayé de présenter une classification de ces principes ont-ils effectué ce classement en fonction des domaines dans lesquels ils interviennent (section 1) ; en fait, une telle démarche ne peut aboutir qu'à des résultats partiels et limités dans le temps, aussi des classifications fondées sur la nature ou l'objet des principes semblent-elles préférables (section 2).

Sect. 1 - Les classifications des principes en fonction de leurs domaines d'intervention.

Toute science naissante est d'abord classification - et c'est encore largement le cas du droit international. Aussi, dès que les auteurs prennent conscience d'une nouvelle notion, tentent-ils de répertorier les hypothèses dans lesquelles elle apparaît, c'est ce qui s'est passé après 1920, après que l'élaboration du Statut de la C. P. J. I. a clairement mis en évidence l'existence de la troisième source, en ce qui concerne les principes généraux de droit.

La plupart des auteurs qui se sont alors intéressés à ce concept ont regroupé les principes généraux de droit en fonction de critères matériels (paragr. 1). Mais une telle classification, qui répond

à une idée exacte, présente de nombreux inconvénients qu'il est assez facile de mettre en lumière (paragr. 2).

Paragr. 1. L'utilisation de critères matériels par les auteurs.

C'est en prenant en considération le domaine dans lequel interviennent les principes que les auteurs ont le plus souvent essayé de fonder la classification qu'ils en ont proposée.

Dans le premier des ouvrages importants consacrés à l'étude des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", LAUTERPACHT en distingue trois catégories : ceux qui s'appliquent aux traités, les règles de preuves et de procédures devant les tribunaux arbitraux et la C. P. J. I., et les autres principes (1). Cette classification reste évidemment très rudimentaire : si, en effet, les deux premières catégories forment un ensemble à peu près cohérent, la dernière est très hétérogène. On peut cependant regrouper les principes qui y sont cités en deux groupes principaux : d'une part, ceux qui concernent le territoire (nature juridique de la souveraineté territoriale ; acquisitions de territoires ; prescriptions acquiritive et extinctive ; servitudes ; successions d'Etats ; droit du domaine international - mer, air), d'autre part ceux relatifs à la responsabilité internationale de l'Etat (le principe de la responsabilité ; les dommages-intérêts et l'évaluation du dommage). En plus de cela, LAUTERPACHT cite pêle-mêle les quasi-contrats, la banqueroute, l'"auto-conservation" et l'excuse de nécessité, et les principes applicables dans le droit de la guerre. Cette démarche ressemble davantage à un inventaire qu'à une classification scientifique.

Si le professeur VERDROSS a, pour sa part, retenu dès 1935 un classement fondé sur une base non matérielle (voir infra, section 2), nombreux sont les auteurs qui ont, par la suite, adopté le même système que LAUTERPACHT. Ainsi, par exemple, Georges RIPERT, dans le

(1) Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources and Analogies..., préc., pp. 91-211 - il ne faut oublier que cet ouvrage, publié en 1927, traite des analogies entre droit international et droit interne et ne se borne pas à l'étude des principes généraux de droit tels que nous les avons définis au début de cette étude.

cours de l'Académie de Droit International qu'il a consacré à l'étude des règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, distingue les principes issus du droit des contrats, ceux empruntés aux règles de la responsabilité civile, à celles qui concernent l'exercice des droits, à celles enfin relatives à la preuve et à l'interprétation (2). Il faut noter cependant que s'il s'agit bien toujours d'une classification fondée sur des critères matériels, la démarche est très différente de celle suivie par LAUTERPACHT ; le classement de celui-ci part des notions propres au droit des gens : le territoire, les traités, la responsabilité de l'Etat ; RIPERT, pour sa part, en civiliste, renverse le raisonnement et fonde ses regroupements sur l'origine des principes, c'est-à-dire les règles de droit interne, non sur leur aboutissement : les domaines du droit international auxquels ils s'appliquent. Tel est aussi - quoique cela soit moins net - celui de M. GRAPIN dont la thèse distingue les principes relatifs aux contrats, à la responsabilité, à l'exercice des droits, aux règles de procédure, et l'enrichissement sans cause, curieusement isolé (3).

Le livre du Dr. CHENG (4) mérite que l'on s'y arrête un peu plus longuement, d'abord parce qu'il constitue sans aucun doute l'ouvrage de référence indispensable à quiconque veut étudier la jurisprudence internationale consacrée aux principes généraux de droit, ensuite, parce qu'il est, pour l'essentiel, un inventaire minutieux des divers principes utilisés et que leur classification est un des soucis essentiels de l'auteur. Celui-ci a divisé son ouvrage en quatre parties consacrées respectivement aux principes d'auto-conservation ("self-preservation") (pp. 29 à 102), aux principes de bonne foi (pp. 103 à 160), aux principes généraux de droit découlant du concept de responsabilité (pp. 161 à 253), enfin, à certains principes de droit procédural (pp. 255 à 386).

Dans la première partie, M. Bin CHENG distingue les "applications territoriales" du principe d'auto-conservation (le droit d'expulser les étrangers, l'établissement d'un Welfare State - par l'expropriation et la réquisition de biens -, les mesures destinées à assurer

(2) Préc., pp. 588-657.

(3) Valeur internationale des principes généraux du droit, préc., pp. 67 à 168.

(4) General Principles of Law, préc.

l'ordre public), et ses applications "externes" : la nécessité, la légitime défense (self-defence) et les représailles. La deuxième partie est divisée en trois chapitres relatifs à la bonne foi dans les traités, à la théorie de l'abus de droit et à divers principes comprenant notamment les maximes allegans contraria non est audiendus et fraus omnia corrumpit.

Dans la troisième partie, l'auteur, après avoir défini la notion de responsabilité étudiée de façon détaillée le principe de la responsabilité personnelle, celui de la faute, celui de la réparation intégrale du préjudice causé enfin, celui de la responsabilité directe. La dernière partie enfin examine notamment les problèmes de la compétence des juridictions internationales, le principe de l'égalité des parties, les questions du fardeau de la preuve, de l'application du principe res judicata et de la forclusion. Ce bref résumé de la table des matières permet de constater d'emblée que cet ouvrage a un objet beaucoup plus large que la présente étude. Quoique l'on puisse penser des affirmations de l'auteur selon lequel "it is of no avail to ask whether these principles are general principles of international law or of municipal law" (5), il est clair que celui-ci est parti d'une définition très extensive de la notion de principe ; lorsque, par exemple, il considère comme un principe général de droit la règle extra compromissum arbiter nihil facere potest, il s'agit d'une règle propre au droit international et qui s'oppose absolument au principe admis par tous les droits internes selon lequel tout plaideur trouve son juge ; de même, les concepts de "self-defence" et de "représailles" s'ils peuvent rappeler des notions de droit interne, ne sont pas la transposition de celles-ci en droit international. Par ailleurs, cette classification, comme toutes celles qui se réfèrent à des critères matériels, est discutable dans son principe même.

Paragr. 2 - Critique de l'emploi de critères matériels.

A. Les domaines privilégiés d'intervention des principes.

Il n'en reste pas moins que ces classifications partent d'une idée exacte en soi : les principes interviennent davantage dans certaines

(5) "Il n'est pas utile de se demander si ces principes sont des principes de droit international ou de droit interne", p. 390 ; v. infra, 3ème partie, titre I.

matières que dans d'autres. Pour le montrer, on peut retenir trois domaines : les principes relatifs à l'interprétation (1), ceux qui sont utilisés en matière de responsabilité (2), enfin, les règles relatives à l'administration de la justice appliquées par les tribunaux internationaux (3).

1). les principes d'interprétation :

On a parfois émis des doutes sur la possibilité d'inclure les règles d'interprétation parmi les principes généraux de droit. Le professeur ROUSSEAU est même très catégorique en ce sens :

" On a voulu (...) ranger dans les principes généraux du droit
 " certains principes d'interprétation valables à la fois pour les
 " traités internationaux et pour les contrats du droit privé, tels
 " que le principe de l'effet utile, la recherche de l'intention com-
 " mune des parties contractantes, la prise en considération des
 " travaux préparatoires, l'emploi de la méthode comparative et
 " de l'interprétation restrictive, etc. (...). Mais c'est là con-
 " fondre les règles juridiques avec les règles du raisonnement
 " logique, les principes généraux du droit avec les règles de la
 " logique formelle. Les principes d'interprétation relèvent de
 " l'art de juger, c'est-à-dire de la méthodologie des traités " (6).

Cette position est très discutable. D'une part, qu'il s'agisse de "règles de la logique formelle" ou de principes juridiques, il est de toute manière intéressant de constater que les mêmes règles qui sont utilisées en droit interne le sont aussi, pour la plupart, en droit international alors qu'il s'agit d'interpréter des instruments différents et que la transposition n'est pas, dès lors, inéluctable. D'autre part, on peut dire avec Charles de VISSCHER :

" On observe que les règles ou canons d'interprétation conservent
 " dans l'argumentation des plaideurs devant la juridiction interna-
 " tionale une place qu'ont perdue devant les tribunaux internes les
 " règles d'interprétation correspondantes des contrats de droit
 " privé. Tandis que celles-ci se sont estompées au cours des
 " temps dans le fond commun d'une longue expérience judiciaire
 " et n'apparaissent plus guère que comme des règles de bon sens
 " et de raison, sans physionomie nettement définie, les maximes
 " traditionnelles d'interprétation conservent à la barre de la Cour
 " de La Haye, chez les agents et conseils, sinon du côté du siège,
 " une part de leur relief et de leur vigueur " (7).

(6) Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., pp. 377-378 ; dans le même sens, Pierre GRAPIN, Valeur Internationale des principes généraux du droit, préc., p. 167 et, quoique avec plus d'hésitations, C. Wilfred JENKS, The Prospects of International Adjudication, préc., p. 387.

(7) Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, préc., p. 72.

M. Charles ROUSSEAU ne tient, en effet, pas assez compte du fait que le droit international est un droit nouveau aux fondements encore mal assurés et qui ne peut toujours se contenter d'affirmations là où le droit interne s'en accomode. Certes, la distinction a tendance à s'effacer et, de plus en plus, les règles d'interprétation sont aujourd'hui présentées comme des évidences ; cependant, les juges et les arbitres y voient encore des principes juridiques (8).

Certaines décisions récentes constituent de véritables manuels consacrés à l'interprétation des traités. C'est en particulier le cas de la longue sentence rendue le 8 mars 1951 par la Commission de Conciliation franco-italienne dans l'affaire relative à la Societa Mineraria e Metallurgica di Pertusola, qui remarque notamment :

" D'après l'opinion la plus communément admise en droit international public, il y a lieu d'appliquer en général à l'interprétation des traités internationaux la plupart des principes généraux qui valent en droit interne pour l'interprétation des contrats " (9).

De même, M. René CASSIN, dans l'affaire des cargaisons déroutées, a considéré que :

" Les principes du droit international qui gouvernent l'interprétation des traités ou accords internationaux, ainsi que l'administration des preuves ont été dégagés par la doctrine et surtout par la jurisprudence internationale en correspondance étroite avec les règles d'interprétation des contrats adoptées à l'intérieur des nations civilisées " (10).

Cependant, si les arbitres et les juges de La Haye ont parfois expressément qualifié une règle d'interprétation qu'ils appliquaient

(8) Nombreux sont les auteurs qui classent les règles d'interprétation parmi les principes généraux de droit. Cf., par exemple, Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., p. 648 s ; Alfred VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", préc., pp. 213 et 244 à 248.

(9) Décision n° 95, R.S.A.N.U., XIII, p. 184.

(10) Sentence arbitrale, préc., 10 juin 1955, R.S.A.N.U. XII, p. 70 ; v. aussi Compétence de l'O.I.T. pour l'examen de propositions tendant à organiser et à développer les moyens de production agricole, avis consultatif, C.P.J.I., série C, n° 1, Mémoire du gouvernement français, p. 547. Il convient de noter que les principes relatifs à l'interprétation des textes juridiques ne sont pas exclusivement applicables aux accords internationaux ; on en a fait usage, par exemple, pour interpréter un avis de la C. I. J. (Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1956, opinion individuelle LAUTERPACHT, p. 44 - interprétation en fonction du contexte) ou une sentence arbitrale antérieure (affaire de l'Orinoco Steamship Cy, États-Unis-Vénézuéla, Sentence de la C.P.A., président H. LAMMASH, 25 octobre 1910, R.S.A.N.U. XI, p. 227 - divisibilité des différentes parties d'une sentence).

de "principe général de droit" (11), voire de "principe général de droit reconnu par les nations civilisées" (12), s'ils ont parfois noté qu'il s'agissait d'un "principe admis en droit international comme dans le droit privé" (13), ils ont en général appliqué ces principes comme si leur admission en droit des gens était évidente. C'est ainsi, pour n'en donner que quelques exemples, que l'on a utilisé la doctrine de l'acte clair (14) et que les textes litigieux ont été interprétés en fonction du contexte (15), des travaux préparatoires (16) et de l'exécution postérieure (17). On trouve également dans la jurisprudence internationale de nombreuses références

-
- (11) Commission mixte franco-mexicaine établie par le Traité du 25 septembre 1924, décision n° 1, Georges Pinson, 19 octobre 1928, préc., R.S.A.N.U. V, p. 414 (specialia generalibus derogant).
- (12) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, op. individ. DILLARD p. 158 (utilisation du contexte).
- (13) L'invocation expresse de règles de droit privé a surtout été le fait des parties. V. par exemple : Compétence de la Commission Européenne du Danube, C.P.J.I., série C, n° 13 (IV), vol. 1, discours de M. MILLERAND (Roumanie) "C'est un principe universellement reconnu en droit international comme en droit interne..." (effet utile), p. 232, et, surtout, Compétence de l'O. I. T. pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture, C.P.J.I., série C, n° 1, note additionnelle aux explications orales du gouvernement français : "C'est un principe de droit interne que dans l'interprétation de la loi, les travaux préparatoires n'ont aucune force contre le texte exprès de la loi (...). Cette règle si sage lorsqu'il s'agit d'une loi, l'est plus encore lorsqu'il s'agit d'un traité" (pp. 187 et 188) et Jaworzina, C.P.J.I., série C, n° 4, M. MROZOWSKI (Pologne) a cité, en faveur de l'application de la maxime ejus interpretari cujus est condere, un arrêt du Conseil d'Etat français et a ajouté : "Vous ne m'en voudrez certainement pas de citer devant vous la jurisprudence de cette institution juridictionnelle qui a rendu de grands services à la science du droit administratif et vous voudrez bien admettre que, sans sortir du débat, je l'invoque pour régler un problème de droit international" (p. 24).
- (14) Exemples : Vapeur Wimbledon, arrêt 1923, C.P.J.I., série A, n° 1, pp. 24-25 ; Compétence de la Commission Européenne du Danube, avis consultatif, 1927, C.P.J.I., série B, n° 14, p. 31 ; Emprunts brésiliens, arrêt n° 15, 1929, C.P.J.I., série A, n° 21, p. 119 ; Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I., série A, n° 24, p. 13 ; v. aussi les nombreuses références citées par Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN in "General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions..." préc., p. 857, note n° 33.
- (15) Exemples : Affaire du blocus Montevideo, sentence du Président du Chili au sujet des réclamations présentées par des sujets anglais à la République argentine pour les pertes provenant du décret du 13 février 1845, 1er août 1970, Pas. I. p. 157 s. ; Affaire Don Rafaël Aguirre, sentence de la Commission mixte Etats-Unis - Mexique établie par la Convention du 4 juillet 1868, 16 avril 1874 Pas. I., p. 76 s. ; Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, n° 11, p. 39 ; Compétence de l'Assemblée Générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1950, p. 8 ; Commission de Conciliation franco-italienne, décision n° 201, 16 mars 1956, Interprétation de l'article 78 par. 7, du Traité de Paix, R.S.A.N.U. XIII, p. 643 ; Temple de Préah-Vihéar, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Rec. 1961, p. 32.
- (16) Exemples : Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932,

aux maximes specialia generalibus derogant (18) ou exceptio est strictis-
simae interpretationis (19). Les mots enfin sont pris dans leur sens usuel
(20) et l'interprétation doit aboutir à donner un sens au texte interprété
(principe dit de l' "effet utile") (21). Parfois, l'application d'un principe
a été discutée; c'est en particulier le cas de la maxime ejus est interpre-
tari legem cuius condere (22) ou même de la règle selon laquelle in claris
non fit interpretatio (23).

Tous ces exemples montrent clairement que les organes ju-
diciaires du droit international ont fréquemment fait application des rè-
gles d'interprétation utilisées en droit interne et qu'il s'agit bien de prin-
cipes généraux de droit.

2). Les principes relatifs à la responsabilité internationale de l'Etat.

Tous les auteurs qui se sont intéressés aux principes généraux

-
- (16 - suite) C.P.J.I., série A/B, n° 44, p. 33 : Affaire franco-hellénique des phares
arrêt, 1934, C.P.J.I., série A/B, n° 62, p. 13 ; v. aussi supra pp. 64-65.
- (17) Ex. : Emprunts serbes et brésiliens, arrêt n°14 et 15, C.P.J.I., série A, n° 20/21,
p. 119.
- (18) Exemples : Ibid. p. 30; Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924,
C.P.J.I., série A, n° 2, p. 31 ; Affaire du "Kronprins Gustav Adolf" (Suède -
Etats-Unis), sentence rendue le 18 juillet 1932 par Eugène BOREL, R.S.A.N.U.
II, p. 1239 s. ; Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt C.I.J., Rec.
1960, p. 44.
- (19) Exemples : Affaire du "Wanderer" (Grande-Bretagne - Etats-Unis), sentence ren-
due par la C.P.A. (Président FROMAGEOT) le 9 décembre 1921, R.S.A.N.U. XI,
p. 71 ; Commission de Conciliation franco-italienne, décision n° 201, préc.,
note n° 15 ; v. aussi le mémoire du gouvernement français dans l'affaire de
la compétence de l'O.I.T. pour l'examen de propositions tendant à organiser
et à développer les moyens de production agricole, préc., note n° 10.
- (20) Exemples : Affaire de la délimitation de la frontière Etats-Unis - Grande-
Bretagne, sentence rendue le 10 janvier 1831 par le Roi de Hollande
GUILLAUME, Pas. I., p. 7s. ; Affaire Don Rafaél Aguirre, préc., note n° 15 ;
Affaire Van Bokkelen (Etats-Unis c. Haïti, 4 décembre 1888, préc., Pas. I.,
p. 320 s. ; Commission de Conciliation Etats-Unis - Italie, décision n° 22,
19 février 1954, Mr. Hil de Gutman Bacharach, R.S.A.N.U. XIV, p. 189. V.
aussi la sentence rendue par P.H. VIGLIANI dans l'affaire de la frontière du
Manica, Grande-Bretagne - Portugal, 30 janvier 1897, Pas. I., p. 502.
- (21) Exemples: Affaire de la délimitation de la frontière Etats-Unis - Grande Bretagne,
préc., note n° 20 ; Affaire Don Rafaél Aguirre, préc., note n° 15 ; Special
claims Commission établie par la Convention du 10 septembre 1923, Etats-
Unis - Mexique, affaire Naomi Russel, 24 avril 1931, R.S.A.N.U. IV, p. 810 ;
Affaire des cargaisons déroutées, préc., note n° 10.
- (22) V. par exemple la controverse entre MROZOWSKI (Pologne) et KANO (Tchéco-
slovaquie) dans l'affaire de Jaworzina, C.P.J.I., série C, n° 4, p. 23s et 62s.
- (23) Ainsi, dans sa décision n° 95 (préc., note n° 9), la Commission de Conciliation
franco-italienne a estimé que "les vieux brocards in claris non fit interpre-
tatio et clara non indigent interpretatione sont répudiés par la doctrine mo-
derne la plus autorisée de tous les pays", R.S.A.N.U. XIII, p. 185.

de droit ont mentionné, et parfois abondamment décrit, les principes appliqués en matière de responsabilité (24) et il n'y a guère eu de discussion sur la nature juridique de ceux-ci. LAUTERPACHT note cependant :

" A historical survey of the treatment of this problem shows (...)
 " the usual characteristic features : the adoption of the private law
 " principle in the formative period of international law, its beneficial
 " effects upon international relations, its acceptance by the common
 " opinion of writers and by the practice of States, and lastly its
 " rejection as a misleading private law analogy by a number of
 " positivist writers on the ground of the special character of in-
 " ternational law " (25).

Il n'en reste pas moins que c'est dans ce domaine que les principes généraux de droit ont sans doute été le plus souvent invoqués, depuis les tout débuts de l'arbitrage inter-étatique, et qu'ils ont été le plus clairement qualifiés par les arbitres et les juges internationaux. L'idée de réparation semble avoir en droit des gens les mêmes fondements qu'en droit interne, même si l'on a beaucoup discuté sur la nécessité d'une faute à l'origine de la responsabilité internationale (26). Dans l'affaire de l'indemnité russe, la C. P. A. n'a pu :

" apercevoir des différences essentielles entre les diverses res-
 " ponsabilités. Identiques dans leur origine, la faute, elles sont
 " les mêmes dans leurs conséquences, la répartition en argent " (27)

et elle poursuit :

" Pour établir en quoi consiste cette responsabilité spéciale incom-
 " bant à l'Etat débiteur d'une dette conventionnelle liquide et exigible,

(24) V. surtout Bin CHENG, General Principles of Law..., préc., pp. 161-253 ; Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit, préc. pp. 89-134, Sir Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources..., préc., pp. 134-151 ; Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., pp. 608-627.

(25) "L'analyse historique de la manière dont ce problème a été traité permet de retrouver les caractéristiques habituelles (des références aux droits internes) : l'adoption du principe de droit privé dans la période de formation du droit international, ses conséquences bénéfiques sur les relations internationales, sa réception par l'ensemble de la doctrine et la pratique des Etats et, pour finir, son rejet en tant qu'analogie trompeuse par un grand nombre d'auteurs positivistes, prétexte pris des caractères particuliers du droit international" Private Law Sources..., préc., p. 135.

(26) V. notamment G. COHN, "La théorie de la responsabilité internationale", R.C.A. D.I., 1939-II, n° 68, pp. 207-325 et Brigitte BOLLECKER, La réparation du dommage et la théorie de la responsabilité, thèse dactylographiée, Paris 1970, 823 p. Jean-Luc SUBILIA, L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale - Contribution à l'étude de la réparation en droit international public, Lausanne, imprimerie vaudoise, 1972, 190 p.

(27) Affaire de l'indemnité russe (Russie - Turquie), sentence de la C.P.A. (Président C. E. LARDY), 11 novembre 1912, R.S.A.N.U. XI, p. 440.

" il convient maintenant de rechercher en procédant par analogie
 " comme l'ont fait les sentences arbitrales invoquées, les princi-
 " pes généraux de droit public et privé en cette matière, tant au
 " point de vue de l'étendue de cette responsabilité qu'à celui des
 " exceptions opposables " (28).

Il est évidemment impossible de passer la jurisprudence en revue dans le cadre de cette étude, mais on peut donner quelques exemples caractéristiques. Si les principes relatifs à la responsabilité internationale de l'Etat sont utilisés depuis longtemps par les arbitres internationaux (29), ce n'est, semble-t-il, que depuis la fin du XIX^{ème} siècle que les sentences indiquent qu'il s'agit de règles empruntées au droit interne ; ainsi, dans l'affaire Fabiani, l'arbitre s'est appuyé sur des exemples tirés du droit civil pour établir la règle selon laquelle :

" En droit moderne, l'auteur d'une faute aquilienne est, en principe,
 " tenu de réparer le préjudice qui peut raisonnablement en être en-
 " visagé comme la conséquence directe ou indirecte (damnum emer-
 " gens et lucrum cessans) " (30).

Dans l'affaire du navire Cape Horn Pigeon, cette règle est qualifiée de "principe général du droit civil (...) également applicable aux litiges internationaux" (31).

(28) Ibid. p. 442. (C'est en matière de réparation surtout que l'analogie existe).

(29) Cf. par exemple l'Affaire du Macedonian (Chili - Etats-Unis), 15 mai 1863 : la sentence rendue par le Roi des Belges LEOPOLD I^{er} a fait une application, d'ailleurs discutable, de la notion d'anatocisme, R.A.I., II, p. 205 ; la sentence rendue par le surarbitre THORNTON dans l'affaire de la baleinière "Canada" le 11 juillet 1870 (Etats-Unis - Brésil) présente comme une évidence l'obligation de payer des intérêts et n'alloue pas d'indemnité pour perte de profits éventuels, Pas. I., p. 133 ; sur l'exclusion des dommages indirects, v. l'Affaire Dix, Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla établie par le protocole du 7 février 1903, R.S.A.N.U. IX, p. 12 (date de la sentence non précisée).

(30) Sentence du Président de la Confédération Suisse, 30 décembre 1896, Pas. I., p. 364. Sur la nécessité de réparer à la fois le damnum emergens et le lucrum cessans v. par exemple l'affaire du chemin de fer d'Antiquia (Colombie - Grande-Bretagne), 17 octobre 1899, Pas. I., p. 552 ; celle du chemin de fer de Lourenço Marques, (Etats-Unis - Grande-Bretagne - Portugal), 29 mars 1900, Pas. I., p. 402, etc...

(31) Sentence rendue par la C.P.A. (Président T. M. C. ASSER) (Etats-Unis - Russie), R.S.A.N.U. IX, p. 63 s. ; v. aussi l'opinion de l'Umpire DUFFIELD dans l'affaire Christern and C^o et autres (Commission mixte Allemagne - Vénézuéla établie par les protocoles des 13 février et 17 mai 1903 qui parle de principe reconnu "par la jurisprudence de toutes les nations civilisées", R.S.A.N.U. X, p. 303 s., et la sentence rendue par la C.P.A. (Président FROMAGEOT) dans l'affaire du "Lord Nelson" (Grande-Bretagne - Etats-Unis) qui le qualifie de "principe généralement reconnu", (1^{er} mai 1914), R.S.A.N.U. VI, p. 34.

La Cour mondiale a également eu souvent l'occasion d'appliquer des principes généraux de droit en matière de responsabilité. Elle l'a fait dès l'arrêt rendu dans l'affaire du Vapeur Wimbledon en estimant que le dommage causé par l'Allemagne devait être intégralement réparé (32) et a eu l'occasion d'appliquer ce principe à maintes reprises depuis lors. Dans l'opinion dissidente jointe par le Vice-Président AMMOUN à l'avis rendu par la C. I. J. le 12 juillet 1973, celui-ci a précisé :

" L'un des principes commun aux nations au sens de l'article 38
 " paragraphe 1 c du Statut de la Cour, sinon le plus important de
 " ces principes, et l'une des bases traditionnelles du droit, est
 " que tout dommage fautif doit être réparé" (33).

C'est d'ailleurs dans l'opinion dissidente du juge DE CASTRO à propos de la même affaire que l'on trouve sans doute le résumé le plus concis et le plus clair que l'on peut donner des principes généraux de droit appliqués par les tribunaux internationaux en matière de responsabilité des Etats :

" Conformément aux principes de droit, l'existence de dommages
 " dus à une faute entraîne l'obligation de réparer. Au cas où la
 " réparation en nature n'est pas possible, soit que le débiteur ne
 " puisse pas, soit qu'il ne veuille pas exécuter (nemo potest praecise
 " cogi ad factum), il y a réparation sous la forme d'un équivalent.
 " Cette réparation doit couvrir le damnum emergens et le lucrum
 " cessans. Le montant doit être tel qu'il place la victime dans la
 " situation la plus proche possible de celle où elle se serait trouvée
 " s'il n'y avait pas eu faute du défendeur et cette responsabilité doit
 " jouer d'une manière plus sévère encore si le dommage est le ré-
 " sultat d'une conduite dolosive " (34).

3). Les principes relatifs à l'administration de la justice.

Le troisième groupe de principes généraux de droit que l'on peut citer est celui de l'administration de la justice. Il serait fort intéressant de voir comment les tribunaux internationaux ont conçu leur rôle au strict point de vue des règles de compétence et de procédure en l'absence de normes conventionnelles. Bien qu'une telle étude n'ait jamais, semble-t-il, été systématiquement tentée (35), on peut être certain que

(32) Vapeur Wimbledon, arrêt, 1923 C.P.J.I., série A, n° 1, p. 30 s.

(33) Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1973, op. diss. AMMOUN, p. 247.

(34) Ibid. pp. 289-290.

(35) V. cependant Charles de VISSCHER, Aspects récents du droit procédural de la C.I.J., Pédone, Paris, 1966, 220 p. et Pierre DEREVITSKY, Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, Pédone, Paris, 1932, pp. 69 à 104.

les résultats ne surprendraient guère les spécialistes de droit interne. Les arbitres et les juges internationaux ont en effet transposé au droit des gens les institutions auxquelles ils étaient habitués dans leur pays et ont largement utilisé les principes généraux de droit.

" Etant donné que ce sont les organes judiciaires internationaux qui représentent jusqu'ici le plus haut degré de centralisation internationale, il n'est pas surprenant, écrit le professeur SØRENSEN, que plusieurs principes du droit de procédure des divers pays se soient introduits dans le droit international " (36).

Ici non plus on ne saurait donner une liste exhaustive des principes d'origine interne dont on trouve la trace dans la jurisprudence internationale ; parmi les plus souvent utilisées, on peut citer néanmoins : la règle selon laquelle les tribunaux internationaux ont la compétence de leur compétence (37) ou bien celle qui leur interdit de se prononcer ultra petita (38) ou la maxime nemo iudex in causa sua (39) ou encore

-
- (36) Max SØRENSEN, Les sources du droit international, Etude sur la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice Internationale, Einar Munksgaard, Copenhague, 1946, p. 136.
- (37) Exemples : principe appliqué dès l'affaire du Betsey par la Commission mixte organisée par l'article V du Traité Jay du 19 novembre 1794, I. Adj., M. S., p. 179, v. aussi p. 85. ; Affaire de l'Alabama (Etats-Unis - Grande Bretagne), 14 septembre 1872, R.A.I. II, p. 910 ; Affaires Flutie (Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla établie par le protocole du 7 février 1903), R.S.A.N.U. IX, p. 151 (date non précisée) ; Affaire de la frontière de la Walfish Bay (Allemagne - Grande-Bretagne), sentence rendue par Don Joaquim Fernandez PRIDA, 23 mai 1911, préc., R.S.A.N.U. XI, p. 307 ; Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV), avis consultatif 1928, C.P.J.I., série B, n° 16, p. 20 ; Nottebohm, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Rec. 1953, pp. 119-120 ; Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, pp. 51-52 ; Argumentation pakistanaise dans l'affaire de l'appel concernant la compétence du Conseil de l'O.A.C.I., v. l'arrêt C.I.J., Rec. 1972, p. 53 ; Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni - Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J., Rec. 1973, p. 2. Ce principe est intégré dans le Statut de la C.I.J. (article 36, paragr. 6).
- (38) Exemples : Affaire Daniel (Commission mixte établie par le protocole de Paris du 19 février 1902), R.S.A.N.U. X, p. 24 (date non précisée) ; Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol, rapport de Max HUBER, 1^{er} mai 1925, R.S.A.N.U. II, p. 650 ; Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1973, op. diss. AMMOUN, pp. 247-248 et DE CASTRO, p. 291. V. aussi la réponse de M. de VILLIERS aux questions posées par la Cour, C.I.J., mémoires, Sud-Ouest africain, vol. 10, p. 191 qui donne des exemples tirés des droits internes.
- (39) Exemples : Interprétation de l'article 3, paragr. 2 du traité de Lausanne, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série A, n° 12, p. 32, Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, p. 56 ; Conséquences Juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, p. 49 et op. diss. GROS, p. 324. V. aussi C.I.J., mémoires, Procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au territoire du Sud-Ouest africain, dossier transmis par le Secrétaire Général de l'O.N.U., p. 41 s.

le principe de l'autorité de la chose jugée (40). De même, les tribunaux internationaux ont admis l'exception de litispendance (41) et ont souvent transposé au droit des gens les principes généraux de droit commun relatifs au régime des preuves. Ainsi, la Commission générale des réclamations Etats-Unis - Mexique a estimé :

" Little adjective law has been developed in international practice .
 " International tribunals are guided to some extent by rules formulated in connection with each arbitration. With respects to matters of evidence they must give effect to common sense principles
 " underlying rules of evidence in domestic law " (42).

Même si cette affirmation peut paraître un peu trop globale, il n'en reste pas moins que les principes généraux de droit relatifs à la preuve ont été largement employés en droit des gens. C'est en particulier le cas du brocard onus probandi actori incumbit (43).

-
- (40) Exemples : principe invoqué par Lord PHILLIMORE lors des réunions du Comité de Juristes de la S. d. N. (P. -V. p. 335) et repris dans d'assez nombreux traités, notamment l'article 81 de la Convention de La Haye sur le règlement pacifique des conflits internationaux et l'article 59 du Statut de la C.I.J. V. Affaire Antoine Fabiani (Commission mixte France-Vénézuéla établie par le protocole de Paris du 19 février 1902, sentence de l'Umpire PLUMLEY, R.S.A.N.U. X, p. 139 (date non précisée) ; affaire des héritiers Massiani, opinion additionnelle du commissaire vénézuélien (même Commission), *ibid.*, p. 174 (date non précisée) ; Affaire du New Chwang (Grande-Bretagne - Etats-Unis), sentence rendue par la C. P. A. (Président FROMAGEOT), 9 décembre 1921, R.S.A.N.U. VI, p. 65 ; Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (usine de Chorzow), arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I., série A, n° 13, op. diss. ANZILOTTI, p. 27 ; Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, p. 53 ; Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. diss. JESSUP, p. 332 s.
- (41) Exemples : certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I., série A n° 7, p. 26 ; Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926 (protocole final, article IV), C.P.J.I., série C, n° 15 (I), discours de Djemal Husni Bey (Turquie), p. 52.
- (42) "La pratique internationale a créé peu de droit procédural. Les tribunaux internationaux se fondent en partie sur les règles établies pour chaque arbitrage. En matière de preuves, ils doivent appliquer les principes raisonnables sous-jacents aux règles applicables en droit interne", Affaire Lillie S. Kling, 8 octobre 1930, R.S.A.N.U., IV, p. 582. En sens contraire, v. cependant la sentence rendue par cette même Commission le 31 mars 1926 dans l'affaire William Parker - mais seules sont écartées "les règles restrictives du droit interne en matière de preuves", *ibid.*, p. 39.
- (43) Exemples : Affaire Dundonald (Brésil - Grande-Bretagne) 6 octobre 1873, R.A.I. III p. 461 ; Affaire Grant-Smith (navires Gin et Angostura), (Commission de Conciliation Grande-Bretagne - Italie), décision n° 2, 4 mars 1952, R.S.A.N.U. XIV, p. 18 (argumentation italienne) ; Affaire Frederico et Beniamido d'Annolfo, (Commission de conciliation Etats-Unis - Italie), décision n° 174, 25 juin 1957, R.S.A.N.U. XIV, p. 326 ; Temple de Préah-Vihéar, fond, arrêt, C.I.J., Rec. 1962, p. 16. V. aussi Phosphates du Maroc, C.P.J.I., série C, n° 84, nouvelles observations italiennes, p. 794 et C.I.J., Mémoires, Barcelona Traction Light and Power Company Limited (nouvelle requête : 1962), vol. II, plaidoirie de SERENI (Espagne) p. 428.

En règle générale, les tribunaux internationaux se sont définis eux-mêmes comme des juridictions et ils en ont tiré les conséquences que l'on fait découler de cette notion en droit interne comme l'obligation de motiver (44), la possibilité de réviser une sentence en cas de fraude (45) ou de faits nouveaux (46) ou d'erreur manifeste (47), et l'indépendance des juges (48). Les avis rendus par la C.I.J. dans les affaires relatives aux tribunaux administratifs internationaux lui ont permis de préciser clairement ses vues sur la fonction judiciaire (49).

Les trois groupes de principes sur lesquels l'accent a été mis doivent être considérés comme des exemples particulièrement nets ; d'autres auraient pu être donnés, notamment les principes généraux transposés du droit des contrats à celui des traités ; de même, on aurait pu signaler des principes de droit commun fréquemment utilisés mais qu'il semble difficile d'intégrer dans une classification générale, par exemple, la notion d'estoppel ou certains droits de l'Homme.

-
- (44) V. par exemple Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1973, p. 210 et op. diss. DE CASTRO, p. 294.
- (45) Affaires du sabotage, Lehigh Valley Railroad Cy., Agency of Canadian Car and Foundry Cy. Ltd. et à., (Commission mixte de réclamations Etats-Unis - Allemagne), décision de l'Umpire Owen J. ROBERTS, 15 décembre 1933, R.S.A.N.U. VIII, p. 190.
- (46) Effets de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, p. 55.
- (47) Affaire Katharine Drier (Commission mixte de réclamations Etats-Unis - Allemagne), 29 juillet 1935, R.S.A.N.U. VIII, p. 127 s. (solution implicite).
- (48) Exemples Barcelona Traction Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1970, op. individ. TANAKA, pp. 155-156 ; Conséquences Juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, p. 23.
- (49) Effet de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, p. 47 s. ; Jugements du Tribunal Administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'UNESCO, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1956, p. 77s. ; Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1973, p. 166 s.

B. Les inconvénients des classifications fondées sur des critères matériels.

Tel est précisément l'inconvénient essentiel de toute classification des principes fondée sur leur contenu : tout classement est arbitraire, mais celui-ci l'est plus que d'autres car, à moins de passer en revue tous les domaines du droit international - c'est ce qu'a fait, en définitive, LAUTERPACHT (50) -, il est pratiquement impossible d'y intégrer tous les principes généraux de droit sauf à mentionner des rubriques "passe-partout" comme "la bonne foi" où l'on peut inclure les principes les plus disparates. (51)

Du reste, une telle classification a forcément un caractère à la fois partial et temporaire. En effet, même en admettant que l'on découvre un classement couvrant et regroupant de manière logique tous les domaines du droit international dans lesquels les principes généraux interviennent, il faudrait tenir compte de l'évolution de ces principes : constamment des règles nouvelles sont employées tandis que d'autres, utilisées depuis longtemps, perdent leur caractère de principes généraux et sont intégrées dans la coutume internationale ou dans les traités. Wolfgang FRIEDMANN a bien mis ce phénomène en évidence :

" Any enumeration of such principles, at this time, is apt to be a
 " temporary one, since the scope of the applicability of such prin-
 " ciples is constantly expanding with the extension of public inter-
 " national law to new fields formerly within the sphere of private
 " international law" (52).

De plus, la diversité même des classifications fondées sur des critères matériels (voir supra, paragraphe 1) démontre qu'il est à peu près impossible de trouver des regroupements objectifs et sur lesquels tout le monde soit d'accord. Et l'on doit se borner à constater que les principes de droit commun que l'on retrouve dans toutes les branches du droit international sont plus volontiers invoqués dans tel domaine que dans tel autre.

(50) Private Law Sources..., préc.

(51) CF. Bin CHENG, General Principles of Law..., préc., pp. 103-160.

(52) "Toute énumération de ces principes est, à l'époque actuelle, vouée à être temporaire puisque le domaine d'applicabilité de tels principes s'étend continuellement avec l'extension du droit international public à de nouveaux domaines qui se trouvaient auparavant dans la sphère d'influence du droit international privé", The Changing Structure of International Law, préc., p. 195.

A cet égard, il semble que l'on puisse dégager deux tendances - sur lesquelles il conviendra de revenir en détail et que l'on tentera d'expliquer. D'une part, les principes généraux de droit sont surtout utilisés lorsque le problème se pose en droit international de la même manière qu'en droit interne, lorsque les deux situations "se ressemblent", sans qu'il soit possible de préciser ceci davantage pour l'instant (53) ; en matière d'interprétation, par exemple, qu'il s'agisse d'une loi ou d'un traité, les questions sont toujours les mêmes, il est normal que les réponses soient comparables ; de même, le droit inter-étatique étant un droit entre égaux, il n'est pas étonnant que les règles de la responsabilité internationale soient largement calquées sur les règles du droit civil puisque celui-ci est également un droit régissant les relations de personnes qui n'ont, en général, pas de liens de subordination les unes par rapport aux autres. D'autre part, on rencontre davantage de principes généraux dans les domaines nouveaux du droit international ; ainsi, les règles de procédure sont fortement imprégnées d'idées tirées du droit interne car le développement de l'arbitrage, et, plus encore, de la juridiction internationale, est un phénomène relativement récent (54).

On en est donc réduit à n'utiliser des critères matériels que pour effectuer des regroupements commodes permettant de donner des exemples axés autour d'une idée cohérente, mais non d'élaborer une classification dans laquelle entreraient tous les principes généraux de droit.

Sect. 2. - Les classifications fondées sur la nature des principes.

Les regroupements fondés sur des critères matériels ont l'inconvénient de partir du postulat que les principes généraux de droit forment une catégorie homogène. En réalité, on peut avoir des doutes sur ce point. Certes, tous les principes cités plus haut sont des règles du droit interne, communes à différents Etats, et que les organes du droit international se sont accordés à transposer aux relations inter-étatiques, mais il est possible d'apercevoir entre eux des différences

(53) V. infra, IIème partie, titre II.

(54) V. infra, IIIème partie, titre II, chapitre 2.

qui tiennent moins aux matières qu'ils régissent qu'aux circonstances dans lesquelles on les utilise.

C'est pourquoi une partie de la doctrine a essayé de présenter une classification des principes en fonction non de critères matériels mais de leur objet - et l'on pourrait parler alors de classifications "téléologiques" - ou de leur origine, classifications souvent combinées d'ailleurs avec les regroupements matériels (paragraphe 1) ; c'est un critère de ce genre qui semble le plus apte à permettre de distinguer diverses catégories de principes (paragraphe 2).

Paragr. 1 - Les classifications proposées par la doctrine.

Dans la thèse qu'il a consacrée aux principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative française, M. Benoît JEANNEAU commence par les regrouper, en fonction de critères matériels, autour de quatre idées (l'égalité, les libertés, la sécurité du commerce juridique, les nécessités de la vie administrative auxquelles il ajoute le principe de la séparation des pouvoirs) (55) ; puis, dans une étape ultérieure du raisonnement, il distingue les principes selon leur origine : les uns proviennent d'un processus de généralisation à partir d'un texte ; les autres sont dégagés de l'esprit d'un texte ou d'un ensemble de textes ; d'autres encore découlent de l'essence d'une institution ou de la "nature des choses" ; certains enfin sont le "produit des aspirations latentes qui, sous les formes les plus diverses, se partagent la conscience nationale " (56).

Il serait vain de vouloir transposer cette classification en droit international : du reste, par hypothèse, les deux premières rubriques ne correspondent pas à la définition des principes généraux de droit retenus pour cette étude ; mais la méthode de classement mérite que l'on s'y arrête : même pour ce droit, mieux établi que le droit des gens, qu'est le droit administratif, M. JEANNEAU n'a pas cru pouvoir s'en tenir aux critères matériels ; il a essayé de saisir "l'esprit" des principes généraux en les classant selon leur origine. Sans atteindre un auss:

(55) Benoît JEANNEAU, Les principes généraux de la jurisprudence administrative, préc., pp. 5 à 120.

(56) Ibid. pp. 123 à 141.

grand degré de précision, quelques internationalistes ont proposé de classer les principes généraux de droit en fonction d'idées comparables (57).

A cet égard, il faut mentionner en premier lieu le professeur VERDROSS dont les nombreux travaux consacrés aux principes généraux contiennent plusieurs essais de classifications. La plus complète est sans doute celle que le savant auteur a proposée en 1935 ; elle comportait trois subdivisions : les principes tirés de l'idée du droit - la bonne foi, par exemple -, ceux qui découlent de l'existence même d'une institution - ainsi, un traité, pour être valide, doit avoir un objet licite et le consentement doit avoir été donné librement -, ceux enfin qui découlent des règles des différents droits internes y sont transposés en droit international (58). Trois ans plus tard, le même auteur se bornait à distinguer les principes généraux dégagés du droit interne et ceux qui forment la base du droit conventionnel et coutumier et auxquels il est parfois impossible de déroger (59) ; cette dernière catégorie s'apparentant certes aux principes découlant de l'idée du droit, mais formant une subdivision plus large. C'est sans doute dans cette voie que le professeur autrichien s'est engagé aujourd'hui car il divise les principes en deux groupes : d'une part il y aurait les principes qui ont le caractère de jus cogens et d'autre part, tous les principes à caractère supplétif (60). Pour des raisons qu'il conviendra de développer, cette classification est très discutable et l'on peut douter qu'il existe des principes généraux de droit qui aient le caractère de jus cogens (voir infra, 3ème partie, titre 2).

M. André BLONDEL utilisant la terminologie proposée par M. VERDROSS dans les années 1930, distingue trois catégories de principes généraux : ceux qui sont tirés directement de l'idée de droit, ceux

-
- (57) Nous ne mentionnons ici que pour mémoire les auteurs qui, comme Paul REUTER ou Charles ROUSSEAU distinguent les principes propres au droit international public et ceux qui sont communs à tous les droits nationaux. Nous reviendrons sur cette distinction infra, IIIe partie, titre I, chapitre 1. La première de ces catégories n'entre pas dans le champ de la définition retenue des principes généraux de droit.
- (58) Alfred Von VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", préc., p. 204 s.
- (59) Alfred Von VERDROSS, "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", R.G.D.I.P., 1938, n° 45, p. 49.
- (60) Die Quellen des universellen Völkerrechts - Eine Einführung, Verlag Rombach, Freiburg, 1973, p. 120 s.

qui sont reconnus d'abord par le droit interne et la pratique judiciaire des différents Etats, ceux enfin qui sont tirés de la nature d'une institution déterminée des divers droits internes. Dans la première de ces catégories, il cite notamment le concept de personnalité morale et ses conséquences ou la maxime "pas d'intérêt, pas d'action" ; dans la deuxième, qui est de loin la plus fournie, il mentionne divers principes applicables en matière de responsabilité, d'administration de la justice, ou de droit des contrats ; dans la dernière enfin, il classe en fait toutes les règles propres au droit interne que la jurisprudence internationale hésite à transposer dans l'ordre des relations inter-étatiques : les notions de prescription extinctive ou de servitude par exemple (61). Cette classification - dont la formulation peut prêter à discussion - demeure extrêmement imprécise et ne repose sur aucun critère net : en fait, M. BLONDEL classe les principes selon leur degré de certitude : les principes généraux tirés directement de l'idée de droit sont ceux qui paraissent tellement évidents que les tribunaux internationaux n'estiment pas utile d'indiquer d'où ils proviennent ; la deuxième catégorie correspond aux principes généraux de droit proprement dit, et la troisième regroupe les règles les plus incertaines (62).

Cette idée est aussi exprimée, mais de façon beaucoup plus adroite, par le professeur O'CONNELL qui distingue les principes "inéluçtables" des principes "transposables" : si l'on retrouve les premiers tant dans le droit des gens que dans les droits internes, c'est parce qu'il s'agit de principes qui sont inhérents à tout ordre juridique quel qu'il soit : pacta sunt servanda n'est pas une norme transposée de l'ordre juridique étatique dans l'ordre international, mais est un principe sans lequel aucun droit n'est concevable, de même, les adages audi et alteram partem ou lex specialis derogat generali. Appartiennent

(61) André BLONDEL, "Les principes généraux de droit devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice," préc., p. 211 s. Dans le même sens, mais l'idée est beaucoup moins développée v. Antoine FAVRE, "Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens" Ibid., p. 373.

(62) Dans son opinion individuelle jointe au second arrêt rendu dans l'affaire de la Barcelona Traction (Rec. 1970, p. 400), le juge AMMOUN semble également distinguer les "principes tirés directement de l'idée de droit" et "les principes généraux reconnus par les nations".

au contraire à la seconde catégorie les principes que le droit international emprunte aux droits nationaux mais sans lesquels il n'en resterait pas moins du droit : les notions de prescription extinctive ou de servitude par exemple (63).

Bien qu'il y ait là sans aucun doute une idée qui mérite d'être retenue un tel classement fait lui aussi trop appel à la subjectivité de l'interprète et ne fournit qu'un cadre extrêmement lâche à toute classification détaillée. Du reste, on peut discuter sur la place que doivent occuper certains des principes cités en exemple par l'auteur ; celui-ci classe l'abus de droit dans la première catégorie, or il est douteux que cette notion que le droit romain ignorait à peu près complètement et que les droits modernes n'ont reçus que tardivement, doive être considérée comme "inéluçtable", propre à tout ordre juridique.

Paragr. 2 - Essai de classement des principes généraux de droit en fonction de leur objet.

En réalité, malgré leurs imperfections, ces classifications peuvent être combinées, affinées et explicitées.

Les divers principes rencontrés jusqu'ici peuvent être regroupés en trois catégories en fonction de leur objet, ou, plus exactement, de leur point d'application. On peut distinguer d'une part les règles appliquées aux individus dans l'ordre interne et applicables par analogie aux Etats dans l'ordre international, d'autre part, les principes qui découlent des caractères d'une institution donnée existant dans l'un et l'autre de ces ordres, ceux enfin qui s'appliquent aux personnes privées aussi bien sur le plan international qu'en droit interne.

Cette proposition de classement peut surprendre surtout en ce qui concerne la troisième catégorie puisque, apparemment, elle repose sur une définition très extensive du droit international : elle regroupe les principes applicables aux personnes physiques et morales. Aussi quelques explications sont-elles sans doute nécessaires.

(63) D. P. O'CONNELL, International Law, Stevens, London, 1965, I, p. 10 s.

1). Les principes applicables aux Etats.

Ce premier groupe de principes généraux comprend tous ceux qui reposent sur un double phénomène de transposition : d'une part il s'agit de règles que l'ensemble des droits internes appliquent aux individus et qui deviennent applicables aux Etats ; d'autre part ces règles subissent une sorte de transmutation, passant de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international. Sans qu'il soit nécessaire de décrire dès maintenant plus en détail cette transposition (64), il suffit de remarquer que, normalement, ces principes seront empruntés au droit civil car celui-ci est un droit entre égaux ; or, comme les individus (ou les personnes morales) au regard du droit civil, les Etats sont placés par le droit international sur un pied d'égalité formelle. Le droit civil comme le droit des gens est du reste un système qui fait une large place à la volonté de ses sujets. Certes, les règles d'ordre public sont plus nombreuses et mieux établies dans le premier que les normes de jus cogens dans le second, mais il s'agit d'une différence quantitative qui ne tient pas à une opposition de nature, mais à la relative jeunesse du droit des gens. Rien ne s'oppose dès lors à ce que certaines règles issues du droit privé régissent également les rapports des Etats entre eux.

Puisque, jusqu'à présent, seuls les aspects les plus traditionnels du droit international ont été envisagés, ce sont évidemment les principes généraux entrant dans cette catégorie que l'on a rencontrés le plus souvent, le droit international ayant été d'abord exclusivement et restant aujourd'hui pour une part essentielle le droit des rapports entre Etats. Du reste, comme on a tenté de le montrer (voir supra, pp. 15-25), ces règles de droit interne forment la source matérielle quasi exclusive du droit des gens à ses débuts.

Parmi ces principes applicables aux Etats, on peut mentionner notamment ceux qui se rattachent à l'idée de responsabilité. Ainsi, examinant le problème de la réparation des dommages causés par un Etat à un autre Etat, la Cour Permanente d'Arbitrage, dans l'affaire de l'indemnité russe, a estimé :

(64) Ce double phénomène sera étudié infra (2ème partie, titre II).

" Il n'est pas possible d'apercevoir des différences essentielles
 " entre les diverses responsabilités : identiques dans leur ori-
 " gine, la faute, elles sont les mêmes dans leurs conséquences,
 " la réparation en argent (...).

" Dès l'instant où le tribunal a reconnu que d'après les principes
 " généraux et la coutume, il y avait similitude des situations en-
 " tre un Etat et un particulier débiteur, il est équitable et juridi-
 " que d'appliquer aussi, par analogie, les règles du droit privé
 " commun " (65).

Et, M. Pierre GRAPIN, commentant cette sentence, ajoute :

" ... aucune dissemblance impérieuse n'existe à ce point de vue
 " entre la situation des personnes internationales et celle des per-
 " sonnes privées. On ne voit donc vraiment pas pourquoi des rè-
 " gles inter-sociales différentes seraient appelées à les régir "(66).

On pourrait faire le même genre de remarque en ce qui concerne la notion de contrat et, plus largement, la bonne foi, le respect de la parole donnée. Les traités, comme les contrats, doivent être respectés et tous les principes généraux de droit dans ce domaine découlent de cette idée (67) : par exemple, l'exception non adimpleti contractus ou l'idée d'ordre public, aujourd'hui consacrée par le concept de jus cogens.

Si, à première vue, les principes mentionnés dans cette première catégorie peuvent apparaître comme "inéluçtables" dans le sens donné à ce mot par M. D. P. O'CONNELL (voir supra, p.130), il n'en va pas forcément ainsi dans la mesure où certains, comme les notions de stipulation pour autrui, d'abus de droit ou même, pour quelques auteurs, d'ordre public, ne sont pas absolument inhérents à l'idée même de droit.

2). Les principes découlant des caractères d'une institution donnée.

Parfois, le droit des gens emprunte certaines institutions "en bloc" au droit interne. Celui-ci étant plus anciennement établi,

(65) 11 novembre 1912, préc., R.S.A.N.U., XI, p. 441 et 446.

(66) Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit, préc., p. 14.

(67) Ibid. pp. 67-69 ; Bin CHENG, General Principles of Law, préc., pp. 103-160 ; Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources ..., préc., pp. 155-202 ; Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., pp. 588-607.

plus complet, les organes du droit international modèlent sur les droits nationaux les conséquences découlant de leur existence. C'est ainsi que M. TANAKA a pu écrire que l'expression utilisée par l'article 38-1 (3) du Statut de la C. I. J. recouvre "non seulement les principes juridiques, mais aussi les concepts juridiques fondamentaux dont les normes juridiques sont constituées : personnes, droit, devoir, propriété, actes, contrats, successions, etc." (68). Cette énumération est peut-être un peu large, car, précisément, certaines de ces institutions, transposées en droit international subissent d'importantes modifications ; il n'en est pas toujours ainsi.

Ceci est particulièrement net en ce qui concerne la notion de juridiction longtemps inconnue en droit international : depuis les débuts de l'arbitrage inter-étatique, les Etats, la doctrine, les arbitres eux-mêmes ont toujours calqué les principes applicables sur ceux généralement mis en oeuvre par les juridictions internes avec pour seule limitation les traits particuliers qui différencient un tribunal arbitral d'une juridiction proprement dite ; avec la création des premières juridictions internationales (Cour Centre-Américaine de Justice, C. P. J. I.) ces nuances mêmes ont pratiquement disparues et les juges internationaux ont puisé largement dans les droits internes pour préciser les règles découlant de la nature même de l'institution juridictionnelle (voir supra, p. 122s.).

Ce processus est parfois tout à fait conscient. Ainsi, dans l'affaire Fasla, la C. I. J. rappelant qu'elle est l'organe judiciaire principal des Nations Unies a affirmé que :

" En cette qualité, (elle) ne se prononce que sur la base du droit,
 " indépendamment de toute influence ou de toute intervention de la
 " part de quiconque, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle
 " confiée à elle seule par la Charte et par son Statut. Une Cour
 " remplissant une fonction de Cour de Justice ne saurait agir d'une
 " autre manière " (69).

(68) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 295.

(69) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, C. I. J., Rec. 1971, p. 23. C'est nous qui soulignons.

Il convient aussi de rappeler que les arbitres et les juges internationaux ont également eu parfois l'occasion de définir la notion de juridiction, non pas à propos de problèmes se posant sur le plan international, mais lorsqu'ils ont eu à se prononcer sur des différends nés à propos de sentences rendues par des tribunaux internes. Ainsi, dès 1856, dans l'affaire Croft, le Sénat de Hambourg a estimé que les tribunaux administratifs portugais constituent des juridictions exerçant un véritable "pouvoir judiciaire puisqu'il dépend uniquement de la libre et indépendante interprétation de la loi par des personnes qui en sont régulièrement chargées et non de l'obéissance à des ordres supérieurs" (70). C'est en général de cette manière que les tribunaux internationaux ont eu l'occasion de connaître de la notion de déni de justice (71).

3). Les principes applicables aux personnes privées.

Aujourd'hui, de nombreux tribunaux internationaux sont ouverts directement aux personnes privées. Ainsi que l'a noté M^e Fernand Charles JEANTET,

" Parmi les aspects divers de toutes ces juridictions, l'un des
 " plus intéressants à noter est celui qui oppose les juridictions
 " auxquelles seuls les Etats ont accès à celles qui sont aussi ou-
 " vertes au recours privé.
 " Il est inéluctable que pour des raisons variées, ces dernières
 " tendent à s'accroître. Cela fut particulièrement vrai des juri-
 " dictions temporaires nées de la guerre devant lesquelles l'in-
 " dividu fut admis tantôt comme accusé et tantôt comme victime ;
 " c'est encore vrai des grandes juridictions "administratives"
 " créées pour un personnel de Statut international ; enfin, c'est
 " une caractéristique essentielle des grandes juridictions récen-
 " tes : celles de la Communauté Européenne qui connaissent des
 " recours d'entreprises privées et enfin de la Commission Euro-
 " péenne des Droits de l'Homme qui consacre le droit de l'indi-
 " vidu d'accéder à la justice sur le plan international " (72).

(70) Sentence rendue le 7 février 1856 (Grande-Bretagne - Portugal), *R. A. I.* II, p. 24
 les conséquences tirées de ce principe par la sentence sont très discutables.

(71) Parmi une littérature abondante, v. notamment Gerald FITZMAURICE, "The
 Meaning of the Term" Denial of Justice", *B.Y.B.I.L.*, 1932, p. 93 s.; Charles
 de VISSCHER, "Le déni de justice en droit international", *R.C.A.D.I.* n° 52,
 1935-II, pp. 369-442, C. Th. EUSTATHIADES, La responsabilité internatio-
 nale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni
 de justice en droit international, Pédone, Paris, 1936, 2 vol. VII-331 p., 358 p.
 Sur cet aspect de l'affaire de la Barcelona Traction v. surtout Eduardo
 JIMENEZ DE ARECHAGA, "International Responsibility for Acts of the Ju-
 diciary", *Mél. JESSUP*, pp. 171-187.

(72) Union Internationale des Avocats, Les juridictions internationales - 1958, rap-
 porteur général Fernand Charles JEANTET, Dalloz-Sirey, Paris, 1959,
 Introduction par Fernand Charles JEANTET, p. 24.

Mais même dans le droit des gens le plus traditionnel, le caractère purement inter-étatique apparaît largement comme une fiction : si les personnes privées ne sont pas directement présentes à l'instance (73), les tribunaux internationaux n'en ont pas moins été conduits à appliquer certaines normes qui ne sauraient avoir d'autres objets que de régler les relations des Etats avec des individus et, en aucun cas, celles des Etats entre eux. C'est que l'interprétation classique de la protection diplomatique reste très théorique : sans doute, en principe, les personnes diplomatiquement protégées disparaissent-elles devant l'Etat qui prend fait et cause pour elles ; mais, en réalité, le différend est né par leur fait et ce sont elles qui bénéficieront de l'éventuelle condamnation de l'Etat défendeur.

Il est vrai que la Cour mondiale s'est toujours montrée très attachée à la notion de ce que l'on pourrait appeler l'"opacité" du litige international, c'est-à-dire au fait que,

" En prenant fait et cause pour l'un des sie n s, en mettant en mou-
 " vement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire
 " internationale , cet Etat fait, à vrai dire, valoir son propre
 " droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses
 " ressortissants le droit international " (74).

Il s'agit d'un raisonnement très abstrait qui dissimule mal les intérêts concrets en cause bien mis en lumière par la Commission de Conciliation franco-italienne :

" Il est exact que, à la différence des tribunaux arbitraux mixtes,
 " la Commission de Conciliation ne peut trancher que des litiges
 " entre Etats ; mais les gouvernements agissent dans l'intérêt
 " et pour assurer le respect des droits des ressorti ssants de
 " leurs pays ; c'est surtout et presque exclusivement sur le plan
 " de la procédure que le litige demeure strictement inter-étatique

(73) La présence à l'instance d'individus ou de sociétés se heurte aujourd'hui encore à de grandes réticences. Cf. à cet égard les précautions prises par les rédacteurs de la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour éviter que les individus puissent avoir des contacts avec la Cour et les efforts de la Commission, couronnés d'un succès très partiel pour atténuer la rigueur de cette règle notamment dans les affaires LAWLESS (arrêt de la Cour du 14 novembre 1960, Ann. Jur. Conv. Eur. Dts. H., 1960, p. 493 s et DE BECKER (arrêt du 27 mars 1962, Ibid., 1962, p. 321 s.).

(74) Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2, p. 12 ; Emprunts serbes et brésiliens, arrêts n° 14 et 15, 1929, C.P.J.I., série A, n° 20/21, p. 17 ; Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1955, p. 24.

" sur le fond du droit, la Commission, notamment lorsqu'elle
 " tranche un cas en application de l'article 78, est appelée à re-
 " connaître ou à nier l'existence non pas seulement d'une obliga-
 " tion de l'Etat italien, mais d'un droit subjectif d'un ressortis-
 " sant des Nations Unies " (75).

La différence formelle, soulignée ici, existant entre les Tribunaux Arbitraux Mixtes créés après la première guerre mondiale et les Commissions de Conciliation de 1947 est assez significative : peu importe que la saisine soit le fait dans un cas de personnes lésées elles-mêmes, dans l'autre des Etats, les intérêts protégés sont les mêmes et, dans les deux hypothèses, les juridictions ont eu à se prononcer sur des problèmes concernant en réalité les personnes et non les Etats (76).

Certes, il ne s'agit pas pour les tribunaux internationaux d'appliquer le droit interne de tel ou tel Etat qui reste, selon l'expression de la C. P. J. I. un "simple fait" au regard du droit international (77), mais une comparaison (en général implicite, voir infra, 2ème partie) des solutions apportées à un problème par divers droits nationaux permet au juge international de dégager une règle applicable dans le cas d'espèce, c'est-à-dire un principe général de droit, et s'il s'agit d'un problème propre aux individus ou aux sociétés, un principe général applicable aux personnes privées.

On peut donner un certain nombre d'exemples de cette catégorie particulière de principes. Certains s'appliquent aux personnes physiques : ainsi, il arrive que l'application d'une règle du droit des gens ou la légitimité de l'exercice par un Etat de la protection diplomatique dépende du domicile ou de la nationalité de l'individu lésé et les tribunaux internationaux ont dû dégager des droits internes des principes applicables à ces matières. La solution donnée par la C. I. J. à l'affaire *Nottebohm* repose sur un tel raisonnement ; il peut être résumé ainsi :

(75) *Affaire Ottoz*, décision n° 85, 8 septembre 1950 (tiers membre : Plinio BOLLA) R.S.A.N.U. XIII, p. 232, Rec. Com. Conc. F. -It., fasc. 3, p. 27. L'article 78 du Traité de Paix concerne le rétablissement des droits et intérêts légaux des ressortissants des Nations Unies en Italie.

(76) Sur les T.A.M. v. notamment Rudolf BLÜDHORN, "Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les traités de Paris" préc., et sur les Commissions de Conciliation : Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, "General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions Established Under the Peace Treaty with Italy of 1947", préc., et Fred EICHKOFF et Jehan-Claude LOT, "La Commission Mixte de Conciliation et d'Arbitrage établie par le Traité de Paix avec l'Italie" in *Union Internationale des Avocats, Les juridictions internationales-1958*, préc., pp. 448-470.

(77) Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926. C. P. J. I., série A n° 7, p. 19.

la plupart des Etats n'accordent leur nationalité qu'à des personnes qui ont avec eux des liens effectifs, on peut dès lors considérer qu'il s'agit d'un principe général de droit et ce principe concerne bien les individus même si, par ses effets, il constitue une règle de droit international ; il entre donc dans la catégorie dont il est question ici (78). Un autre exemple montre clairement la différence qui existe entre ces principes et ceux décrits plus haut (sous le chiffre 1) : souvent, les organes du droit des gens ont eu l'occasion de transposer aux traités les règles internes applicables aux contrats ; il s'agit alors de principes entrant dans la première des trois catégories de principes dégagées ; mais parfois, un problème peut surgir en droit international à propos de l'application ^{d'une convention}/signée entre un Etat et une personne privée (79) ou même entre deux personnes privées (80), dans ce cas, le juge ou l'interprète n'aura pas à transposer les principes généralement applicables aux contrats à des instruments internationaux d'un autre type : il utilisera les principes du droit des contrats, mais il s'agira de règles du droit international ; la transposition ne se fera pas à deux niveaux comme dans la première catégorie (voir supra, p.132) ; une règle dégagée de l'ensemble des droits internes sera appliquée à des actes émanant d'individus mais servira à trancher un litige formellement international (81).

-
- (78) Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1955, p. 4 s. En ce qui concerne la notion de domicile, v. par exemple la sentence du surarbitre Robert BUNCH dans l'affaire du Montijo en date du 26 juillet 1875 (Colombie - Etats-Unis), R.A.I. III, p. 666.
- (79) Affaire Martini (Italie-Vénézuéla), sentence rendue le 3 mai 1930 par un Tribunal arbitral présidé par Östen UNDEN (à propos des droits d'un concessionnaire), R.S.A.N.U. II, p. 993.
- (80) Commission de Réclamations Grande-Bretagne - Mexique, décision n° 12, affaires diverses, 15 février 1930, op. diss. du Commissaire britannique, Decisions and Opinions of the Commissioners, p. 109 (forme écrite du contrat).
- (81) V. aussi Affaire Brignone, Commission Mixte Italie-Vénézuéla (protocoles des 13 février et 7 mai 1903, décision rendue par l'Umpire RALSTON, R.S.A.N.U. X, p. 550 (en matière de succession) (date non précisée) ; Affaire Wenzel, Commission Mixte Allemagne-Vénézuéla (protocoles des 13 février et 7 mai 1903), décision rendue par l'Umpire DUFFIELD, R.S.A.N.U. X, p. 432 (sur notion d'amnistic) (date non précisée) ; Affaire G. W. McNAIR Incorporated, Commission de Réclamations (convention du 8 septembre 1923 prorogée par la convention du 16 août 1927), 10 octobre 1928, R.S.A.N.U. IV, p. 375 s. (notion de vente conditionnelle) ; sur la gestion d'affaire v. notamment T. A. M. franco-allemand, 8 avril 1929, Compagnie des chemins de fer du Nord, R.S.A.N.U. IX, p. 67 et Commission de Conciliation franco-italienne, affaire Guillemot-Jacquemin, 21 janvier 1949, Rec. Com. Conc. F.-Ital., fasc. 1, pp. 49-50 (R.S.A.N.U. XIII, p. 62 s.).

D'autres principes s'appliquent aux personnes morales : par exemple la détermination de leur nationalité (82), les règles applicables aux contrats de dévolution totale des biens d'une société (83) ou la notion même de personnalité morale (84). D'autres enfin peuvent appartenir à la catégorie des principes étudiés ici bien qu'ils s'appliquent aux Etats lorsque ceux-ci agissent en tant que personnes privées (85).

C'est à propos de ces principes applicables aux personnes privées que le recours à la notion de "référence" est la plus nette mais, en fait, la classification tripartite proposée repose pour l'essentiel sur ce concept dans la mesure où l'on

" est fondé à parler de référence (ou renvoi) quand la mise en application d'une norme relevant d'un ordre juridique donné exige le recours à une notion relevant d'un autre ordre juridique " (86).

Précisément, c'est le caractère plus ou moins fort de ce "lien de coopération" (87) entre l'ordre interne et l'ordre international qui permet de distinguer trois groupes de principes ; dans le premier ("principes applicables aux Etats"), ce lien est relativement lâche et entièrement intellectuel : on constate qu'il existe une "ressemblance" entre une institution ou une situation propre au droit international et une institution ou une situation qui se présente en droit interne et l'on va appliquer dans les deux cas des règles comparables ; dans le deuxième ("principes découlant des caractères d'une institution donnée"), l'effort

(82) Affaire Madera Company Ltd., Commission de Réclamations Grande-Bretagne Mexique, décision n° 41, 13 mai 1931, Recueil des décisions, p. 71.

(83) Orinoco Steamship Cy., Commission Mixte Etats-Unis - Vénézuéla (protocole du 7 février 1903), sentence rendue par le surarbitre BARGE, R.S.A.N.U. IX, p. 200 (date non précisée).

(84) V. C.I.J., Mémoires, Barcelona Traction Light and Power Company Limited (nouvelle requête : 1962), plaidoirie en réplique du professeur AGO, III, p. 853 s.

(85) Affaire des concessions territoriales des Iles Fidji (Allemagne - Grande-Bretagne), 18 avril 1855, Pas.I., p. 270 (définition d'un acte notarié) ; v. aussi Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, C.P.J.I. série C, n° 11, vol. 1, Mémoire du gouvernement allemand, p. 375 et Discours de M. KAUFMANN (Allemagne), p. 136 (sur la notion de propriété).

(86) Charles de VISSCHER, "La notion de référence (renvoi) au droit interne dans la protection diplomatique des actionnaires des sociétés anonymes", R.B.D.I., 1971, p. 2.

(87) Ibid.

de transposition est au contraire à peu près inexistant : l'institution internationale est purement et simplement identique à l'institution nationale, les mêmes principes s'y appliquent, ils ne dépendent aucunement de l'ordre juridique dans lequel on se trouve (une juridiction est toujours une juridiction qu'elle soit interne ou internationale) ; le troisième groupe enfin ("principes applicables aux individus") occupe une place intermédiaire : les sujets de droit concernés sont les mêmes en droit des gens et en droit interne, mais il faut transposer la règle de l'un des ordres juridiques à l'autre ; en fait, la solution d'un problème international dépend des règles qui sont appliquées par les droits internes dans des circonstances identiques (88).

(88) Le recours à ce raisonnement, utilisé par les juges de la majorité dans l'affaire de la Barcelona Traction (deuxième phase) a été fortement contesté par les juges dissidents.

CONCLUSION DU CHAPITRE I^{er}

Cette distinction entre trois différents groupes de principes présente d'indiscutables inconvénients : la frontière entre eux n'est pas toujours évidente et des règles apparemment semblables peuvent être selon les circonstances appliquées soit aux Etats, soit aux individus. Mais il s'agit d'une distinction fonctionnelle qui ne dépend pas du contenu de la règle mais précisément des circonstances de son application.

Malgré ses imperfections, cette classification semble "opératoire" et permet notamment de ménager la transition entre droit coutumier et principes généraux de droit, le deuxième groupe se rapprochant sans aucun doute beaucoup de la coutume (voir infra, 3^{ème} partie, titre I, chapitres 1 et 3), d'expliquer la prudence inégale des organes du droit international dans le recours aux différents principes (voir infra, 2^{ème} partie, titre II, chapitre 2) et de ne pas introduire de solution de continuité entre le droit international "classique", c'est-à-dire le droit inter-étatique, et les aspects nouveaux du droit international qui font une large place aux personnes privées et où l'on rencontrera par conséquent vraisemblablement surtout des principes relevant des catégories 2 et 3.

Chapitre II - Les domaines nouveaux d'intervention des principes généraux de droit.

Contrastant avec l'intervention aujourd'hui relativement limitée des principes dans le droit international classique, leur présence est très importante dans certains domaines qui se situent à la frontière du droit des gens (1) et connaissent un important développement depuis une période récente. Ce déplacement dans l'utilisation des principes a été remarqué notamment par M. Michael AKEHURST (2), par Wolfgang FRIEDMANN (3) ou par Lord McNAIR (4).

Deux séries de considérations expliquent ce contraste.

- a). Il s'agit de matières nouvelles, inconnues, pour l'essentiel, du droit des gens classique ; le droit qui les régit est donc encore flou. Ces relations d'un genre particulier n'en doivent pas moins être réglementées et, chaque fois qu'un problème se pose, il faut le résoudre sur une base juridique. Cette situation est très comparable à celle du droit inter-étatique durant les XVI^e et XVII^e siècles : à la société internationale en formation s'appliquait un droit naissant et imparfait qu'il convenait de forger et de compléter en faisant appel aux notions couramment reçues dans les droits nationaux. De même, la survenance de problèmes nouveaux du fait de types de relations inconnues jusqu'alors, mettant en cause de nouveaux sujets de droit, appellent l'application de règles que l'on ne peut découvrir qu'en dehors du droit international traditionnel ; comme l'ont fait les "pères" de celui-ci, les personnes affrontées à ces questions nouvelles ont une tendance très naturelle à chercher les réponses dans les systèmes juridiques qui leur sont les plus familiers et dans lesquels la réglementation comporte moins de failles : les droits nationaux.

-
- (1) Ce travail ne constitue pas un cadre approprié pour tenter de démontrer que ces domaines nouveaux font réellement partie du droit international. Nous le pensons ; mais, de toute manière, ce point n'a guère d'importance ici : une constatation s'impose ; les mêmes principes qui sont employés en droit international classique le sont aussi dans ces nouveaux domaines.
- (2) A Modern Introduction to International Law, George Allen and Unwin, Londres, 1970, p. 53.
- (3) The Changing Structure of International Law, préc., pp. 191-192 - v. aussi "The Uses of "General Principles" in the Development of International Law", préc., passim (v. supra p.111).
- (4) "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", préc., passim

b). La tentation est d'autant plus grande de procéder de cette manière que ces situations sont très proches de certaines de celles que l'on peut rencontrer à l'intérieur d'un pays : ces domaines nouveaux sont en effet caractérisés par l'affleurement des personnes privées (qu'elles soient physiques ou morales) à la vie internationale. Dès lors, la transposition des principes de droit interne pose beaucoup moins de problèmes théoriques que lorsqu'il s'agit de les appliquer à des Etats puisqu'elle consiste seulement à changer leur sphère d'utilisation, non à les plaquer sur des sujets de droit différents. Les principes employés appartiennent donc pour l'essentiel - mais pas exclusivement, voir infra, section 1 - à la dernière des catégories dégagées dans le chapitre précédent (pp. 131-139).

Comme l'a écrit le professeur REUTER :

" Beaucoup d'auteurs ont fait justement remarquer combien il
 " était difficile d'appliquer des principes généraux de droit interne
 " dans les relations internationales. Mais cette remarque n'est
 " pleinement valable que pour les rapports entre Etats dans la
 " société internationale inorganisée, rapports qui en pratique sont
 " le plus souvent présentés comme des rapports de pure coordi-
 " nation entre des entités souveraines. Mais le droit international
 " contemporain comprend à côté des règles traditionnellement ap-
 " pelées à régir les rapports entre Etats par des méthodes de
 " coordination, d'autres branches, d'autres variétés de règles
 " qui concernent des rapports entre Etats soumis à un principe
 " d'autorité ou même des rapports concernant directement des
 " particuliers (fonctionnaires, administrés, etc...). Ces rela-
 " tions internationales (...) présentent une grande analogie de
 " structure avec les relations juridiques régies par le droit interne
 " et c'est précisément à leur propos que les principes généraux
 " du droit interne peuvent être appliqués de manière beaucoup
 " plus large " (5).

On peut essayer de vérifier brièvement ces affirmations dans trois domaines dont le développement est récent et qui sont caractérisés par la présence d'individus ; dans deux cas il s'agit de régler leurs relations avec des organisations internationales (le droit

(5) Paul REUTER, "Le droit au secret et les institutions internationales", A. F. D. I., 1956, pp. 58-59.

des organisations internationales - section 1, le droit communautaire - section 3), dans l'autre avec les Etats (section 2) (6).

Sect. 1 - Le droit des organisations internationales.

Les principes généraux occupent une place fondamentale dans le droit des organisations internationales. C'est que la "structure" des organisations internationales, qui a bien des traits communs avec la structure intérieure des Etats, ouvre un nouveau domaine d'application des principes généraux " (7).

Mme. BASTID a bien mis ce phénomène en évidence : le pouvoir réglementaire des organisations internationales, s'agissant de leur propre fonctionnement,

" s'exerce dans un domaine qui était, traditionnellement, en
 " dehors des relations inter-étatiques et il porte au contraire sur
 " des questions bien connues dans le cadre du droit public interne
 " de l'Etat. Dans ces conditions, le droit comparé est appelé à
 " jouer dans ce domaine un rôle de guide pour l'élaboration du
 " droit. (...).
 " Sans doute peut-on aujourd'hui constater la formation dans ce
 " domaine d'un droit commun des organisations internationales
 " auquel, tout naturellement, se reportent les organisations nou-
 " velles, mais lorsqu'un problème nouveau se pose, tel celui des
 " rectifications de vote , les précédents du droit interne prennent
 " une importance essentielle " (8).

Ainsi prend corps, progressivement, un véritable droit administratif (et, dans une certaine mesure, constitutionnel) international fortement inspiré des droits administratifs internes des Etats. Ceci ne va pas sans poser un problème : les droits nationaux ont en effet atteint à cet égard un degré de développement très différent et certains internationalistes ont émis des doutes sur la possibilité de s'en inspirer (9). On ne peut s'arrêter à cette objection : il ne s'agit pas de rechercher

-
- (6) Pour ne pas alourdir excessivement ce chapitre, les problèmes posés par la Convention Européenne des Droits de l'Homme à cet égard ont été très brièvement évoqués supra, p. 108.
- (7) Max SØRENSEN, "Principes de droit international Public - cours général", préc., p. 34.
- (8) "De quelques problèmes juridiques posés par le développement des organisations internationales", Mél. SPIROPOULOS, 1957, pp. 36-37.
- (9) Jugements du Tribunal Administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O. -, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1956, op. diss. BADAWI, pp. 132-140. C. Wilfred JENKS, The Proper Law of International Organizations, Stevens Londres, 1962, p. 59.

arithmétiquement le plus grand commun dénominateur aux divers droits administratifs mais d'appliquer les principes les mieux adaptés pour régir les relations internes à l'organisation ou ses rapports avec des personnes privées qui lui sont extérieures.

" Le fait que certains systèmes nationaux, et surtout ceux qui
 " sont les moins évolués, ne soumettent pas l'activité des pou-
 " voirs publics à une réglementation ou à un contrôle juridic-
 " tionnel, ne pourrait pas empêcher le juge international d'ap-
 " pliquer les principes des systèmes nationaux plus évolués" (10).

Certains des principes employés dans ces conditions régissent le fonctionnement des organes de ces institutions (Paragr. 1), ou leurs relations avec les Etats (Paragr. 2), d'autres concernent leurs rapports avec leur personnel ou leurs cocontractants (Paragr. 3).

Paragr. 1. Les principes généraux applicables au fonctionnement des organes des institutions internationales.

Il n'est pas douteux que la structure d'ensemble des organisations internationales s'inspire fortement des structures étatiques ; il est courant par exemple de parler à leur propos d' "exécutif" et de "législatif". Et l'on peut se demander si le fonctionnement des organes n'est pas assez comparable à celui des institutions correspondantes de l'Etat. Une seule étude d'ensemble a, semble-t-il, été menée sur ce point. Elle est due au professeur TENEKIDES (11) et, bien que restant à un très grand niveau de généralité elle constitue un essai assez convaincant pour montrer que "né dans le cadre national (...), le principe démocratique a pénétré dans les organisations internationales d'où il rejaillit sur les Etats " (12).

Certains exemples plus précis de "contamination" du droit propre aux organisations internationales par le droit interne peuvent être cités.

" Lorsque l'Assemblée de l'U.E.O. a établi sa Charte constitutive, elle s'est appuyée sur le droit commun du parlementarisme

(10) Max SØRENSEN "Principes du Droit International Public", préc., p. 29.

(11) Georges TENEKIDES, "Régimes internes et organisations internationales", R.C.A.D.I., 1963 - III, n° 110, pp. 271-418.

(12) Ibid. p. 400.

pour réclamer l'autorité exclusive sur son personnel administratif" (13). Ce principe est appliqué dans toutes les organisations où l'Assemblée est composée de délégués des Parlements (Communautés, Conseil de l'Europe, notamment).

C'est aussi en s'inspirant du droit parlementaire de la plupart des Etats que le service juridique des Nations Unies a été conduit à estimer qu'il n'est pas de bonne procédure pour l'Assemblée Générale ou ses grandes commissions d'ordonner la suppression de telle ou telle déclaration d'un compte-rendu de séance : "aucune disposition du règlement (de l'Assemblée Générale) ne prévoit d'exception au principe général selon lequel toutes les déclarations prononcées doivent être dûment consignées dans les comptes-rendus " (14).

De même, certaines règles en général applicables aux lois adoptées par les Parlements nationaux ont été utilisées à propos des résolutions des organisations internationales :

" Conformément aux principes juridiques normalement acceptés
 " en l'absence de toutes dispositions contraires à la résolution
 " en question, les décisions qui font l'objet de la résolution 17 (II)
 " du Conseil doivent être considérées comme divisibles de sorte
 " que le Conseil peut appliquer certains paragraphes de cette ré-
 " solution tout en prenant de nouvelles décisions sur les questions
 " visées aux autres paragraphes " (15).

Pour sa part, le Tribunal Administratif des Nations Unies a précisé un certain nombre de règles découlant du principe de non rétroactivité :

" En fixant au 1^{er} janvier 1963 la date de l'entrée en vigueur de
 " l'amendement (d'un texte relatif aux pensions), l'Assemblée
 " Générale a suivi la pratique normale qui consiste à indiquer
 " la date à laquelle un texte législatif qu'il ait ou non effet rétro-
 " actif prendra effet " (16),

dans le même jugement il a rappelé le "principe bien établi selon lequel une législation rétroactive ne doit pas porter préjudice aux droits acquis" et celui de la présomption de non rétroactivité des textes de caractère général.

(13) Suzanne BASTID "De quelques problèmes juridiques posés par le développement des organisations internationales", préc., p. 37.

(14) Avis du 26 novembre 1969, Ann. Jur. N. U., 1969, p. 221.

(15) Avis du service juridique du Secrétariat des Nations Unies du 15 octobre 1965, Ann. Jur. N. U., 1965, p. 243.

(16) Jugement n° 108, KAMIS, 18 octobre 1967.

La Cour Internationale de Justice a également tiré de la pratique généralement suivie en droit interne des conséquences en ce qui concerne les textes créant les juridictions administratives internationales. Un passage au moins de son avis de 1954 est à ce point de vue particulièrement net :

" On a soutenu qu'une autorité ayant pouvoir réglementaire serait
 " par sa nature même incapable de créer un corps subordonné
 " compétent pour rendre des décisions qui lieraient celui qui l'a
 " créé (...). On ne saurait justifier cette allégation par analogie avec des lois nationales, car il est de pratique constante
 " pour les législatures nationales de créer des tribunaux qui ont
 " la capacité de rendre des décisions liant le législateur qui les a
 " créées " (17).

De tels exemples pourraient être multipliés ; ils montrent bien qu'en dehors même de la communauté d'inspiration qui est à l'origine des règles adoptées par les organes des institutions internationales et relatives à leur fonctionnement, certains principes généraux sont considérés comme ayant une force obligatoire à ce point de vue en l'absence en tout cas de normes contraires expresses. Si l'on veut rattacher ces principes aux catégories dégagées dans le chapitre précédent, il s'agit certainement de principes "tenant au caractère propre de l'institution" (voir supra p. 133) ; il convient toutefois de remarquer que, en l'occurrence, les institutions du droit interne ont subi d'importantes modifications avant d'être transposées sur le plan international : il paraît difficile d'assimiler lois et résolutions (même en ce qui concerne celles relatives au fonctionnement interne de l'organisation et qui ont une force obligatoire) ou Assemblée Générale et Parlements mais l'existence de nombreux points communs appelle l'application de principes semblables.

Paragr. 2. Les principes relatifs aux relations entre les organisations internationales et les Etats.

Une autre catégorie de principes concerne les relations entre les organisations inter-gouvernementales et les Etats (en général les Etats membres, mais théoriquement ces principes sont également applicables aux non membres).

(17) Effets de jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, p. 61.

C'est ainsi que les organisations sont conduites à reconnaître leur responsabilité pour certains actes qui lèsent les Etats. Les Nations Unies en particulier ont admis leur responsabilité civile en prenant en charge les dommages et préjudices causés par les forces de maintien de la paix en violation des Conventions de Genève. Au représentant permanent par intérim de l'U. R. S. S. qui protestait contre l'indemnisation des personnes de nationalité belge victimes de tels actes au Congo, U THANT a répondu :

" L'Organisation des Nations Unies, représentée par son Secrétaire Général, a toujours eu pour politique d'indemniser les victimes de dommages engageant la responsabilité juridique de l'Organisation. Cette politique est conforme aux principes généralement reconnus du droit ainsi qu'à la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies " (18).

De manière "symétrique", si l'on peut dire, les organisations internationales peuvent engager la responsabilité d'un Etat qui leur aurait causé un dommage - cela résulte clairement de l'avis rendu le 11 avril 1949 par la Cour Internationale de Justice (19).

De même, les accords passés avec les Etats par les organisations inter-gouvernementales doivent être interprétés conformément aux principes généraux de droit. Deux exemples le montreront.

Le premier concerne l'exonération des véhicules officiels de l'O. N. U. des taxes sur la circulation, ^{problème} dont a été saisi le service juridique de l'Organisation.

" Les divergences d'opinions à ce propos semblent porter sur le sens de l'expression "impôt direct", utilisée à l'alinéa a. de la section 7 de la Convention sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies. Il est vrai que l'interprétation des expressions "impôt direct", "impôts indirects", etc., varie selon les systèmes juridiques des Etats membres, la tradition, l'usage, le système fiscal ou l'administration fiscale. Il convient cependant de faire observer aux autorités fiscales que la dite Convention a été conçue pour être appliquée par tous les Etats membres de l'O. N. U. et que ses termes doivent être compris et appliqués uniformément dans tous les pays dans leur

(18) Lettre du 6 août 1965, S 16597.

(19) Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif C. I. J. , Rec. 1949, réponse à la question 1 a), p. 180.

" acception généralement admise. Le caractère direct ou indi-
 " rect d'un impôt doit être déterminé selon la nature et l'incidenc
 " de l'impôt, c'est-à-dire en considérant qui en assume directe-
 " ment le paiement. Vous comprendrez certainement que l'inter-
 " prétation d'une Convention conçue pour être appliquée par tous
 " les Etats membres ne peut pas dépendre du sens technique d'un
 " expression qui peut varier d'un système fiscal à l'autre " (20).

L'interprétation d'un instrument international unique devant, pour des raisons pratiques évidentes - et même en fonction de considérations d'équité - être uniformes, et aucun droit national ne présentant un titre particulier à être préféré aux autres, il convient donc de chercher la base des distinctions effectuées en général dans les différents droits internes de l'ensemble, ou de la majorité, des Etats membres ; c'est-à-dire, très exactement, d'appliquer les principes généraux de droit.

Pour des raisons un peu différentes, c'est aussi la solution qu'il convient de retenir en ce qui concerne les accords de sièges, comme l'a noté le professeur Jean SALMON à propos de l'installation de l'U. N. E. S. C. O. à Paris : puisqu'il s'agit des relations entre deux sujets du droit international, il n'y a aucune raison pour appliquer les règles retenues par le droit français.

" La seule solution réside alors dans une référence aux principes
 " généraux du droit.

" En l'espèce, on se trouve devant un bail qui a pour modèle loin-
 " tain le bail emphytéotique, sans cependant que le contrat lui-
 " même ou les débats parlementaires y fassent allusion. Seules
 " les déclarations à la Conférence ou en comités ont rappelé l'ori-
 " gine des dispositions du contrat. Si la législation française a
 " servi de base, les cadres de la catégorie juridique de droit in-
 " terne ont été distordus pour s'appliquer à la situation de droit
 " international (durée, renouvellement, prix, cession du droit,
 " construction et ouvrages à l'expiration du bail, charge des
 " impôts, absence apparente de transcription) au point que les
 " notions et techniques développées en droit français en cette ma-
 " tière seraient de fort peu d'utilité pour interpréter le con-
 " trat " (21).

Qu'il s'agisse des principes concernant la responsabilité des organisations internationales ou de ceux relatifs aux contrats

(20) Avis du 5 février 1964, Ann. Jur. N. U., 1964, p. 228. V. aussi T. A. N. U., jugement n° 88, DAVIDSON, 3 octobre 1963.

(21) Jean SALMON, "Quelques remarques sur l'installation du siège de l'U.N.E.S.C.O. à Paris," A. F. D. I., 1957, pp. 464-465.

qu'elles passent, ceux-ci entrent dans la première catégorie de principes dégagés dans le chapitre C précédent et plutôt que de parler de "principes applicables aux Etats " (p. 132) il vaut mieux les appeler "principes généraux applicables aux sujets traditionnels du droit international". Des principes appliqués aux personnes privées dans les droits nationaux sont en effet transposés en droit international à des institutions de droit public.

Paragr. 3. Principes relatifs aux rapports des organisations internationales avec leur personnel et avec leurs cocontractants.

Mais c'est le troisième groupe de principes qui est le plus fréquemment utilisé dans le droit des organisations internationales : les "principes applicables aux personnes privées", plus précisément les principes de droit administratif (lato sensu). Dans le domaine des relations des organisations internationales avec leurs agents ou leurs cocontractants les situations sont en effet très comparables à celles qui sont à l'origine du droit de la fonction publique ou du droit des contrats administratifs : dans les deux cas une personne publique et une personne privée sont en présence. Les mêmes principes vont donc être appelés à régir les mêmes situations et la transposition sera à un seul degré : il ne s'agit plus du droit interne mais du droit international (voir supra p. 135). On peut décrire brièvement les principes applicables aux rapports des organisations internationales d'une part avec leur personnel (A) d'autre part avec leurs cocontractants (B).

A. Les principes généraux applicables dans le droit de la fonction publique internationale.

Ces principes sont extrêmement nombreux et l'on peut en donner une grande quantité d'exemples du fait de l'existence des tribunaux administratifs internationaux qui ont eu l'occasion de se prononcer sur la légitimité d'y recourir (1) et d'appliquer des principes relatifs tant au fonctionnement des juridictions (2) et au fond même du droit (3)

1. "Les premiers contrats passés par l'Organisation des Nations Unies disposaient qu'ils n'étaient soumis à aucun système national spécial,

mais aux principes généraux du droit des contrats" (22), mais, même en l'absence de telles clauses, les juridictions administratives internationales n'ont pas hésité à faire application des principes du droit commun.

" Les tribunaux internationaux, écrit Mme. BASTID, se sont nécessairement trouvés devant d'innombrables lacunes du droit écrit, tant en ce qui concerne le fonctionnement même de la juridiction que le fond du droit. Ils ont donc dû s'appuyer sur des règles non écrites, règles empruntées à ce que l'on peut appeler le fonds commun du droit judiciaire et du droit administratif.
" Ainsi, tout naturellement, ces tribunaux ont utilisé des principes juridiques qui se sont formés dans le cadre interne national mais qui se retrouvent dans plusieurs systèmes de droit " (23).

Il n'est pas contestable que tel est en effet le raisonnement des membres de ces juridictions ; le Tribunal Administratif de l'O. I. T. l'a dit expressément en notant que "c'est une norme fondamentale de toute technique juridique qu'aucun tribunal ne peut s'abstenir de juger sous prétexte de "silence ou d'obscurité de la loi" ... " (24).

Et, dès ces premiers jugements, le Tribunal de la S. d. N. a estimé que,

" Le Tribunal n'a pas à s'arrêter aux considérations d'équité invoquées par le défendeur ; il est tenu d'appliquer le droit interne de la S. d. N. formulé soit par un statut général, soit par des décisions intervenues entre l'administration et ses fonctionnaires ; ce n'est qu'à défaut de l'existence dans telle espèce d'un droit positif qu'il y aurait lieu pour le Tribunal de s'en référer aux principes généraux du droit et de l'équité " (25).

Toutes les juridictions administratives internationales ont suivi cet exemple sans que jamais leur jurisprudence soit contestée sur ce point. Bien au contraire, les fonctionnaires, comme les chefs des administrations défenderesses, ont très fréquemment fait appel aux principes.

(22) Suzanne BASTID, "De quelques problèmes juridiques posés par le développement des organisations internationales", préc., p. 38.

(23) Suzanne BASTID, "Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", R. C. A. D. I., 1957 - II, n° 92, pp. 478-479.

(24) Jugement n° 11, Micheline DESGRANGES, 12 août 1953.

(25) Jugements n° 1, 2 et 3, Palma di Castiglione, Phehan et Maurette, 15 janvier 1929.

2. L'existence même de tribunaux administratifs internationaux a entraîné l'application de nombreux principes généraux de droit tant par ces juridictions elles-mêmes que par la Cour Internationale de Justice qui a été consultée trois fois à leur sujet.

On peut se demander d'abord si les organisations internationales n'ont pas l'obligation de créer un tribunal administratif. Les termes de l'avis de 1954 peuvent le donner à penser :

" De l'avis de la Cour, si l'Organisation des Nations Unies laisse ses propres fonctionnaires sans protection judiciaire ou arbitrale pour le règlement des différends qui pourraient surgir entre elle et eux, ce ne serait guère compatible avec les fins explicites de la Charte qui sont de favoriser la liberté et la justice pour les êtres humains, ou avec le souci constant de l'Organisation des Nations Unies qui est de promouvoir ces fins" (26)

Il faut remarquer cependant qu'aucun principe général de droit n'est invoqué alors que l'on aurait fort bien pu imaginer qu'il soit fait mention du principe selon lequel une procédure juridictionnelle existe dans la plupart des Etats pour assurer la protection des agents publics contre l'arbitraire du pouvoir. C'est d'ailleurs ainsi que le Tribunal Administratif des Nations Unies, dans une affaire récente, a semblé interpréter l'avis de 1954 : "le droit qu'ont les fonctionnaires des organisations internationales de bénéficier d'une protection judiciaire ou arbitrale pour le règlement de leurs différends est bien établi" (27). De façon plus générale et plus vigoureuse encore, le Tribunal Administratif de l'O. I. T. a admis que le droit de recours de l'employé contre l'employeur était un principe général de droit (28). Aussi les juridictions administratives internationales n'ont-elles admis leur incompétence que lorsque celle-ci était manifeste (29).

Depuis les débuts du développement de la fonction publique internationale, il semble d'ailleurs que les organisations aient toujours eu le sentiment d'être tenues d'assurer à leurs fonctionnaires une protection efficace. Ainsi, la S. d. N. a, dès 1925, renvoyé à un collège

(26) Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1954, p. 58.

(27) Jugement n° 144, SAMAAAN, 16 avril 1971.

(28) Jugement n° 122, CHADSEY, 15 octobre 1968.

(29) V. par exemple T. A. O. I. T., jugements n° 67, DARRICADES, 26 octobre 1962 et 137, BRACHE 3 novembre 1969.

de trois juristes indépendants l'examen d'un litige l'opposant au Sieur MONOD, ancien fonctionnaire du Secrétariat alors qu'aucun texte ne l'y obligeait. C'est apparemment le même "sentiment" qui a poussé le Centre International des Hautes Etudes Agronomiques Méditerranéennes à admettre que le différend l'opposant à son ancien Secrétaire Général, pouvait être tranché par la Commission de Recours créée postérieurement à son départ (30).

Lorsque des problèmes surviennent, les organisations sont presque toujours conduites à créer des juridictions administratives appelées à se prononcer de façon définitive (cf. la création de la Commission de Recours de l'O. T. A. N. en 1966) et ce mode de règlement des conflits internes tend à se généraliser (31).

Mme. BASTID, résumant ces constatations, estime,

" It thus appears that even if one cannot speak of a real obligation imposed upon organizations to institute legal remedies, they are at least bound when they have accepted this principle, to extend its benefit to the entire body of their personnel " (32).

On peut sans doute aller plus loin et admettre qu'il s'agit véritablement d'une obligation tenant à l'existence d'un principe général de droit. Sans doute, il est impossible de prétendre que la règle selon laquelle tout plaignant trouve un juge peut être transposée en droit international, mais au sein des organisations internationales il s'agit non d'un droit de "coordination" mais bien d'un droit de "subordination" ; il n'y a donc aucune raison pour que ce principe universellement admis en droit interne ne reçoive pas application dans ce domaine limité.

En ce qui concerne le caractère de ces juridictions, la Cour

-
- (30) V. "La succession des organisations internationales et l'indépendance des fonctionnaires internationaux - A propos d'une décision de la Commission de Recours du C.I.H.E.A.M.", article anonyme, A. F. D. I., 1972, pp. 413-421 (décision du 10 mars 1972, BRAULT).
- (31) Une des dernières créées est le Tribunal administratif de l'O. E. A. qui a déjà rendu quelques décisions. Dans son jugement n° 1 (MORRISON, 31 octobre 1972), toutefois, il a adopté une attitude assez restrictive en ce qui concerne sa compétence.
- (32) "Il semble donc que même si l'on ne peut parler d'une véritable obligation imposée aux organisations d'instituer des procédures juridiques, elles sont au moins tenues, quand elles en ont accepté le principe, d'en étendre le bénéfice à l'ensemble de leur personnel", Have the United Nations Administrative Tribunals Contributed to the Development of International Law ?, Mél. JESSUP, p. 307.

de La Haye et les tribunaux administratifs eux-mêmes ont eu largement recours aux principes généraux de droit.

Dès 1951, le Tribunal Administratif des Nations Unies a considéré que,

" En vertu de la doctrine des pouvoirs présumés (doctrine admise
 " dans le droit constitutionnel des Etats-Unis, et dont il a été fait
 " application récemment par la Cour Internationale de Justice dans
 " un avis consultatif (33)) on doit admettre que l'Assemblée Générale
 " en créant le Tribunal Administratif et le Secrétaire Général
 " en instituant la Commission de Recours, conformément aux instructions
 " de l'Assemblée Générale, ont également investi ces deux organismes
 " de compétence et des pouvoirs nécessaires pour qu'ils puissent exercer
 " leurs fonctions et leurs juridictions d'une manière efficace " (34).

Plus catégorique, la C. I. J. dans son avis de 1954 a affirmé le caractère judiciaire du Tribunal Administratif des Nations Unies en notant que celui-ci est juge de sa propre compétence, rend des jugements définitifs et sans appel, est composé de membres indépendants et peut donner des ordres à l'administration.

" Des termes tels que "tribunal", "jugement", compétence pour
 " "statuer sur les dites requêtes" sont généralement employés
 " pour des corps judiciaires (...).
 " Cet examen des dispositions pertinentes du statut montre que le
 " tribunal est institué non comme un organe consultatif ou comme
 " un simple comité subordonné mais comme un corps indépendant
 " et véritablement judiciaire, prononçant des jugements définitifs
 " et sans appel dans le cadre limité de ses fonctions ".

Et la Cour en déduit que,

" Suivant un principe bien établi et généralement reconnu, un jugement rendu par un pareil corps judiciaire est chose jugée, et
 " a force obligatoire entre les parties aux différends " (35).

Il est clair que la nature de ces organes internationaux est déterminée par référence aux pratiques généralement suivies par les droits nationaux.

(33) V. Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, Rec. 1949, p. 182.

(34) Jugement n° 4, HOWRANI et a., 25 août 1951.

(35) Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1954, pp. 54-55.

Outre ces règles très générales, deux catégories de principes plus spécifiques méritent d'être mentionnées (36). Il s'agit d'une part des principes appliqués en matière de dépens, d'autre part de ceux relatifs à l'égalité des parties.

Ni les statuts de ces juridictions, ni leurs règlements ne mentionnent le problème des dépens ; pourtant, le Tribunal de la S. d. N. dans son jugement n° 13 a admis que,

" lorsque la partie perdante est l'administration, il n'y a aucune raison pour déroger au principe général du droit que les dépens " sauf compensation, sont payés par la partie qui succombe " (37).

Le Tribunal Administratif des Nations Unies a lui aussi affirmé avec force l'existence de ce principe dans sa déclaration du 14 décembre 1950 et l'a constamment appliqué depuis (38) alors que "le Comité des Commissaires aux Comptes, le Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires, ainsi que l'Assemblée Générale indirectement (Cf. résolution du 7 décembre 1951) ont considéré le paiement des dépens comme un versement à titre gracieux" (39). La Cour Internationale de Justice dans l'avis rendu à propos de l'affaire Fasla a semblé admettre implicitement le bien fondé de la position du Tribunal (40).

Le principe de l'égalité des parties au cours de la procédure judiciaire a également reçu application. Dans deux avis rendus à propos des tribunaux administratifs internationaux, la C. I. J. a eu l'occasion d'en préciser les modalités. En 1956, saisie en appel de jugements du Tribunal Administratif de l' O. I. T., la Cour a admis que,

(36) Bien d'autres principes pourraient être évoqués cf. T. A. N. U., jugement n° 6 CRAWFORD et a., 2 décembre 1955 (le Tribunal est compétent pour interpréter ses jugements car il constate que cette compétence "est généralement reconnue aux tribunaux nationaux et internationaux"); T. A. O. I. T., jugements n° 21, Kathryn BERNSTEIN, 29 octobre 1955 (prorogation des délais de recours pour force majeure), n° 185, OZORIO, 8 novembre 1971 (la saisine du tribunal est possible s'il existe une décision implicite de rejet).

(37) Jugement n° 13, SCHUMANN, 7 mars 1934; dans le même sens, jugement n° 24 Dlle. MAYRAS, 26 février 1946.

(38) V. l'opinion écrite de Mme. BASTID en date du 8 décembre 1950 (Doc. A/CN. S/R. 1) et les jugements n° 18 et 28 à 38 du 21 août 1953.

(39) Mohammed BEDJAOUI, Fonction publique internationale et influences nationales, Londres, Stevens, 1958, p. 530.

(40) Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1973, p. 201.

" La voie consultative ici instituée comporte une certaine inégalité
 " entre l'U. N. E. S. C. CO. et les fonctionnaires tant à son point de
 " départ que dans sa mise en oeuvre " (41),

mais elle a constaté que,

" Le principe de l'égalité entre les parties découle des exigences
 " d'une bonne administration de la justice. Ces exigences n'ont
 " pas été compromises en l'espèce par le fait que les observations
 " écrites formulées au nom des fonctionnaires ont été présentées
 " par l'intermédiaire de l'U. N. E. S. C. O. " (42).

Elle a tenu à peu près le même raisonnement en 1973 dans l'affaire FASLA (43). Les Tribunaux Administratifs des Nations Unies et de l'O. I. T. ont aussi estimé que les deux parties devaient être placées sur un pied d'égalité et que par suite les pièces se rapportant à la procédure en cause devaient être communiquées au demandeur (44).

3. Saisis en général de questions qui ne sont pas résolues par les textes élaborés par l'organisation défenderesse, ou qui en exigent l'interprétation, les tribunaux administratifs internationaux ont été amenés à compléter de façon prétorienne le droit de la fonction publique internationale. Pour cela ils ont largement fait appel aux principes généraux de droit.

En matière d'interprétation les juridictions administratives ont utilisé les mêmes principes que la Cour de La Haye dont les décisions sont parfois citées dans les jugements (45) et leur juris-

(41) Jugements du Tribunal administratif de l'O. I. T. sur requêtes contre l'U. N. E. S. C. O., avis consultatif, C. I. J., Rec. 1956, p. 85.

(42) Ibid., p. 86.

(43) Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal Administratif des Nations Unies, C. I. J., 1973, p. 181.

(44) V. par exemple T. A. N. U., jugement n° 74, BANG JENSEN, 5 décembre 1958 ; T. A. O. I. T., jugement n° 191, BALLO, 15 mai 1972.

(45) T. A. N. U., jugement n° 4, HOWRANI, 25 août 1951 ; res magis valeat quam pereat (référence à l'arrêt "Détroit de Corfou", C. I. J., Rec. 1949, p. 24 et à l'avis "Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie", C. I. J., Rec. 1950, p. 235) et pouvoirs implicites (référence à l'avis "Réparation des dommages subis au service des Nations Unies", avis consultatif, C. I. J., Rec. 1949, p. 182) ; v. aussi jugement n° 61, CRAWFORD et autres, 2 décembre 1955, (jugement interprétatif) (référence à l'arrêt "Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile", C. I. J., Rec. 1950, pp. 402-403).

prudence ne présente aucune originalité particulière (46).

Mais c'est surtout en ce qui concerne le fond même du droit que les tribunaux administratifs des organisations internationales ont eu l'occasion de recourir aux principes généraux. Une de leur préoccupation fondamentale a été de définir les pouvoirs discrétionnaires octroyés aux chefs des institutions internationales et d'en fixer les bornes. Dans son jugement n° 18, le Tribunal Administratif des Nations Unies a bien marqué que le pouvoir discrétionnaire ne saurait être exercé pour des fins illicites ce qui constituerait un excès de pouvoir, lequel entraînerait l'annulation des décisions (47) ; et les tribunaux administratifs exercent ce que l'on pourrait appeler leur "contrôle minimum" par référence au droit administratif français, c'est-à-dire qu'ils vérifient que la décision n'est pas entachée d'erreur de droit (48), d'erreur de fait (49), de détournement de pouvoir (50), d'abus de droit (51), d'erreur manifeste d'appréciation, ou d'incompétence (52). Le jugement n° 208 du Tribunal Administratif de l'O. I. T. résume en une formule laconique, rappelant les arrêts du Conseil d'Etat français, les éléments du "contrôle minimum" exercé par cette juridiction sur les décisions du Directeur de l'Union Postale Universelle en matière de classement d'emplois :

-
- (46) V. par exemple, en ce qui concerne le rôle subsidiaire du recours aux travaux préparatoires, les jugements n° 5 à 12 du Tribunal de la S. d. N. en date du 13 janvier 1932 ; le jugement du T. A. N. U. n° 88, DAVIDSON, 3 octobre 1963, rappelle le principe selon lequel "en l'absence de dispositions expresses en sens contraire, on doit donner aux textes leur sens normal et généralement accepté".
- (47) Affaire CRAWFORD, 21 août 1953 ; v. aussi les jugements n° 21 (RUBIN), 22 (KAGEN-POZNER), etc., du même jour.
- (48) Dans son jugement n° 60, BALL, 9 septembre 1955, le T. A. N. U. semble s'être fondé sur l'existence d'une erreur de droit alors que la requérante invoquait plutôt l'erreur de fait.
- (49) Dans l'affaire BALLO, le T. A. O. I. T. a retenu l'erreur de fait de préférence au détournement de pouvoir qu'il aurait pu admettre (jugement n° 191), 15 mai 1972. V. David RUZIE, "Le non-renouvellement des contrats à durée déterminée et l'ingérence des Etats - à propos de l'affaire Ballo", A.F.D.I. 1972, pp. 378-391. V. aussi la décision n° 29 de la Commission de Recours de l'O. T. A. N. en date du 29 octobre 1971.
- (50) V. T. A. O. I. T., jugement n° 13, McINTIRE, 3 septembre 1954 ; 17, 18 et 19, Peter DUNBERG, David N. LEFF, Annette WICCOX, 26 avril 1955 ; 21 à 24, Katharyn BERNSTEIN, Ruth FROHA, Kathryn PANKEY, Hélène VAN GELDER, 29 octobre 1955 (dans les sept derniers jugements, le Tribunal a retenu conjointement l'abus de droit et le détournement de pouvoir) ; T. A. N. U., jugements n° 2, AUBERT et a., 30 juin 1950 ; 24, SAPERSTEIN 21 août 1953 ; 50, BROWN, 11 décembre 1955, etc. ; Commission de Recours de l'O. T. A. N., décision n° 34, 19 novembre 1971. V. aussi J. E. S. FAWCETT, "Détournement de Pouvoir by International Organizations", B. Y. B. I. L., 1957, pp. 311-316.
- (51) T. A. N. U., jugements n° 54, MAUCH, 2 juin 1954 ; et 58, CHATTOP-DHAYAY, 9 septembre 1955.
- (52) Commission de Recours de l'O. T. A. N., décision n° 31, 29 octobre 1971.

" Ces décisions ne peuvent être censurées que si elles sortent du
 " cadre de sa compétence, sont affectées d'un vice de forme ou de
 " procédure, reposent sur des faits inexacts ou une erreur de droit
 " omettent de tenir compte des faits essentiels, sont entachées de
 " détournement de pouvoir ou tirent du dossier des conclusions ma-
 " nifestement erronées " (53).

En l'absence de toute indication dans les textes régissant le personnel des différentes organisations concernées, force est d'admettre que ces garanties des fonctionnaires sont empruntées aux droits nationaux et constituent des principes généraux de droit, comme certaines décisions le précisent du reste expressément.

A plusieurs reprises, les tribunaux internationaux ont eu l'occasion d'appliquer les principes généraux du droit de la responsabilité. Dans son jugement n° 6, le Tribunal Administratif de l'O. I. T. a eu l'occasion de rappeler que toute faute contractuelle implique l'obligation de réparer (54) et celui des Nations Unies a reconnu que l'annulation d'une mesure implique la restitutio in integrum (55). Toutefois, ils n'accordent pas de réparation si le dommage paraît seulement éventuel (56). Complétant ces principes, ces juridictions ont affirmé l'applicabilité des règles relatives à la répétition de l'indû (57) et à la prescription, en indiquant cependant pour ces dernières qu'en l'absence de normes écrites leur utilisation posait de difficiles problèmes pratiques (58).

Les principes qui reviennent sans doute le plus fréquemment dans la jurisprudence administrative internationale sont ceux qui ont trait au droit de la défense. Dans son jugement n° 4, le Tribunal Administratif des Nations Unies a affirmé :

" En l'absence d'une disposition expresse à cet effet, le Tribunal
 " ne saurait admettre que la Commission préparatoire et, par
 " suite, l'Assemblée Générale qui, en 1946, a adopté le Statut du
 " personnel et recommandé le Règlement du personnel au Secré-
 " taire Général, puis approuvé le Statut du Tribunal en 1949, aient
 " songé à une dérogation aussi grave aux principes généraux qui
 " garantissent la procédure d'appel et le respect des formes ré-
 " gulières, que celle qui résulterait de la thèse du Conseil du

(53) Jugement n° 208, JOSHI, 14 mai 1973.

(54) ROBARTH, 27 février 1947 ; v. aussi T.A.N.U., jugement n° 68, BULSARA, 22 août 1957.

(55) Jugement n° 97, LEAK, 4 octobre 1965.

(56) T. A. N. U., jugements n° 11 et 12, HOWRANI et KEENEY, 12 novembre 1951.

(57) T. A. O. I. T., jugement n° 53, WAKLEY

(58) T. A. N. U., jugement n° 124, KAHALE, 31 octobre 1968.

" défendeur, lequel soutient que le Secrétaire Général a le droit
 " de ne révéler les motifs du licenciement ni aux fonctionnaires
 " intéressés, ni à la Commission de recours " (59).

Dans un jugement récent, le Tribunal Administratif de l'O. I. T. est encore plus catégorique :

" Un fonctionnaire poursuivi disciplinairement a le droit d'être
 " entendu avant qu'une sanction ne soit prise contre lui. Ce droit
 " comprend notamment la faculté de participer à l'administration
 " des preuves. Résultant d'un principe général, il doit être res-
 " pecté nonobstant toute disposition contraire, aussi bien qu'en
 " l'absence de texte " (60).

" La nécessité d'une procédure régulière permettant d'assurer comme
 il convient la défense des fonctionnaires" apparaît donc comme un "prin-
 cipe général universellement reconnu dont le respect s'impose " aux
 administrations internationales (61).

On peut également mentionner le principe de l'égalité des
 fonctionnaires qui a donné lieu à quelques applications intéressantes (62)
 et que le Tribunal Administratif de l'O. I. T. a défini comme une règle
 générale du droit qui s'applique même à défaut de texte exprès et selon
 laquelle "les personnes qui se trouvent dans une situation semblable en
 fait et en droit doivent être traitées juridiquement de la même manière"
 (63).

Ces quelques exemples montrent bien que de nombreux prin-
 cipes généraux de droit sont applicables en droit administratif internatio-
 nal. S'agissant des règles relatives au fonctionnement des juridictions
 internes des diverses organisations internationales, ils se rattachent

(59) HOWRANI et a. , 25 août 1951.

(60) Jugement n° 203, FERRECHIA, 14 mai 1973 (v. aussi, mais dans des termes
 moins catégoriques, T.A.N.U. , jugement n° 123, ROY, 31 octobre 1968).

(61) T.A.N.U. , jugement n° 103, AZZU, 11 octobre 1966 ; v. aussi les jugements
 n° 6, KEENEY, 4 septembre 1951 ; 74, BANG-JENSEN, 5 décembre 1958 ;
 114, KHEDERIAN, 23 avril 1968, etc. et T.A.O.I.T. jugements n° 42, MILOUS
 13 septembre 1960 et 69, KISSAUM, 11 septembre 1964, etc. Le jugement
 n° 179, VARNET, rendu le 8 novembre 1971 par le T.A.O.I.T. rappelle la
 "règle du droit" selon laquelle "toute personne appelée à prendre des déci-
 sions qui touchent les droits et les devoirs d'autres personnes soumises à
 son autorité doivent se récuser au cas où son impartialité peut être mise en
 doute pour des motifs objectifs ; cette règle s'applique même sans texte !"

(62) V. T.A.O.I.T. , jugements n° 57 et 66 dans l'affaire PRESS (2 mai et 26 octobre
 1962) (sur les droits égaux des fonctionnaires internationaux sur leurs tra-
 vaux) et T.A.N.U. , jugement n° 162, MULLANI, 10 octobre 1972 (sur le
 principe de l'égalité des sexes).

(63) Jugement n° 208, JOSHI, 14 mai 1973.

à la catégorie des principes tenant au caractère de l'institution ; au contraire, ceux relatifs au personnel sont des principes applicables aux individus.

Il en est de même des principes régissant les relations entre les organisations internationales et les personnes privées avec lesquelles elles passent des contrats.

B. Les principes généraux de droit applicables aux relations entre les institutions internationales et leurs cocontractants (64).

Au point de vue doctrinal, il paraît difficile de contester que les contrats passés entre une organisation inter-gouvernementale et une personne privée sont soumis aux principes généraux de droit que l'on peut utiliser également pour les interpréter. Malgré des opinions divergentes sur la portée de cette thèse, tous les auteurs qui se sont intéressés à ce problème semblent partager cette opinion (65). En effet, il ne paraît guère indiqué de recourir au droit national du cocontractant pour plusieurs raisons : d'une part, les risques de modifications unilatérales du droit applicable par l'Etat dont le cocontractant est ressortissant peuvent compromettre l'équilibre du contrat malgré la volonté de l'organisation, inconvénient extrêmement grave pour les transactions importantes, d'autre part, en cas de difficultés d'application ou d'interprétation, des conflits difficilement solubles risquent de se produire entre le droit de référence et celui de l'organisation ; de plus, une telle solution risque d'introduire une diversité fâcheuse entre les différents contrats passés par une organisation.

Il arrive cependant que les conventions signées entre une organisation internationale et un cocontractant privé fassent référence au droit d'un pays donné : ainsi, les contrats passés par l'O. N. U.

(64) Il s'agit ici de contrats, non de traités (voir supra paragr. 2) : seules sont donc prises en considération les relations des organisations internationales avec les individus, les sociétés, et avec les Etats dans la mesure où ils agissent comme pourraient le faire des personnes privées.

(65) V. notamment Suzanne BASTID, Cours de droit international public, D. E. S., Problèmes juridiques posés par les organisations internationales, Les Cours de Droit, 1971-72, p. 338 ; Wolfgang FRIEDMANN, The Changing Structure of International Law, préc., p. 171 s ; C. Wilfred JENKS, The Proper Law of International Organizations, préc., p. 152 s ; Finn SEYERSTED, "Applicable Law in Relations Between Inter-Governmental Organizations and Private Parties", R.C.A.D.I. 1967-III, n° 122, pp. 427-616.

prévoient en général l'application du droit de l'Etat de New-York. Certains contrats stipulent cependant expressément qu'en cas de litige, ils seront interprétés en fonction des principes généraux de droit (66) et dans d'autres cas, on constate que certaines clauses spécifiques renvoient implicitement à ces principes généraux : ainsi, le contrat d'emprunt en date du 20 juin 1955 entre la B. I. R. D. et The Karachi Electric Supply Corporation Ltd., société anonyme pakistanaise, prévoit en son paragraphe 5, alinéa 1 :

" L'Emprunteur exécutera et achèvera le projet et il exploitera son entreprise y compris le projet, avec la diligence voulue, dans les meilleures conditions, suivant les règles de l'art et conformément aux principes d'une saine gestion financière et aus usages des services d'électricité " (67).

Le caractère technique des "principes" et "usages" auxquels il est fait référence ne doit pas masquer leur nature : il s'agit de principes généraux de droit.

Mais, dans la plupart des cas, les contrats sont muets sur le droit applicable :

" The major reason why general principles of law are not referred to more frequently is probably that they are not defined anywhere and that express reference to them in contracts might therefore provoke the other party to press for an explanation of what they would involve with regard to any specific issue that might arise " (68).

Quoiqu'il existe peu de jurisprudence arbitrale publiée sur ce problème, il paraît certain pour les raisons avancées plus haut, qu'en cas de litiges ou de lacunes, il convient d'utiliser les

(66) V. les exemples cités par Finn SEYERSTED, op. cit. note précédente, pp. 494 et 496 et, par exemple, la Convention entre la S. d. N. et la Radio Suisse pour l'établissement d'un poste de radio aux environs de Genève en date du 2 mai 1930, ou le contrat passé en 1967 entre l'O. I. T. et la Property Foundation for International Organizations pour la construction de nouveaux bâtiments (Bull. Off. O. I. T.), 1967 - article 18).

(67) Nations Unies, Rec. des Traités, 1956, n° 3176, p. 57.

(68) "La principale raison pour laquelle les principes généraux de droit ne sont pas mentionnés plus souvent tient probablement au fait qu'ils ne sont définis nulle part et qu'une référence expresse dans les contrats risquerait d'inciter l'autre partie à demander une explication sur ce qu'ils impliqueraient si tel problème particulier venait à se poser", Finn SEYERSTED, op. cit. dans la note n° 63, pp. 525-526.

principes généraux de droit (69). Du reste, dans un cas au moins, un arbitre, le Professeur BATTIFOL a appliqué le "principe général de droit de l'effet obligatoire des contrats" en l'absence de toute disposition particulière dans le contrat (70).

Le droit des organisations internationales dans son ensemble apparaît donc comme un domaine particulièrement favorable aux principes généraux de droit ; la similarité des situations avec celles du droit interne, la relative jeunesse de cette branche du droit international, expliquent ce phénomène ainsi que l'absence d'implication directe d'Etats souverains dans la plupart des cas. C'est d'ailleurs surtout dans le domaine des relations des organisations internationales avec leurs fonctionnaires que l'on rencontre de très nombreux principes généraux de droit : ici les Etats ne sont concernés que très indirectement (sauf au point de vue budgétaire) et les tribunaux administratifs ont pu s'inspirer largement des exemples des droits nationaux.

Sect. 2 - Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères.

Il y a quelques années un tel sujet n'aurait pas eu sa place dans une étude de droit international public : selon la Cour Permanente de Justice Internationale, "tout contrat qui n'est pas un contrat entre des Etats a son fondement dans une loi nationale" (71), et la C.I.J. a adopté une position très voisine en 1952 dans l'affaire de l'Anglo-Iranian (72) mais "on assiste depuis quelque temps à des tentatives répétées d'arracher les relations contractuelles entre Etats et ressortissants étrangers à l'attraction de l'ordre juridique national de l'Etat contractant

(69) En ce sens, outre le cours de Finn SEYERSTED, préc., v. sur deux points concrets : Jean SALMON, "L'emprunt de 200 millions de dollars de l'Organisation des Nations Unies", A.F.D.I., 1962 : "Que des personnes privées soient ou non admises à souscrire à cet emprunt, ce dernier n'en restera pas moins régi par le droit international, c'est-à-dire, à l'exclusion de tout droit interne, par ses termes, et, dans l'hypothèse où une interprétation serait nécessaire, par les principes généraux du droit" (p. 570) ; et J. E. S. FAWCETT, "The Place of Law in International Organizations", B.Y.B.I.L., 1960, à propos des réglementations élaborées par la F.M.I.

(70) Affaire DEAN c. UNWRA (A/CN.4 I.L. 118, Add. 1, p. 10)

(71) Emprunts serbes, arrêt n° 14, 1929, C.P.J.I., série A, n° 20/21, pp. 41-42.

(72) Anglo-Iranian Oil Co., arrêt, C.I.J., Rec. 1952, p. 92 s.

afin de les placer, en quelque sorte, dans l'orbite du droit international public ou, à tout le moins, dans celle d'un ordre juridique sui generis qui serait plus proche de l'ordre international que des systèmes juridiques nationaux⁽⁷³⁾.

La question est très controversée et mériterait de longs développements qui n'ont pas leur place ici. Il suffit de constater qu'au sein des partisans de la thèse classique, selon laquelle ces contrats sont rattachés exclusivement à la loi nationale de l'Etat contractant, s'opposent les tenants de la théorie de l' "internationalisation" de ces conventions d'un type particulier. Entre ces deux points extrêmes, un certain nombre d'auteurs prennent position en faveur du "contrat sans loi", thèse selon laquelle : "The lex contractus created by a quasi-international agreement is an independent legal order regulating the relations between the parties exclusively" (74). D'autres enfin considèrent que ces contrats sont soumis à un nouvel ordre juridique intermédiaire entre le droit interne et le droit des gens et qu'ils sont régis exclusivement par les principes généraux de droit.

Cette thèse - qui sera examinée plus en détail ultérieurement (75) - a en tout cas le mérite d'insister sur la très grande importance qu'ont les principes généraux de droit en la matière, et c'est cela qui importe ici : il s'agit en effet de savoir si les principes généraux de droit sont applicables et s'ils présentent les mêmes caractères que ceux que l'on rencontre dans le droit international classique.

Les mêmes raisons qui militent en faveur d'une réponse affirmative pour les contrats conclus entre une personne privée et une organisation internationale se retrouvent ici. Mais, d'une part, à la différence du droit des organisations internationales, les droits nationaux sont complets et peuvent "matériellement" constituer en général le droit régissant le contrat et, d'autre part, comme dans l'hypothèse précédente

(73) Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier étranger", R.C.A.D.I., 1969-III, n° 128, pp. 101-102.

(74) "La lex contractus créée par un contrat quasi-international constitue un ordre juridique indépendant réglementant exclusivement les relations entre les parties", Alfred VERDROSS, "Protection of Private Property under Quasi-International Agreements", Mémoires FRANCOIS, Sijthoff, Leiden, 1959, p. 355.

(75) V. 3ème partie, introduction.

il convient de nuancer cette opinion car tous les contrats entre Etat et personne privée étrangère ne présentent pas les mêmes caractères. Pour certains l'application pure et simple du droit national de l'Etat contractant ne pose guère de problèmes : il est clair qu'il en est ainsi pour un contrat passé entre une société X de nationalité Y avec le ministère des transports de l'Etat Z pour la fourniture de taille-crayon. Au contraire, pour les conventions portant concession de grands travaux ou prévoyant l'exploitation à grande échelle des ressources naturelles du pays par une société étrangère, les emprunts internationaux d'un montant élevé, l'application du droit interne est plus discutable. Si l'on peut avancer un critère de distinction entre ces contrats "quasi-internationaux" et les autres, ce serait sans doute les menaces plus ou moins grandes que le contrat fait peser sur la souveraineté de l'Etat partie. Certes, il n'existe pas, dans ce cas, de coupure nette entre les uns et les autres, mais il semble difficile, dans l'état actuel de la question de la résoudre de manière catégorique ; une seule chose paraît certaine : tous les contrats conclus entre un Etat et un particulier étranger ne présentent pas les mêmes caractères, et si certains s'accommodent fort bien de l'application du droit national, d'autres, qui sont conclus en quelque sorte inter pares exigent un traitement différent. Seuls ceux-ci sont pris en considération ici (76).

Reprenant la démarche suivie par M. WEIL, dans le chapitre du cours qu'il a consacré aux problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier, portant sur l'"internationalisation des relations contractuelles" (77), on peut étudier les données de base de la question (paragr. 1) avant d'en tenter une synthèse (paragr. 2) en se limitant cependant à l'application des principes généraux de droit.

Paragr. 1. Les données de base.

1. La relative rareté des exemples que l'on peut citer en matière de contrats entre un Etat et un ressortissant étranger tiennent d'une part à la

(76) V. le "faisceau d'indices" proposés par Lord McNAIR in "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", B.Y.B.I.L., 1957, p. 3.

(77) Préc., note n° 73, pp. 157-188.

discrétion et au goût du secret dont font en général preuve les partenaires, et d'autre part au caractère "mixte" de ces contrats qui fait que pendant longtemps ils ont été négligés tant par les publicistes que par les privatistes. Aussi, ce sont toujours les mêmes contrats, les mêmes sentences arbitrales, auxquels on est réduit à faire référence. La rareté de cette documentation ne laisse cependant guère de doute sur l'utilisation des principes généraux de droit dans ce domaine.

Les clauses relatives au choix du droit applicable ne figurent pas dans tous les contrats entre Etats et personnes privées étrangères. Lorsqu'elles sont présentes elles se réfèrent souvent au droit national de l'Etat contractant et ces contrats n'entrent dès lors pas, en principe dans le champ de cette étude.

D'autres se bornent à des indications extrêmement vagues et imprécises. Ainsi, le contrat conclu entre l'U. R. S. S. et la société britannique Lena Goldfield, le 18 août 1925, prévoit l'application d'une part du droit soviétique, d'autre part de la bonne foi (articles 75, 76 et 89) ; de même l'accord conclu entre l'entreprise canadienne Sapphire Petroleum Ltd Co. et l'Iran, le 16 juin 1958, prévoit que :

" Les parties s'engagent à exécuter les dispositions du présent
 " contrat conformément aux principes de la bonne foi et de la
 " bonne volonté et en respectant tant l'esprit que la lettre de
 " l'accord " (78).

L'article 17 de la concession accordée le 11 janvier 1939 par le Sheik d'Abu Dhabi à la Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. fait référence à la bonne foi et à la raison ; et M. GUGGENHEIM cite le cas d'une convention conclue en 1957 entre une société franco-canadienne et un Etat africain prévoyant que le tribunal arbitral constitué en cas de litige statuera "sur les bases de la présente convention et en équité" (79)

Certains accords font des références beaucoup plus précises à des " principes généraux de droit ". A titre d'exemples, on

(78) Traduction de l'original anglais par Jean-Flavien LALIVE in "Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère", A.S.D.I., 1962, p. 276.

(79) Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international, préc., p. 309.

peut citer (80) l'article 22 de la concession accordée le 29 avril 1923 par la Perse à l'Anglo-Persian Oil Cy. qui prévoit que la sentence arbitrale rendue en cas de différend sera fondée sur les principes de l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. ; la plus célèbre et l'une des plus explicites des clauses de ce genre est l'article 46 de l'accord relatif au consortium des pétroles de l'Iran des 19-20 septembre 1954,

" Les parties au présent accord étant de nationalités diverses, le
 " dit Accord sera régi par les principes de droit communs à l'Ira
 " et aux divers pays dont les autres parties ressortissent et, à
 " leur défaut, par les principes du droit généralement reconnus
 " par les nations civilisées, y compris ceux dont les tribunaux
 " internationaux ont fait application " (81).

D'autres stipulations qui font expressément référence aux principes généraux de droit peuvent être mentionnées, notamment, l'article 40 du contrat entre la société italienne A. G. I. P. et la N. I. O. C. (Compagnie Nationale Iranienne des Pétroles) du 3 août 1957 (82), l'article 22 de l'accord de 1958 entre la Compagnie des transports par pipe-lines au Sahara, société française, et la Tunisie, l'article 41 de la convention E.R.A.P. - N.I.O.C. de 1966 ou l'article 35 du contrat de 1968 liant l'E.R.A.P. et l'I.N.O.C. (Compagnie Nationale Iraquienne des Pétroles) qui disposent : " le tribunal arbitral se prononcera sur le litige en équité et conformément aux principes généralement reconnus", etc.

De ces clauses de choice of law, il faut rapprocher les stipulations de certains traités entre Etats dont l'objet est de régler les différends qui pourraient surgir du fait de l'application de ces contrats quasi-internationaux. Parmi eux, le plus important est la "Convention B. I. R. D." du 18 mars 1965 (83) dont l'article 42, paragr. 1 prévoit :

(80) Sauf mention contraire, ces textes sont cités par Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", préc., p. 161 s. V. aussi Aron BROCHES "Choice of Law Provisions in Contracts with Governments", International Contracts: Choice of Law and Language, Parker Studies in Foreign and Comparative Law, pp. 74-75.

(81) Les accords entre Koweït et l'Arabian Oil Cy. (5 juillet 1959), Koweït et Shell (1961), la R.A.U. et la Pan American (1963 et 1964) comportent des clauses très voisines. L'article 12 de l'accord supplémentaire entre le souverain de Qatar et la Qatar Petroleum Company du 31 décembre 1964 ne vise que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (voir aussi l'accord initial du 17 mai 1935) (Cités par Henry CATTAN, The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa, Parker School of Foreign and Comparative Law, Oceana Publications, New-York, 1967, p. 63).

(82) Pour ne pas compliquer inutilement une matière déjà délicate, les organismes de droit public sont ici assimilés à l'Etat lui-même.

(83) Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements, entre un Etat et les ressortissants d'autres Etats.

" Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de
 " droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties
 " le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au diffé-
 " rérend - y compris les règles relatives au conflit de loi - ainsi
 " que les principes de droit international en la matière ",

Le Rapport des Administrateurs de la Banque mondiale sur cette convention précise : "le terme "droit international" doit être interprété dans le sens de l'article 38 (1) des Statuts de la C. I. J., compte tenu cependant du fait que l'article 38 est destiné à s'appliquer à des différends inter-étatiques" (84) ; il vise donc, notamment, les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". L'article VII de la Convention de Genève de 1961 sur l'arbitrage commercial international laisse aux parties le soin de déterminer le droit applicable ; à défaut d'indications sur ce point,

" Les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle des conflits que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce. Dans les deux cas, les arbitres tiendront compte du contrat et des usages du commerce ".

Ainsi, d'une part les parties peuvent décider que les principes généraux de droit seront applicables, et d'autre part, de toute manière, les "usages du commerce", c'est-à-dire certains principes généraux de caractère technique, seront pris en considération.

L'article 46, paragr. 4 de l'accord entre la France et l'Algérie concernant le règlement de questions touchant les hydrocarbures et le développement industriel en date du 29 juillet 1965 qui prévoit la constitution d'un tribunal arbitral en cas de litige entre l'Etat algérien et les sociétés titulaires de titres miniers et de transports disposait (85)

" Le tribunal arbitral international statue sur la base du droit applicable en vertu du Code pétrolier saharien et, en tant que de besoin, des dispositions du présent accord. L'interprétation du Code pétrolier saharien est, si nécessaire, effectuée par référence au droit administratif français. En cas de silence ou de lacune des textes, le tribunal peut recourir aux principes généraux du droit ".

(84) Rapport du 18 mars 1965, p. 14, paragr. 40.

(85) On peut considérer que ce traité est tombé en désuétude à la suite des ordonnances algériennes du 24 février 1971.

2. La tendance des arbitres saisis de litiges concernant les contrats quasi-internationaux à faire référence plus ou moins nettement à des principes généraux empruntés à la généralité des droits internes est ancienne et bien établie (86). Déjà, la sentence rendue par Napoléon III en 1864, dans un litige opposant le vice-Roi d'Egypte à la Compagnie Universelle du Canal de Suze, paraît se fonder sur une confrontation (implicite) des droits internes pour dégager les caractères et les effets d'un contrat (87) et M. Jean-Flavien LALIVE indique que :

" En 1897, déjà, dans un arbitrage entre les chemins de fer de
 " l'Allemagne du Sud (entreprise publique) et l'administration des
 " chemins de fer suisses (alors entreprise privée), une question
 " de dommages-intérêts à verser par une compagnie à l'autre pour
 " usage de matériel roulant fut tranchée sur la base des principes
 " généraux du droit et de l'équité et non par référence au droit
 " suisse ou au droit allemand " (88).

En 1930, dans l'affaire de la Lena Goldfields, les arbitres, malgré la mention expresse faite par le contrat de la législation "actuelle et future" de l'U. R. S. S., ont semblé se rallier aux vues du conseil de la Compagnie selon lequel, à certains égards,

" ... the general principles of law such as those recognized by Article 38 of the Statute of the Permanent Court of International Justice at The Hague should be regarded as "the proper law of the contract" and in support of this submission counsel for Lena pointed out that the Concession Agreement (...) (was) signed not only on behalf of the Executive Government of Russia generally but by the Acting Commissioner for Foreign Affairs, and that many of the terms of the contract contemplated the application of international rather than merely national principles of law. In so far as any difference of interpretation might result, the Court holds that this contention is correct " (89).

(86) Le problème du droit applicable à l'institution arbitrale elle-même n'est pas envisagé ici.

(87) Sentence du 6 juillet 1864, Pas. I, p. 123 s.

(88) Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse ...", préc., pp. 296-297.

(89) " ... les principes généraux de droit tels que ceux reconnus par l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. devraient être tenus comme le droit propre du contrat et, pour étayer cette affirmation le conseil de la Lena a fait remarquer que le contrat de concession (...) a été signé non seulement au nom du gouvernement russe en général mais par le Commissaire suppléant aux Affaires Etrangères lui-même, et que beaucoup des termes de l'accord supposent l'application de principes juridiques internationaux plutôt qu'exclusivement nationaux. Dans la mesure où une différence d'interprétation pourrait en résulter, la Cour estime que cette argumentation est correcte Cornell Law Quarterly, 1950, p. 50, sentence du 3 septembre 1930.

Ainsi, pour admettre l'applicabilité des principes généraux de droit, le Tribunal a postulé l' "internationalisation" partielle du contrat du fait d'une part de la signature par le vice-Ministre des Affaires Etrangères et d'autre part de certaines de ses clauses - il ne peut s'agir que de celles prévoyant l'exécution du contrat de bonne foi (préc., p. 165) ; invoquant le droit soviétique, allemand, écossais, et, dans une certaine mesure, anglais, il fait application du principe de l'enrichissement sans cause.

Dans la sentence rendue à propos du litige opposant l'International Marine Oil Company et le souverain de QATAR, l'arbitre a suivi exactement le même raisonnement (90). De même, dans l'affaire de la Sapphire, l'arbitre, M. Pierre CAVIN a rappelé qu'

" en droit commun le juge qui statue sur un différend relatif à l'in-
 " terprétation ou à l'exécution du contrat se réfère normalement
 " aux règles supplétives contenues dans la législation positive ap-
 " plicable au contrat. La référence aux règles de la bonne foi
 " (article 38 de l'accord de 1958, préc., p.165)" jointe à l'absence
 " de toute référence à un droit national, invite au contraire le juge
 " à déterminer, selon l'esprit de l'accord, quel est raisonnablemen-
 " le sens à donner à une disposition litigieuse du contrat. Il se jus-
 " tifie dès lors de voir dans une telle clause une manifestation de la
 " volonté des parties de se soustraire à une législation déterminée
 " de droit strict, et partant de faire appel aux règles du droit fon-
 " dées sur la raison commune aux nations civilisées. Ces règles
 " sont consacrées comme sources de droit par l'article 38 du Sta-
 " tut de la Cour Internationale de Justice et de nombreuses déci-
 " sions de juridictions internationales les ont dégagées et précisées
 " Leur application se justifie d'autant plus que le présent contrat
 " conclu entre un organisme d'Etat et une société étrangère, rele-
 " vant du droit public par certains de ses aspects, a un caractère
 " quasi-international, échappant à la souveraineté des législateurs
 " particuliers et diffère profondément d'un contrat commercial
 " ordinaire ".

L'arbitre voit un autre indice de la volonté des parties de soumettre le contrat aux principes généraux de droit dans l'article 37 de celui-ci stipulant que le terme de "force majeure" doit être défini conformément aux principes du droit international :

(90) 1er juin 1953, I.L.R. , 1953, p. 534 s.

" Il est caractéristique que, dans la seule clause de leur contrat
 " qui précise une notion conventionnelle par une référence à un
 " système juridique déterminé, les parties ne se soient pas re-
 " portées à la loi iranienne - qui pourtant connaît cette notion
 " (article 229 du code civil, selon AGHABADIAN, Législation
 " iranienne actuelle, Paris, 1951) - ni au droit d'aucune autre
 " nation ; mais qu'elles fassent appel aux principes généraux de
 " droit international qu'elles déclarent expressément applica-
 " bles " (91).

M. CAVIN énumère ensuite, à l'appui de son raisonnement, un certain nombre de contrats faisant référence aux principes généraux de droit.

On peut citer aussi une sentence inédite rendue le 7 juillet 1966 par un tribunal présidé par le professeur GUGGENHEIM entre la Grèce et diverses sociétés d'électricité. Après avoir constaté que le contrat ne contient aucune clause relative au droit applicable, les arbitres considèrent :

" Comme particulièrement indiqué en l'espèce l'application par
 " analogie des principes généraux de droit reconnus par les na-
 " tions civilisées, au sens de l'article 38, ch. 1, litt. 2 du Statut
 " de la Cour Internationale de Justice " (92).

Dans l'affaire de l'Aramco, les arbitres devaient se prononcer, en vertu du compromis du 23 février 1953, d'une part selon le droit de l'Arabie Séoudite pour les questions rentrant dans sa juridiction, et d'autre part en fonction du "droit que le Tribunal jugera applicable". Aussi, celui-ci a-t-il décidé ,

" Dans la mesure où des doutes pourraient subsister, soit sur le
 " contenu, soit sur le sens des accords passés entre les parties,
 " il y a lieu de remonter aux principes généraux du droit pour en
 " faire application et interpréter ou même compléter les droits
 " et obligations respectifs des parties " (93).

Même lorsque le Tribunal a, dans cette affaire, appliqué le droit de l'Arabie Séoudite, il a pris soin d'en vérifier la conformité avec les

(91) Sentence du 15 mars 1963, citée par Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse ...", préc., pp. 285-286.

(92) Passage cité par Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier," préc., p. 169.

(93) Sentence du 23 août 1958, R. C. D. I. P., 1963, p. 315 (texte anglais, I. L. R., vol. 27, p. 168) - V. aussi les articles de Suzanne BASTID "Le droit international public dans la sentence Aramco", A. F. D. I., 1961, pp. 300-311, et de Henri BATTIFOL "La sentence Aramco et le droit international privé", R. C. D. I. P., 1964, p. 647.

principes généraux de droit commun (94) et il l'a interprété à leur lumière. Ceci semble être d'ailleurs une attitude constante des arbitres dans ce genre d'affaires.

" Remarquons, écrit M. COHEN-JONATHAN, que, dans les cas où l'arbitre a effectivement appliqué un droit interne, par exemple dans les affaires Losinger et Alsing (95), il a senti la nécessité de faire appel aux principes généraux comme s'il voulait vérifier la conformité de la règle interne à un droit plus général " (96).

Mais, dans l'affaire de l'Aramco, le Tribunal a, semble-t-il, refusé de suivre l'argumentation de la Compagnie qui faisait valoir que le droit musulman "est un droit insuffisamment développé pour déterminer la nature juridique des opérations qu'implique l'exploitation du pétrole" (97). C'est au contraire après avoir constaté le caractère trop rudimentaire du droit d'Abu Dhabi, pays très primitif, que le surarbitre Lord ASQUITH of BISHOPSTONE s'est prononcé dans l'affaire opposant le Sheikh à la Petroleum Development Ltd., en faveur de l'application des "principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations a sort of "modern law of nature" " (98) dont l'application s'impose d'autant plus que le contrat litigieux fait référence à la bonne foi et à la raison.

Déjà, la sentence Société Rialet c. Ethiopie de 1929, après avoir déclaré que "dans les circonstances ordinaires ce serait le droit administratif du pays où le monopole (il s'agissait d'un monopole des alcools concédé à une société française) est appelé à fonctionner qui serait applicable", avait ajouté :

(94) V. surtout la détermination de la nature juridique de la concession, *ibid.*, pp. 306-312.

(95) Losinger : arbitrage de H. THELIN cité par le mémoire suisse, C.P.J.I., série C, n° 78, pp. 83-84 ; Alsing : sentence du 22 décembre 1954 v. S. M. SCHWEBEL "The Alsing Case", *I. C. L. Q.*, 1959, p. 310 s, notamment p. 32

(96) Gérard COHEN-JONATHAN, Les concessions en droit international public, thèse, Paris, 1966, multigraphiée, p. 578. On peut noter également que lorsque des tribunaux internationaux "classiques" ont eu à se prononcer sur l'application de règles de droit interne, ils ont souvent indiqué la conformité du droit en question avec les principes généralement adoptés. cf. sentence du surarbitre BARGE dans l'affaire de l'Orinoco Steamship & Cy (Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla établie par le protocole du 7 février 1903) R.S.A.N.U. IX, p. 200, date non précisée.

(97) R. C. D. I. P., 1963, p. 310.

(98) "les principes ancrés dans le bon sens et la pratique habituelle de l'ensemble des nations civilisées - une sorte de "droit de la nature "moderne", I. C. L. Q. 1952, p. 247, sentence du 28 août 1951; v. aussi la sentence rendue dans l'affaire de l'International Oil Marine Cy., préc., I. L. R., p. 545.

" Dans le cas présent, c'est le droit public européen qui doit
 " trouver son application, parce que le gouvernement éthiopien
 " ayant reconnu qu'un droit administratif n'existait pas encore
 " en Ethiopie, les parties ont manifesté leur volonté commune
 " de se conformer aux droit et usages des pays européens en ma-
 " tière de concession de services publics " (99).

Paragr. 2. Essai de synthèse.

1. Dans trois cas au moins, le recours aux principes généraux de droit a donc été expressément fondé sur l'insuffisance et le caractère primitif du droit de l'Etat contractant. Toutefois cette raison est par elle-même peu convaincante dans la mesure où, comme on l'a fait remarquer, de telles situations sont de plus en plus rares, les pays concernés, en particulier les pays exportateurs de pétrole, se dotant d'un arsenal juridique très complet (100).

La vraie raison de cette prédilection pour les principes généraux a été bien mise en lumière par la sentence Sapphire :

" Une telle solution paraît particulièrement apte à donner les garanties de sécurité indispensables aux sociétés étrangères, qui, apportant à des pays en voie de développement leur concours financier et technique, assument des risques importants. Il est de l'intérêt des deux parties à de tels accords que les litiges pouvant les diviser soient tranchés selon des principes généraux universellement reconnus et soient soustraits aux particularités des droits nationaux le plus souvent inaptes à donner une solution s'agissant du droit de l'Etat où le contrat s'exécute, toujours sujet à des modifications de la part de cet Etat, souvent ignorées ou mal connues de l'un des contractants.
 " Enfin, s'agissant de contrats sui generis qui ne peuvent être rangés dans aucun des types de contrats spécialement régis par la loi, seules les règles générales relatives à l'exécution et à l'inexécution des obligations peuvent utilement trouver application.
 " Or c'est là une des matières les plus unifiées du droit, les divergences étant d'ordre secondaire " (101).

(99) Rec. Décis. T.A.M. VIII, p. 742 s.

(100) V. Mohammed MUSTAPHA, Les aspects juridiques des rapports entre Etats producteurs de pétrole et compagnies pétrolières étrangères, thèse, Paris multigraphiée, p. 78. Il est à noter toutefois que les codes pétroliers de certains pays prévoient l'application des principes généraux de droit pour combler les lacunes qui pourraient subsister dans le droit national (ex. loi libyenne du 20 novembre 1965, article 10).

(101) Cité par Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse ...", préc., pp. 287-288.

Dès 1934, ALVAREZ a pressenti le rôle fondamental que les principes généraux seraient appelés à jouer dans les relations entre Etats et ressortissants étrangers (102). Malgré le nombre assez limité de précédents on peut affirmer aujourd'hui que cette prédiction est en train de se réaliser, et dire avec Lord McNAIR :

" Much of the content of public international law proper has been developed by tribunals and by writers out of these general principles, and my view is that the same source will prove equally fruitful in the application and interpretation of those contracts which, though not interstate contracts (...) can more effectively be regulated by general principles of law than by the special rules of any territorial system " (103).

Quoi que l'on ne puisse guère insister ici sur ce point, il paraît certain que si de véritables sociétés transnationales viennent à être créées, elles seront régies par leurs statuts et par les accords internationaux éventuellement adoptés et, pour le surplus, par les principes généraux de droit (104). D'ores et déjà certains textes créant de telles sociétés renvoient aux principes communs aux pays fondateurs : l'article 1^{er} des statuts de la Compagnie Air Afrique créée par le Traité de Yaoundé du 28 mars 1961 renvoie aux "principes communs de la législation des Etats signataires" ; de même, l'article 2 de la société franco-allemande Saarlor prévoit que :

" La Société est régie par l'article 84 et l'annexe du Traité du 27 octobre 1956 entre la République Fédérale d'Allemagne et la République Française, sur le règlement de la question sarroise, par les présents statuts, et par les principes communs du droit français et du droit allemand ".

(102) Alejandro ALVAREZ, observations sur le rapport d'Alfred VERDROSS, "Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", Ann. I.D.I., 1934, p. 503.

(103) "Une grande partie du droit international public proprement dit a été développée par les tribunaux et les auteurs à partir de ces principes généraux, et, à mon avis, la même source se montrera féconde aussi pour interpréter et appliquer ces contrats que, bien que non inter-étatiques, peuvent être plus efficacement réglementés par les principes généraux de droit que par les règles particulières à un Etat déterminé", "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", préc., p. 15. Dans le même sens, v. aussi Mario AMADIO, Le contentieux international de l'investissement privé et la Convention de la Banque mondiale, 18 mars 1965, Paris, L.G.D.J., 1967, pp. 198-199 et Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier étranger", préc., p. 198 s.

(104) V. Berthold GOLDMAN, "Le droit des sociétés internationales", J.D.I. 1963, p. 320 s. J.P. CALON, "La société internationale, éléments d'une théorie générale", ibid., 1961, pp. 694-332 n'envisage apparemment pas d'autre alternative que le recours à un droit national ou l'élaboration d'une convention internationale.

2. Certains auteurs, sans nier le rôle fondamental des principes dans le domaine des relations entre Etats et personnes privées étrangères, ont cru devoir insister sur leurs caractères particuliers qui, selon eux, le différencieraient des principes habituellement utilisés en droit international.

" On voit, écrit Mme. BASTID, à propos de la sentence Aramco, que dans une affaire de cet ordre, le recours aux principes généraux du droit n'aboutit pas nécessairement aux mêmes solutions que dans un différend entre Etats, un principe n'étant applicable que s'il est en harmonie avec la nature propre des rapports juridiques considérés " (105) ;

et, comme en écho, le professeur Prosper WEIL précise :

" Ainsi, les règles généralement admises dans les droits nationaux en ce qui concerne l'interprétation des contrats peuvent présenter des divergences avec celles qui gouvernent l'interprétation des traités en droit international " (106).

Cela n'est pas douteux, mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit bien des mêmes principes que ceux rencontrés jusqu'à présent. Si l'on reprend l'exemple donné par M. WEIL, dans le cas de l'interprétation des traités, les principes du droit interne subissent une double transposition, il s'agit de la catégorie des "principes applicables aux Etats" (voir supra, p.132) ; dans le cas des contrats, les règles ressortissent des "principes applicables aux personnes privées" qui sont utilisés traditionnellement dans les litiges opposant deux Etats dont l'un agit au nom de son national par le biais de la protection diplomatique (107).

Tout en admettant qu'il s'agit bien de principes comparables Lord McNAIR estime que leur "source d'inspiration" est commune mais qu'ils interviennent dans deux ordres juridiques différents : le droit international d'une part et, bien qu'il ne le qualifie pas ainsi, le droit "transnational" d'autre part (108). Ce recours à un tiers ordre juridique sera examiné plus loin de façon détaillée ; en tout état de cause il ne

(105) "Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco", préc., p. 309.

(106) "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", préc., p. 201.

(107) Outre les exemples cités dans les chapitres précédents, v. la sentence rendue dans l'affaire Shufeldt (Etats-Unis - Guatémala), 24 juillet 1930, R.S.A.N.U. II, p. 1094 (concession valable par application du principe d'estoppel).

(108) "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", préc., p. 6 ; dans le même sens, Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse", préc., p. 297 ; Alfred VERDROSS, "Protection of Private Property Under Quasi-International Agreements", préc., pp. 355-362, passim.

paraît pas s'imposer. Comme l'écrit M. WEIL :

" Ce n'est pas par essence (...) mais en raison de données histori-
 " ques fluctuantes que le droit international classique ne régit que
 " des relations inter-étatiques, et rien n'interdit d'admettre que son
 " champ d'application puisse s'étendre à d'autres sujets de droit ;
 " il a déjà intégré les organisations internationales, et l'on ne voit
 " pas en vertu de quel a priori des rapports contractuels "transna-
 " tionaux" ne pourraient pas tomber à leur tour dans son orbite"
 " (109).

Et il paraît logique d'admettre avec cet auteur que, au moins dans le cadre limité et bien déterminé du contrat, l'Etat reconnaît l'individu ou la société avec lesquels il traite comme sujets du droit international.

Quoi qu'il en soit, ce point n'a pas une très grande importance pour notre propos : il suffit de constater que des principes généraux présentant les mêmes caractères sont utilisés en droit international classique et dans cette nouvelle branche du droit "international " ou "transnational " ou "internationalisé " (110) comme on voudra. Rien en tout cas n'empêche d'utiliser les exemples donnés plus haut dans le reste de cette étude.

Sect. 3 - Le droit communautaire.

D'une certaine manière, le droit communautaire semble constituer, lui aussi, un ordre juridique "mixte", intermédiaire entre le droit interne et le droit international (111). Comme l'a dit la Cour de Justice des Communautés elle-même, "la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants " (112).

(109) "Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats", E.D.C.E. 1970, p. 18 ; du même auteur, dans le même sens, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", préc., p. 185.

(110) Paul REUTER parle de droit administratif ou de droit privé "internationalisé" Droit International Public, P. U. F., Thémis, 1968, p. 57.

(111) V. Paul REUTER, "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit", Mémoires de M. ROLIN, p. 283 et Organisations Européennes, PUF, Thémis, 1965, p. 194 s.

(112) Affaire n° 26/62 Algemeine Transport en Expeditie onder-neming Van Gend & Loos, 5 février 1963, Rec. IX, p. 23.

Mais ici encore il ne s'agit pas de résoudre la question, si controversée, de la nature juridique des Communautés : qu'elles constituent une confédération, une fédération, une organisation internationale ou une entité sui generis ne peut guère influencer sur la recherche entreprise. Seuls deux problèmes sont pris en considération : les organes communautaires ont-ils recours à des principes généraux ? (paragr. 1) si oui, ces principes présentent-ils les mêmes caractères que ceux rencontrés jusqu'à présent ? (paragr. 2).

Paragr. 1. Le système juridique communautaire connaît la notion de principes généraux de droit.

L'existence d'une Cour de Justice propre aux Communautés simplifie les recherches à effectuer : il suffit en effet de consulter sa jurisprudence pour constater qu'elle fait fréquemment appel à des principes généraux de droit ; mais cela ne signifie évidemment pas que ces principes sont exclusivement contentieux : en les utilisant, la Cour montre au contraire qu'elle les considère comme partie intégrante du droit communautaire. En effet, conformément à l'article 33 alinéa 1 du Traité C.E.C.A., "la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation pour (...) violation du Traité ou de toutes règles de droit relatives à son application (...) formés contre les décisions et recommandations de la Haute Autorité par un des Etats membres ou par le Conseil" (art. 173 alinéa 1 du Traité C.E.E. et 146 alinéa 1 du Traité C.E.E.A.) ; puisqu'elle annule certains actes comme non conformes à des principes généraux de droit, c'est qu'elle considère qu'ils sont des "règles de droit relatives à l'application" des Traités que les organes communautaires sont tenus de respecter.

Examinant les principes auxquels la Cour de Justice des Communautés a recours, le professeur REUTER en distingue quatre groupes "apparemment distincts" :

- " 1°. Des principes solennellement posés dans le texte des traités ;
- " 2°. Des principes qui peuvent être déduits des articles des traités ;
- " 3°. Des principes communs aux droits des pays membres, ou même parfois à tous les systèmes juridiques ;
- " 4°. Des principes de droit international public " (113).

(113) "Le recours de la Cour de Justice des Communautés à des principes généraux de droit", préc., p. 263.

D'emblée, l'on peut exclure les principes des deux premières catégories expressément mentionnés dans les traités constitutifs, ou extrapolés à partir de ceux-ci, ils ne correspondent pas à la définition adoptée à titre provisoire pour cette étude. Il en va de même du quatrième groupe si l'expression utilisée par l'auteur vise exclusivement, ce qui paraît être le cas, les principes propres au droit international.

Du reste, comme on l'a souvent fait remarquer, la Cour de Luxembourg s'inspire plus volontiers des droits des Etats membres que des règles du droit des gens. "Au droit interne (...) il a été fait appel (...) infiniment plus qu'au droit international" écrivait l'avocat général LAGRANGE dès 1958 (114) reprenant à peu près les termes de conclusions prononcées en 1955 (115). Il semble d'ailleurs que les avocats généraux ont assez systématiquement préféré appliquer les principes communs aux Etats membres dont il est assez facile d'établir l'existence que les principes du droit international, plus vagues, infléchissant ainsi, de manière discrète, l'évolution du droit communautaire vers un droit quasi-fédéral qui avait leur préférence.

" La consolidation de l'union européenne est plus sûrement atteinte
 " par le recours au fonds commun des principes juridiques des Etat
 " membres, lequel est un instrument efficace pour aboutir à une
 " harmonisation, que par l'appel aux principes généraux du droit
 " international " (116).

Bien qu'ils les invoquent parfois, les avocats généraux ont souvent marqué une certaine réticence à l'égard des principes du droit international (117) et il est arrivé que la Cour elle-même en rejette expressément l'application : par exemple, alors que l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités enregistre le principe selon lequel la violation substantielle d'un accord multilatéral autorise une partie

(114) "L'ordre juridique de la C.E.C.A. vu à travers la jurisprudence de la Cour de Justice", R.D.P. 1958. 541.

(115) "Quant aux sources de ce droit (communautaire), rien ne s'oppose évidemment à ce qu'on les recherche, le cas échéant, dans le droit international, mais normalement, et le plus souvent, on les retrouvera plutôt dans le droit interne des divers Etats membres", conclusions sur l'aff. n° 8/55, Fédération charbonnière de Belgique, 16 juillet 1956, Rec. II, p. 263.

(116) Francine BATAILLER, "Le juge interne et le droit communautaire", A.F.D.I. 1963, p. 741. Dans le même sens, v. Jean RIVERO, "Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C. E. C. A.", A.F.D.I. 1958, p. 297.

(117) V. par ex. les conclusions ROEMER sur les affaires jointes 24 et 34/58, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, 15 juillet 1960 Rec. VI, p. 652.

spécialement atteinte à suspendre sa participation aux traités, la Cour de Luxembourg a estimé que ce principe n'était pas recevable en droit communautaire, les Etats membres ne pouvant se substituer à la Cour pour se faire justice à eux-mêmes (118).

En revanche, les magistrats communautaires ont très largement fait appel aux principes généraux correspondant au troisième des groupes dégagés par le professeur REUTER : les principes généraux communs. Mais c'est à juste titre que, au sein de cette catégorie, celui-ci distingue deux rubriques : d'une part les principes généraux de droit sans qualificatif, d'autre part les principes dégagés des droits internes des Etats membres. Cette distinction est présentée très clairement par le professeur TEITGEN qui définit les premiers comme "des principes que la Cour estime applicables dans l'ordre juridique communautaire, parce qu'ils sont en vigueur dans tous les systèmes de droit dignes de ce nom " (119).

De façon particulièrement générale, les juges de Luxembourg ont appliqué une méthode d'interprétation qui se rapproche fort de la théorie des pouvoirs implicites telle qu'elle a été définie par la Cour Internationale de Justice :

" De l'avis de la Cour, il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une interprétation raisonnable et utile " (120).

Dans l'affaire 1/55, l'avocat général ROEMER, qui a notamment invoqué un précédent tiré de la jurisprudence du Tribunal Administratif de l'O. I. T., a affirmé :

" Les principes ci-dessus énoncés : droit de la défense en justice, égalité devant la loi et devant le juge, égalité devant les tribunaux sont des droits fondamentaux reconnus par les constitutions de tous les Etats modernes " (121).

(118) Aff. n° 90 et 91/63, Commission c. Luxembourg et Belgique, 13 novembre 1963, Rec. X, pp. 1231-1232.

(119) Pierre-Henri TEITGEN, Cours de droit institutionnel communautaire, Les Cours de Droit, 1971-72, p. 194. Dans le même sens, Paul GUGGENHEIM, Droit international public, préc., p. 305.

(120) Aff. n° 8/55, Fédération charbonnière de Belgique, 29 novembre 1956, Rec. I, p. 305.

(121) Aff. n° 1/55, Kergall, 19 juillet 1955, Rec. II, p. 45.

et la Cour a pris une décision conforme à ces conclusions en constatant que :

" Les intentions de la Communauté à l'égard de ses agents sont
 " clairement manifestées dans le projet de Statut du personnel dont
 " les dispositions "sont analogues à celles qui existent dans l'admini-
 " nistration nationale de plusieurs pays " (122).

De nombreux principes de caractère très général ont été proclamés ainsi par le juge communautaire : respect des droits de la défense(123), sécurité juridique (124), bonne foi (125), effet immédiat des règles de procédure (126), exclusion de toute discrimination fondée sur le sexe (127) ... Dans ces hypothèses, les avocats généraux se sont en général contentés de postuler l'existence d'un principe général de droit ; parfois cependant ils ont effectué une étude comparative débordant le cadre communautaire, invoquant par exemple le droit anglais (128) ou américain (129).

Mais de ces principes reconnus par l'ensemble des Etats du monde, dont l'existence est davantage supposée que démontrée, il faut distinguer les principes communs aux droits des Etats membres.

Ces derniers sont parfois déduits d'une étude comparative plus ou moins poussée effectuée par la Cour elle-même ou, plus souvent,

(122) Ibid. p. 24.

(123) "Ce serait violer un principe élémentaire du droit que de baser une décision judiciaire sur des faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont pas été en mesure de prendre position", aff. jointes n° 42 et 49/59, S. N. U. P. A. T. et Acieries du Temple, 22 mars 1961, Rec. VII, p. 156.

(124) Aff. n° 13/61, Sté Kledingverkoopbedrijf de Gens, 6 avril 1962, Rec. VIII, p. 89. Sur l'admission de la prescription : aff. 111/63, Lëmmerz-Werke GmbH, 13 juillet 1965, Rec. XI, p. 835 ; mais la Cour semble être en partie revenue sur cette jurisprudence : aff. n° 41/69, A. C. F. Chemiefarma NV., 15 juillet 1970, Rec. XVI, p. 685 ; v. infra.

(125) Aff. n° 43, 45 et 48/59, Eva von Lachmüller, Bernard Peuvrier, Roger Ehrardt, 15 juillet 1960, Rec. VI, p. 93.

(126) Aff. n° 34/59, Raymond Elz, 4 avril 1960, Rec. VI, concl. ROEMER, p. 234 ; aff. 69/63, Mme. Anne-Marie Capitaine, ep. Marcillat, 9 juin 1964, Rec. X, concl. LAGRANGE, p. 505.

(127) Aff. n° 20/71, Mme. Sabbatini et n° 32/71, Mme. Chollet, 7 juin 1972, Rec. XVIII, pp. 350 et 359 (sur les particularités de ces affaires, v. infra).

(128) Estoppel dans les aff. jointes n° 41 et 50/59 Hamborner Bergbau A. G. et Friedrich Thyssen Bergbau A. G., 16 décembre 1960, Rec. VI, concl. ROEMER, p. 1049.

(129) "Disregard of legal authority", aff. n° 16/61, Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena, 12 juillet 1962, Rec. VIII, concl. ROEMER, p. 597 ; jurisprudence américaine relative au principe non bis in idem, aff. n° 7/72, Sté Boehringer Mannheim GmbH, 14 décembre 1972, concl. MAYRAS, Rev. Trim. Droit Eur. 1973. 104.

par ses avocats généraux. Cette démarche fut suivie pour la première fois par M. LAGRANGE dans ses conclusions sur les affaires 3 et 4/54. Après avoir rappelé que l'article 33 alinéa 2 du Traité C. E. C. A. dispose "les entreprises ou les associations visées à l'article 48 peuvent former (...) un recours contre les décisions et recommandations individuelles les concernant ou contre les décisions et recommandations générales qu'elles estiment entachées de détournement de pouvoir à leur égard", mais que la notion de détournement de pouvoir n'est définie par aucun texte communautaire, l'avocat général poursuit :

" L'appel aux droits nationaux nous paraît s'imposer. La notion de
" détournement de pouvoir n'a évidemment pas été inventée par les
" auteurs du Traité et, pour essayer de se former une opinion sur
" ce que doit être le détournement de pouvoir dans l'application du
" Traité (...) il faut d'abord savoir ce qui en est dans le droit res-
" pectif de nos six pays " (130).

Puis, bien qu'il s'en défende, il fait une assez longue étude de droit comparé qui lui permet de montrer que la notion à définir est entendue de manière à peu près similaire dans les droits français, belge, luxembourgeois et même italien ou néerlandais et ressemble fort au concept allemand d'Ermessensfehlgebrauch. Sa conclusion sur ce point mérite d'être intégralement citée :

" Nous voici donc arrivés au terme de ce voyage dans les pays de
" la Communauté (...) que vous serez certainement d'accord pour
" trouver rassurant. Il nous paraît confirmé d'une manière frap-
" pante que les principes juridiques qui sont à la base du contrôle
" juridictionnel de l'Administration sont vraiment communs à nos
" six pays. Ces principes reposent sur une même conception de
" l'action administrative, considérée comme devant s'exercer dans
" les limites du droit et dans une même conception du rôle du juge
" de cette action, qui est de vérifier que ces limites ont été respec-
" tées. L'identité s'étend même aux procédés choisis pour assurer ce
" contrôle, à savoir le recours en annulation.
" Quant aux différences - qui existent assurément - elles nous
" paraissent résider en réalité dans une simple différence de pré-
" sentations" (131).

La Cour ayant conclu au rejet de la requête / pour irrecevabilité n'a pas eu besoin de se prononcer sur ce point, mais un arrêt rendu deux ans et demi plus

(130) ASSINDER et ISA, 11 février 1955, Rec. I, p. 149 (concl. reproduites aussi in R. D. P. 1955, pp. 581-593.

(131) Ibid., p. 168 (les mots "procédés" et "présentations" sont soulignés dans le texte).

tard lui a fourni une première occasion d'appliquer la même méthode comparative au sujet des principes valables en matière de retrait d'actes multilatéraux communautaires :

" Il s'agit là, estime-t-elle, d'un problème de droit administratif,
 " bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays
 " de la Communauté, mais pour la solution duquel le Traité ne con-
 " tient pas de règles. La Cour sous peine de commettre un déni de
 " justice est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles
 " reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence de
 " pays membres.

et la Cour poursuit :

" Une étude de droit comparé fait ressortir que dans les six Etats
 " membres un acte administratif conférant des droits subjectifs à
 " l'intéressé ne peut pas être retiré s'il s'agit d'un acte légal (...).
 " Si, par contre, l'acte administratif est illégal, le droit de tous
 " les Etats membres admet la possibilité d'une révocation (...). Il
 " convient de souligner que si ce principe est généralement reconnu
 " seules les conditions de son exercice varient "

et l'arrêt détaille ces conditions d'exercice dans les six Etats de la C. E. C. A. pour conclure cependant :

" La révocabilité d'un acte administratif vicié par son illégalité est
 " donc admise dans tous les Etats membres.
 " D'accord avec les conclusions de M. l'avocat général, la Cour
 " admet le principe de la révocabilité des actes illégaux au moins
 " pendant un délai raisonnable tel celui dans lequel sont interve-
 " nues les décisions entreprisés dans le présent litige " (132).

Souvent la Cour et ses avocats généraux reprendront cette méthode et confronteront les droits des Etats membres pour dégager des principes généraux communautaires (133). Toutefois un tel raisonnement n'est pas toujours possible ; M. ROEMER l'a fait remarquer dès 1956 dans ses conclusions sur les affaires jointes 7 et 9/54 ; il s'agissait de la distinction entre actes individuels et actes réglementaires ; tout en admettant que le recours au droit comparé aurait permis de trouver de telles différenciations dans le droit des Etats membres, l'avocat général allemand a préféré ne pas effectuer cette recherche comparative d'une part parce que la distinction entre les deux catégories d'actes correspond en droit interne à des motifs différents

(132) Aff. n° 7/56 et 3/57 à 7/57, Algera et a., 12 juillet 1957, Rec. III, p. 115 s.

(133) Pour un exemple récent, v. concl. MAYRAS sur l'aff. 7/72, Sté. Boehringer Mannheim GmbH, préc., 14 décembre 1972, Rec. VIII, p. 102 s., à propos du principe non bis in idem (inexistence). La Cour ne se prononce pas.

de ceux qui existent dans l'ordre communautaire, et d'autre part du fait des problèmes terminologiques presque insolubles que poserait une telle démarche (134).

C'est très vraisemblablement pour une autre raison que la Cour, à deux reprises au moins, a refusé, dans des arrêts récents, d'adopter le raisonnement de ces avocats généraux qui avaient tiré certaines conclusions d'une recherche de droit comparé. Dans le premier cas, M. GAND avait constaté que l'idée de prescription est commune à tous les Etats membres et même à tous les systèmes juridiques du monde ; tout en admettant qu'il existait de grandes différences dans les délais, la sanction et le régime prévus, il n'en proposait pas moins à la Cour de faire oeuvre prétorienne et de fixer un délai raisonnable après lequel les infractions aux règles communautaires relatives à la concurrence seraient prescrites. Les juges estimant sans doute que le principe était trop vague, ou, si l'on veut, "non self-executing", ont refusé de le suivre (135). Au contraire, dans les affaires 20/71 et 32/71, l'avocat général ROEMER estimait que la confrontation des droits des Etats membres démontrait que ceux-ci "ne connaissent pas de principe général imposant d'une manière absolue l'égalité de traitement entre l'homme et la femme" (136) ; la Cour s'est, pour sa part, contentée d'affirmer qu'un tel principe existait.

Il faut noter que lorsque la Cour de Luxembourg se borne à faire état de l'existence d'un principe général sans en indiquer l'origine, ou, dans le meilleur des cas, en affirmant qu'il s'agit d'un "principe général commun aux droits des Etats membres" (137), il devient impossible

(134) Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises, 23 avril 1956, Rec. II, p. 125.

(135) Aff. 41/69, A. C. F. Chemiefarma NV, 15 juillet 1970, préc., Rec. XVI, p. 685, concl. GAND, p. 726 s.

(136) Aff. Sabbatini et Chollet, arrêts du 7 juin 1972, préc., Rec. XVIII, concl. ROEMER, p. 356 (comparer avec les arrêts, p. 350 et 369).

(137) V. aff. n° 8/56, A.L.M.A., 10 décembre 1957, Rec. III, p. 179 ("règle de droit généralement admise dans tous les pays de la Communauté selon laquelle une déclaration écrite de volonté produit ses effets légaux dès lors qu'elle est régulièrement entrée dans la sphère interne des destinataires") ; aff. 4/59 à 13/59, Mannesmann A.G. et a., 4 avril 1960, Rec. VI, p. 284 (enrichissement sans cause) ; aff. n° 19/61, Mannesmann A.G., 13 juillet 1962, Rec. VIII, p. 677 (notion d'entreprise) ; aff. jointes n° 5, 7 et Kampffmeyer et a., 14 juillet 1967, Rec. XIII, p. 316 (toute violation d'une règle de droit par l'autorité chargée d'en assurer l'application n'ouvre pas nécessairement droit à réparation) (dans le même sens, concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE sur aff. 4/69, Lutticke, 28 avril 1969, Rec. XVII, p. 346. Sur l'absence d'un principe, v. aff. n° 57/69, Azienda Colori Nazionali ACNASPA, 14 juillet 1972 :

de déterminer qu'il s'agit de principes propres aux Etats des Communautés ou de principes généraux de droit en général. Cette distinction, importante lorsque l'on entend étudier la méthode permettant de découvrir les principes (voir infra, 2ème partie, titre I, chapitre 1), ne présente guère d'intérêt pour établir la fonction que jouent les principes dans le système communautaire. Celle-ci est identique qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces catégories.

Cette fonction est complexe et l'on peut sans doute déceler une certaine évolution dans la jurisprudence de la Cour. Déjà en 1964, M. REUTER avait cru pouvoir dégager des changements à cet égard : dans un premier temps, les magistrats se seraient contenté de recourir à des principes découlant ou se rattachant "par leur objet" aux textes des traités ; ce n'est qu'à partir de l'arrêt S.N.U.P.A.T. (préc., note n° 123) que la Cour a étendu "le domaine des principes du droit, de l'interprétation des traités à celui de l'instance juridictionnelle dont le caractère contradictoire doit toujours être sauvegardé" (138). Cette date est peut-être un peu artificielle mais il est certain que, aujourd'hui, les principes généraux servent à la fois à interpréter les textes communautaires et à en compléter les lacunes.

L'article 215 du Traité C. E. E. (comme l'article 188 du Traité C. E. E. A.) renvoie expressément aux principes généraux communs en matière de responsabilité extra-contractuelle :

" La Communauté doit réparer conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions".

Mais la Cour a toujours considéré, dans les autres cas, qu'elle pouvait légitimement recourir aux droits des Etats membres pour interpréter et mettre en oeuvre les textes communautaires. Certains y invitent du reste indirectement : lorsque, par exemple, les traités prévoient quatre cas d'ouvertures permettant à un Etat de former un recours pour excès de pouvoir contre une décision communautaire (articles 33 C.E.C.A. ; 173 C.E.E. ; 146 C.E.E.A. , précités), ils ne font que reproduire les moyens traditionnels du recours pour excès de pouvoir du droit administratif

(137) suite :

"Ni les textes en vigueur, ni les principes généraux du droit n'imposent d'effectuer la communication de la décision d'ouverture de la procédure en constatation d'infraction préalablement à la communication des griefs retenus contre les intéressés dans le cadre d'une telle procédure", Rec. XVIII, p. 948.

(138) "Le recours de la Cour de Justice des Communautés à des principes généraux de droit", préc., p. 271.

français ; il est évident que le premier mouvement des plaideurs, des avocats généraux et des juges, sera d'étudier la jurisprudence française, et, s'agissant d'une institution commune à plusieurs Etats, de voir ce qu'il en est chez les partenaires de la France. Tel est exactement le raisonnement de l'avocat général LAGRANGE dans les affaires jointes 3 et 4/54 (concl. préc.) (139).

D'autres fois, comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt *Algera* (préc.), elle est obligée de recourir aux principes généraux "sous peine de commettre un déni de justice" en l'absence même de tout renvoi exprès ou implicite dans les traités. Mais récemment, les juges de Luxembourg ont été plus loin encore en créant ce qu'un auteur a appelé une "super-légalité communautaire" (140). Il s'agit d'une évolution très remarquable.

Pendant longtemps en effet le transfert des compétences nationales aux autorités communautaires aboutissait à un curieux paradoxe : les droits internes, en particulier les constitutions des Etats membres donnaient aux personnes privées certaines garanties quant à l'exercice de leurs droits, mais lorsque ces compétences eurent été transférées aux organes des Communautés, ces garanties ne furent plus assurées car la Cour se refusait à contrôler "le respect des règles de droit interne, même constitutionnel, en vigueur dans l'un ou l'autre des Etats membres" (141). En 1969 son attitude a changé radicalement et, dans une incidente ajoutée à l'un de ses arrêts, la juridiction de Luxembourg a remarqué :

" La disposition litigieuse, correctement interprétée, ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect " (142).

(139) Gerhard BEBR, Judicial Control of the European Communities, Stevens, Londres, 1962, p. 27, énumère les nombreux articles des traités qui déclenchent ce "réflexe".

(140) Gérard COHEN-JONATHAN, Droits de l'Homme et pluralité des systèmes européens de protection internationale, "Consultation de Strasbourg" sur les Droits de l'Homme dans l'Europe de demain, 20-21 octobre 1972, Institut International des Droits de l'Homme (Fondation René CASSIN), rapport multigraphié, p. 9.

(141) Aff. jointes n° 36, 37, 38 et 40/59, *Comptoirs de Vente du Charbon de la Ruhr et a.*, 15 juillet 1960, Rec. VI, p. 890 ; v. aussi aff. n° 17/57 *De Gazenenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, 4 février 1959, Rec. V, p. 4.

(142) Aff. n° 22/69, *Stauder*, 12 novembre 1969, Rec. XV, p. 425 (à propos d'une décision humaine). Déjà, en 1960, l'avocat général LAGRANGE avait estimé que s' "il n'appartient pas à la Cour (...) d'appliquer, du moins directement (souligné dans le texte), les règles du droit interne, même constitutionnelles", "elle peut s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du traité" (concl. sur les aff. jointes n° 36, 37, 38 et 40/59, préc., Rec. VI, p. 910).

Cette jurisprudence a été consacrée dans l'arrêt Internationale Handelsgesellschaft qui en a fait une application positive :

" Attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie ana-
 " logue (il s'agissait d'une garantie donnée par la constitution alle-
 " mande) inhérente au droit communautaire n'aurait été méconnue,
 " Qu'en effet le respect des droits fondamentaux fait partie inté-
 " grante des principes généraux du droit dont la Cour de Justice
 " assure le respect,
 " Que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions
 " constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assu-
 " rée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Commu-
 " nauté,
 " Qu'il y a lieu dès lors d'examiner, à la lumière des doutes expri-
 " més par le Tribunal Administratif, si le régime de cautionnement
 " aurait porté atteinte à des droits de caractère fondamental dont le
 " respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire "
 "(143).

Ainsi, la Cour s'est engagée dans une voie très nouvelle en intégrant dans l'ordre juridique communautaire dont elle contribue ainsi à parfaire la "plénitude" et à affirmer l'originalité, les grands principes protecteurs des Droits de l'Homme, fondements essentiels des systèmes juridiques des pays membres.

Paragr. 2. Les caractères des principes généraux utilisés en droit communautaire.

Comme les deux domaines marginaux par rapport au droit international classique étudiés précédemment, le droit communautaire apparaît donc comme un terrain d'étude privilégié des principes généraux de droit qui y sont utilisés en abondance. Les raisons de ce phénomène sont multiples.

D'une part, les Communautés bénéficient largement de l'"immédiateté" institutionnelle et juridictionnelle et, à cet égard, leurs structures se rapprochent assez nettement de celles d'un Etat. De ce fait, il est particulièrement facile et naturel de rechercher dans le droit interne les principes appelés à régir l'activité communautaire.

(143) Aff. n° 11/70, 17 décembre 1970, Rec. XVI, p. 1135, concl. conformes DUTHEILLET DE LAMOTHE, p. 1149.

Ceci est d'autant plus nécessaire que, le temps passant, celle-ci a couvert des domaines de plus en plus nombreux que les traités constitutifs ne font qu'effleurer ou même, passent complètement sous silence.

D'autre part, l' "Europe des Six" regroupait des Etats qui ont un sentiment très fort des liens qui les unissent et dont les systèmes juridiques sont très comparables. Sans doute, convient-il de distinguer au sein de cette Communauté restreinte deux groupes de systèmes juridiques : ceux qui se rattachent au droit romain, et ceux que l'on peut qualifier de "germaniques" (République Fédérale d'Allemagne, Pays-Bas), et il n'est pas douteux qu'il existe des différences importantes entre les droits des six pays mais les ressemblances sont suffisantes pour que l'on parle d'une seule et unique "famille romano-germanique" (144) dont une des caractéristiques est, précisément, selon le professeur René DAVID de recourir volontiers à la notion de principes généraux :

" La théorie des sources du droit nous apparaît en définitive, dans
 " tous les pays de la famille romano-germanique, comme étant à la
 " fois destinée et propre à donner effet à la conception tradition-
 " nelle qui, dans ces pays, revendique le règne du droit : le droit
 " ne saurait être posé a priori et résider exclusivement dans des
 " règles de droit ; sa recherche est une tâche qui doit être accom-
 " plie en commun par tous les juristes (...), tous étant inspirés par
 " un idéal commun, celui de parvenir, en chaque espèce, à la solu-
 " tion la plus conforme au sentiment commun de la justice, fondé
 " sur une conciliation des intérêts, de tous ordres, des particuliers
 " et de la collectivité " (145).

Telle est précisément l'attitude des juges communautaires qui témoignent de cette conception évolutive du droit et n'hésitent pas à utiliser les principes dégagés du droit interne comme des moyens de développer le droit communautaire en en faisant un système de plus en plus solidement intégré.

On peut cependant se demander si l'adhésion aux traités de Paris et de Rome de trois nouveaux Etats ne va pas rendre plus difficile la tâche des juges de Luxembourg qui auront plus de mal à dégager des

(144) René DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, préc., pp. 29-147, notamment p. 79.

(145) Ibid., p. 147.

des droits nationaux des règles et des pratiques concordantes. Si en effet, le droit danois, malgré des traits distincts qui le rattachent au "sous-groupe" des droits scandinaves peut être intégré à la famille romano-germanique, il n'en va pas de même pour les droits irlandais et anglais (146) qui ressortissent de la common law. Il est trop tôt pour savoir quelle sera l'attitude la Cour de Justice des Communautés à ce point de vue, mais il est permis de penser que l'apport des nouveaux systèmes juridiques aux droits communautaires, loin d'être un frein pour le mouvement amorcé, sera un stimulant.

Il ne faut pas, en effet, exagérer les différences entre le système romano-germanique et la common law ; les droits appartenant aux deux familles, ont, spécialement depuis quelques années, tendance à se rapprocher ; et l'on peut d'ores et déjà, à certains points de vue, considérer ce rapprochement comme suffisant pour qu'il soit permis de parler d'une grande famille de droit occidental réunissant l'une et l'autre " (147). D'autre part, dans la mesure où il existe des principes reçus tant dans les droits continentaux que dans le droit anglais, on peut penser qu'ils sont mieux ancrés dans la conscience juridique des peuples du monde, plus indispensables à tout système de droit, mieux établis par conséquent. Enfin, et surtout, il ne faut pas oublier que les principes dégagés par le juge communautaire ne résultent pas d'une opération mathématique ; il s'agit de dégager des ressemblances, non des identités : peu importe les différences de détail, seule compte la communauté d'inspiration. Prenant appui sur les droits nationaux des Etats membres, la Cour opère une synthèse dont elle dégage des principes généraux adaptés aux besoins et aux buts des Communautés (148). L'avocat général LAGRANGE l'a affirmé avec une force particulière dans ses conclusions sur l'affaire 14/61.

(146) Le droit écossais est un droit "mixte" qui se situe à mi-chemin du droit continental et de la common law (ibid. p. 23).

(147) Ibid. p. 23 ; du même auteur v. "Existe-t-il un droit occidental ?", Mél. Hessel YNTEMA, 1961, pp. 56-64.

(148) V. Gerhard BEBR, Judicial Control of the European Communities, préc., p. 28s et Paul REUTER, "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit", préc., pp. 273-274 ; v. aussi les réflexions plus générales de Pierre PESCATORE, "Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation de la jurisprudence de la Cour de Justice - contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux", Mél. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Etabl. Emile Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 1972, II, pp. 325-363.

" Ainsi, la jurisprudence de la Cour, dans la mesure très large où elle (fait) appel aux droits nationaux pour dégager les règles de droit relatives à l'application du Traité, ne se (contente) pas de puiser ses sources dans une sorte de "moyenne" plus ou moins arithmétique entre les diverses solutions nationales, mais (choisit) dans chacun des pays membres celles qui, compte tenu des objets du Traité (paraissent) les meilleures, ou, si l'on veut employer ce mot, les plus progressistes " (149).

Dans ce sens, il est significatif que deux arrêts du 7 juin 1972 aient admis l'existence d'un principe général de droit excluant toute discrimination fondée sur le sexe alors que l'avocat général ROEMER avait montré que "les systèmes juridiques des Etats membres ne connaissent pas de principe général imposant d'une manière absolue l'égalité de traitement entre l'homme et la femme " (150). L'adhésion des trois nouveaux Etats, et, tout particulièrement des deux pays de common law, élargit ainsi les possibilités de choix dont dispose le juge communautaire en alimentant le réservoir de règles auxquelles il peut puiser. Du même coup, la distinction entre les principes généraux de droit proprement dits et les principes communs aux droits des Etats membres s'estompe (151).

Malgré les traits particuliers que l'on peut relever - notamment cette tendance du juge de Luxembourg à se contenter de faire une étude comparative entre les seuls droits des Etats membres - il semble bien que les principes généraux de droit auxquels a recours le droit communautaire s'apparente de très près aux principes généraux rencontrés jusqu'à présent. Il s'agit en effet de principes dégagés des droits nationaux, transposés en dehors de leur cadre originel. Les auteurs ne s'y sont pas trompés qui ont assimilé ces principes à ceux visés par l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice (152).

(149) Concl. LAGRANGE sur l'aff. n° 14/61, Koninklijke Nederlandsche Hoogovens En Staal fabriken NV, 12 juillet 1962, Rec. VIII, p. 539.

(150) Aff. n° 20 et 32/71, Sabbatini et Chollet, préc., Rec. XVIII, p. 350 et 369, concl. ROEMER, p. 356.

(151) Sur les problèmes relatifs à La contribution possible du droit anglais au développement du droit communautaire, v. la thèse d'Erik J. PETERSEN, Paris, 1965, dactylographiée, 601 p.

(152) V. notamment Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, préc. p. 306 ; Pierre MATHIJSEN, Le droit de la C.E.C.A., une étude des sources, Nijhoff, La Haye, 1958, p. 113, etc...

Plus délicat est le problème de savoir à quelle catégorie ces principes appartiennent. S'il n'est pas douteux que l'on retrouve ici les principes découlant des caractères de certaines institutions (res judicata, droits de la défense), il est plus difficile de déterminer si c'est aussi le cas pour les principes "applicables aux Etats" et "aux personnes privées". Dans la mesure où les Etats comme les personnes privées, sont, à des degrés différents, sujets du droit communautaire, la réponse peut paraître évidente: les deux groupes de principes dont on a déterminé l'existence, coexistent dans le système communautaire. Cela pourtant est très discutable ; contrairement en effet à ce qui se passe en droit international général, les Communautés constituent un ordre hiérarchisé, et, en tout cas, dans la mesure où les principes sont dégagés à propos de contestations devant la Cour de Luxembourg, le droit communautaire apparaît comme un droit de subordination, un droit de la "société institutionnelle" (153) et la situation des Etats s'y apparente à celle des individus au regard du droit interne. Dès lors, les principes généraux de droit utilisés en droit communautaire, même s'ils sont appliqués aux Etats semblent, dans l'immense majorité des cas, appartenir aux "principes applicables aux ... personnes privées" (154).

(153) V. René-Jean DUPUY, Le droit international, P. U. F., Que sais-je ?, n° 1060, 1969, p. 79s.

(154) Ceci n'est vrai que pour les principes dégagés par la Cour, pour le reste la question reste ouverte et supposerait une étude détaillée de la pratique du Conseil en particulier : à ce niveau, la "société relationnelle" retrouve ses droits ...

CONCLUSION DU TITRE II

Alors que dans les domaines traditionnellement régis par le droit international public on a pu constater que le recours aux principes généraux se fait aujourd'hui plus timide, plus discret, plus dissimulé, au contraire les trois branches récentes étudiées dans le second chapitre de ce titre semblent constituer un terrain particulièrement propice à l'utilisation des principes.

On peut penser que lorsque ces droits naissants auront atteint un certain niveau de développement et de maturité, ils auront moins besoin d'être complétés par cet apport à première vue externe que constituent les principes généraux de droit. Mais on peut estimer au contraire que leur usage est appelé à se généraliser et à se renforcer à mesure que le droit international sera "contaminé" par des relations du genre de celles décrites dans ce dernier chapitre, c'est-à-dire que l'on passera de la réglementation de rapports entre Etat souverains à l'établissement d'un système hiérarchisé dont l'individu sera l'une des composantes, de la société relationnelle à la société institutionnelle (1), le renforcement des solidarités rendant alors plus nécessaire l'appel à des principes reçus dans les droits nationaux car l'Etat constitue aujourd'hui le cadre des solidarités les plus fortes.

Quoi qu'il en soit de cet avenir, de toute manière éloigné, cette distinction entre société relationnelle et société institutionnelle permet d'apporter quelques précisions en ce qui concerne la différenciation esquissée entre trois groupes de principes : les principes "applicables aux Etats" (ou, plus largement, aux personnes publiques), peuvent être plus exactement définis comme ceux qui régissent les rapports d'égalité ou, si l'on préfère, de coordination entre les sujets du droit international au sein de la société relationnelle. En revanche, les principes "applicables aux personnes privées" se rencontrent lorsqu'il existe des liens de subordination. Plus l'intégration est poussée, plus les principes de ce genre sont fréquents et l'on est davantage fondé de parler de société "institutionnelle".

(1) René-Jean DUPUY, Le droit international, préc., passim.

Quant aux principes "découlant des caractères d'une institution donnée", ils sont indifférents au contexte et on les retrouve identiques dans tous les systèmes juridiques dès lors qu'y existent les institutions dont ils découlent ; ce sont des principes inéluctables. Leur existence est en quelque sorte le signe le plus tangible de l'unité profonde de l'idée même de droit.

CONCLUSION DE LA 1^{ère} PARTIE

" Les lois doivent être tellement propres aux peuples pour lesquels
 " elles ont été faites que c'est un très grand hasard si celles d'une
 " nation peuvent convenir à une autre " (1).

Rien ne démontre mieux l'erreur commise par MONTESQUIEU, auteur de ces lignes, que les constatations effectuées jusqu'à présent. Loin de penser que les droits internes sont propres à chaque peuple, les premiers internationalistes comme la Cour de Justice des Communautés Européennes, les juges de la Cour mondiale comme les rédacteurs des concessions pétrolières au Moyen-Orient ont estimé que l'essence de ces règles, les principes qui y sont contenus, sont transposables aux rapports internationaux de toute sorte dont ils ont eu à connaître. Certes, il ne s'agit pas de transposer tel délai relatif à la prescription extinctive que l'on rencontre en droit luxembourgeois ou libanais au domaine des emprunts internationaux ou des revendications des fonctionnaires des Nations Unies en matière de pensions, ni d'invoquer tel article du Code civil français ou de la constitution allemande devant la Cour de Luxembourg, mais lorsque les organes du droit international ont retrouvé à la base de ces réglementations nationales la même idée fondamentale ils n'ont pas hésité à en faire application pour régler les problèmes qui ont pu opposer Etats ou organisations internationales entre eux ou à des personnes privées étrangères.

Spontané lors des débuts du droit des gens, ce phénomène a reçu une sorte de consécration avec l'adoption du Statut de la C.P.J.I. mais on le retrouve dans les domaines où une officialisation de ce genre n'est pas acquise. Il s'y manifeste sans doute avec plus de force encore.

Après en avoir décrit les manifestations essentielles, c'est ce phénomène qu'il convient maintenant d'analyser.

(1) MONTESQUIEU, L'esprit des lois, livre I, chapitre 3.

Deuxième partie

LA MISE EN OEUVRE DES PRINCIPES

L'existence des principes généraux en tant que règles internes faisant droit dans le domaine des relations internationales ne fait aucun doute. Elle est attestée par une pratique constante dans le temps puisqu'elle remonte aux origines mêmes du droit international - et généralisée quant aux domaines - puisqu'on la retrouve à la fois dans l'ensemble des matières régies par le droit des gens traditionnel, mais aussi dans les conquêtes les plus récentes du droit transnational.

Mais cette transposition en droit international des règles du droit interne, pour répandue qu'elle soit, semble relever d'une mystérieuse alchimie. Comme le plomb devient or, les principes issus des droits nationaux deviennent normes du droit des gens ; et parfois même cette métamorphose est double : une règle applicable aux personnes privées en droit interne devient, dans l'ordre international, applicable aux personnes publiques (v. supra p.132s.). C'est le principe de cette transmutation qu'il faut maintenant analyser.

On peut admettre avec le juge TANAKA que

" Au départ les principes généraux sont censés être des principes
 " de droit privé dégagés grâce à la méthode du droit comparé et
 " applicables par analogie à des questions de droit international" (1).

Cette définition correspond bien à l'hypothèse de départ adoptée au début de cette étude et largement vérifiée par les exemples donnés jusqu'à présent ; elle met bien l'accent sur l'existence d'un processus en deux phases : d'abord, en quelque sorte "en amont", il s'agit de "principes de droit privé dégagés grâce à la méthode du droit comparé" ; ensuite, "en aval", ceux-ci, du fait d'un raisonnement par analogie peuvent être appliqués en droit international. Par ailleurs l'expression

(1) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 295.

"au départ" laisse entendre que la pratique s'éloigne sansiblement de ce schème théorique.

A une origine artificielle (titre I) correspond en effet une méthode de mise en oeuvre caractérisée par un très grand empirisme (titre II).

Titre I

Une origine artificielle

Un traité est la manifestation de la rencontre des volontés de deux ou plusieurs sujets de droit international ; une coutume internationale résulte de la répétition de faits qui se produisent dans les relations entre Etats ou entre organisations internationales ; de même les autres sources du droit des gens ont leur origine dans un fait international ; elles sont ancrées dans la sphère des relations internationales qu'il s'agisse des résolutions des institutions internationales, des actes unilatéraux des Etats ou même des contrats "quasi-internationaux". Seuls font exception les principes généraux de droit.

Ceux-ci, en effet sont - c'est le postulat adopté au départ - issus de règles de droit interne. En ce sens leur origine est artificielle.

Mais il ne suffit évidemment pas qu'une norme existe dans un droit interne quelconque pour faire droit dans les rapports internationaux ; il faut que cette norme réponde à certaines caractéristiques qu'il convient de déterminer.

En simplifiant beaucoup on peut dire que, pour être susceptible de devenir un principe général de droit, une règle doit être reconnue "in foro domestico" par un certain nombre d'Etats (chap. I).

Apparemment, au point de vue méthodologique, il devrait donc suffire de constater qu'une même règle existe bien dans les droits internes du nombre approprié de pays en faisant appel aux techniques du droit comparé. A vrai dire, l'apport du droit comparé apparaît assez limité en pratique (chap. II).

Chapitre I^{er} - La reconnaissance "in foro domestico" par les nations civilisées.

L'article 38-1 (c) du Statut de la Cour de Justice prévoit que la Cour applique "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Cette expression est en général interprétée conformément à l'explication donnée par Lord PHILLIMORE lors des discussions du Comité de Juristes de 1920 qui a élaboré le Statut de la C. P. J. I. :

" Les principes généraux visés par le n° 3 sont ceux qui sont acceptés par toutes les nations in foro domestico, tels certains principes de procédure, le principe de la bonne foi, le principe de la chose jugée, etc. " (1).

Même assortie de cette explication la formule de l'article 38 suscite un certain nombre de questions : quelle est la portée de l'expression " in foro domestico " (Section I) ? Et si toutes les nations doivent avoir reconnu un principe, quelle est la signification de la formule "les nations civilisées" (Section II) ?

Sect. 1- Des principes reconnus "in foro domestico".

Il n'est pas nécessaire de revenir sur le fait que des principes issus des droits internes sont bien reçus en droit international : tel était l'objet de la première partie de ce travail et l'abondance des exemples que l'on peut citer ne laisse aucun doute sur le bien-fondé d'une réponse positive. Malgré cette constatation un certain nombre d'auteurs persistent à en nier la réalité ; c'est pourquoi il n'est pas inutile de rappeler brièvement certains aspects des discussions doctrinales relatives à ce problème (paragr. 1). Mais constater l'existence de principes généraux de droit acceptés in foro domestico, n'épuise pas le problème ; deux autres questions fondamentales se posent : à quelle branche du droit interne ces principes sont-ils empruntés ? (paragr. 2) ; par ailleurs les droits nationaux évoluant, les principes changent-ils avec eux ? (paragr. 3).

(1) P. -V., p. 335.

Paragr. 1. Les discussions doctrinales.

Comme l'indique le Dictionnaire de la terminologie du droit international publié sous la direction de Jules BASDEVANT la formule "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (2) désigne "selon l'opinion dominante (...) des propositions premières consacrées par le droit interne des nations civilisées" (2). Telle est en effet la position de la très grande majorité des auteurs occidentaux, que l'on trouve aussi exprimée dans les opinions individuelles ou dissidentes de certains juges à la C. I. J. (4). Certains auteurs des pays de l'Est se sont même ralliés à cette opinion ; c'est notamment le cas du Hongrois Lázló BUZA (5) et des Soviétiques P. I. LUKIN (6) et, semble-t-il, Serge KRYLOV (7).

Inversement, les auteurs d'Europe orientale qui tiennent dans leur grande majorité, pour impossible cette transposition des principes d'un ordre juridique dans l'autre, ont reçu l'appui d'un certain

-
- (2) Cette formule peut être considérée comme synonyme de celle, abrégée, utilisée dans ce travail, étant donné la définition que nous avons donnée des "principes généraux de droit", v. p. 10.
- (3) Publié sous le patronage de l'Union Académique Internationale, Sirey, 1960, pp. 474-475.
- (4) Parmi les plus nettes dans ce sens, v. Statut du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1950, op. individ. McNAIR p. 148 et Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J., Rec. 1969, op. individ. AMMOUN, pp. 135-136.
- (5) "il s'agit de principes généraux de droit sur le plan du droit international car, puisque les Etats concernés ont réglé certains problèmes *in foro domestico* sur la base de principes bien définis, on peut penser qu'ils auraient appliqué les mêmes principes si le problème s'était posé sur le plan du droit international" - Lázló BUZA, "Szükeghelyzet a nemzetközi jogban" ("L'urgence en droit international", Cahiers de la section socio-historique d'Académie hongroise des sciences, vol. VIII, n° 4, p. 297). Cité en anglais par Géza HERCZEGH, General Principles of Law and International Legal Order, préc. pp. 21-22 - le même auteur cite un autre auteur hongrois pour lequel les principes de l'article 38-1 (c) du Statut comprennent à la fois des principes issus des droits internes et les principes du droit international).
- (6) "L'article 38, paragr. c du Statut vise les principes de droit international des Etats particuliers", P. I. LUKIN, Istochniki mezhdunarodnovo prava, Izdatelstvo Akademii Nauk, Moscou, 1960, p. 95, cité par Géza HERCZEGH "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", préc., p. 16 (en anglais, résumé en français).
- (7) "Les notions principales du droit des gens (la doctrine soviétique du droit international)", R.C.A.D.I. 1947-I, n° 70, p. 444 (Il est vrai qu'il s'agit selon KRYLOV d'une source secondaire du droit international).

nombre d'internationalistes occidentaux aussi éminents que RAESTAD(8) ou SERENI (9) et peuvent également invoquer quelques opinions de juges à la Cour mondiale (10).

M. Géza HERCZEGH a bien synthétisé les principaux arguments des tenants de cette théorie en les reprenant à son compte :

" The identity of some of the principles incorporated in the statutory
 " or municipal law of the different states is not the outcome of an
 " agreement of will of two states or more to this effect. Conse-
 " quently these principles are not legal rules created by two or
 " more states and are not destined to bring under regulation rela-
 " tions between a state and others. Hence these principles do not
 " constitute International law, but municipal law, and international
 " law and municipal law are two distinct independent systems of law.
 " Although the two have numerous points of contact, still owing to
 " the independence of the two legal systems and their peculiarities,
 " the one can be turned into part of the other only after an appro-
 " priate transformation. For this reason the principles in question
 " are not part and parcel of the body of public International law "(11).

Cette citation appelle un certain nombre de remarques et de critiques. En premier lieu il faut noter que le raisonnement de cet auteur repose sur une double pétition de principe : d'une part, pour lui, seul un accord de volontés entre sujets du droit des gens peut être à l'origine de droits et d'obligations dans l'ordre des relations internationales ; d'autre part droit interne et droit international constituent deux systèmes juridiques entièrement distincts (malgré de "nombreux contacts").

(8) V. Arnold RAESTAD, La philosophie du droit international, I Kommisjon Hos Jacob Dybwad, Oslo, 1949, p. 75.

(9) V. A. P. SERENI, Diritto Internazionale, Giuffrè, Milan, 1956, p. 154 s.

(10) V. notamment Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1955, op. diss. READ p. 37 et Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1966, op. diss. KORETSKY, p. 242 (mais dans ce dernier cas, le refus de transposition est limité à l'espèce).

(11) "L'identité de quelques-uns des principes incorporés au droit interne des différents Etats n'est pas la conséquence d'un accord de volonté entre deux ou plusieurs Etats à cette fin. Par conséquent ces principes ne sont pas des règles juridiques créées par deux Etats ou plus et ne sont pas destinés à réglementer les relations inter-étatiques. Il en résulte que ces principes ne constituent pas du droit international mais du droit interne or il s'agit de deux systèmes juridiques indépendants. Bien qu'il y ait de nombreux points de contacts entre eux, il n'en reste pas moins que, du fait de l'indépendance de ces deux systèmes et de leurs particularités, l'un ne peut devenir partie intégrante de l'autre qu'après une transformation adéquate. C'est la raison pour laquelle les principes en question ne peuvent être considérés comme faisant partie du droit international public", Géza HERCZEGH, General Principles of Law and International Legal Order, préc., p. 97.

Fondé sur ce double postulat volontariste et dualiste, cette conception reste à un niveau très théorique et ne tient aucun compte des réalités que M. HERCZEGH a pourtant décrites avec rigueur et méthode dans tout le début de son ouvrage (v. notamment pp. 91-96). Il est surprenant qu'un auteur se réclamant du marxisme admette un aussi net décalage entre les faits et la théorie : ou bien les premiers démentent l'exactitude de celle-ci et il faut la rejeter, ou bien il faut trouver un moyen de les concilier. Quand les faits résistent le dogme ne résout rien (11bis).

Par ailleurs, M. HERCZEGH, comme la plupart des auteurs qui s'opposent à la transposition de principes du droit interne en droit international simplifient abusivement la thèse opposée. Il ne saurait être question d'importer "des institutions de droit privé, en bloc, toutes faites et complètement équipées" (12), mais on peut affirmer que le processus de la transformation a pour point de départ la prise en considération de règles internes.

Cette attitude correspond à une tendance presque automatique de l'esprit :

" Le droit des gens est, quant à son origine, plus jeune que les
 " systèmes juridiques nationaux. Il est naturel que les hommes
 " qui sont appelés à appliquer le droit des gens soient, dans cette
 " application, inclinés à s'inspirer des notions et des conceptions
 " juridiques de leur droit international" (13).

Du reste, le droit interne qui régleme les relations intra-étatiques, est plus riche, mieux élaboré, plus complet que le droit international.

On peut faire valoir aussi que l'obligation d'examiner les solutions apportées par les droits nationaux faite tant aux praticiens qu'aux juges internationaux constituent un frein contre les décisions arbitraires. A cet égard, M. Benoît JEANNEAU fait remarquer à juste titre :

(11bis) Sur les problèmes théoriques concernant l'opération de transposition elle-même, v. infra, titre II, chap. 1, section 1.

(12) Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1950, op. indiv. McNAIR, p. 148. V. infra, ibid., Section 2.

(13) Ulrich SCHEUNER, "L'influence du droit interne sur la formation du droit international", R. C. A. D. I. . 1939-II; n° 68, pp. 105-106.

" Si le comité des juristes de 1920 permit au juge d'appliquer les
 " principes généraux du droit alors qu'il se refusa à reconnaître
 " la jurisprudence comme une source formelle du droit, c'est qu'il
 " estima qu'il y avait moins de risques pour la souveraineté des
 " Etats à laisser le juge international recourir aux principes gé-
 " néraux du droit pour combler les lacunes du droit positif qu'à lui
 " conférer le pouvoir de régler nombre de litiges au gré de son as-
 " piration. Cette intime conviction (...) attesterait ainsi que le
 " juge dispose de moins de liberté dans l'élaboration des principes
 " que dans la construction des règles jurisprudentielles proprement
 " dites" (14).

En réalité il semble bien en effet que la formule de l'article 38 en inci-
 tant le juge international à se tourner vers les principes reconnus en
 droit interne limite sa liberté de décision si aucune autre règle claire
 n'existe puisqu'il doit se fonder sur une base objective : les normes
 utilisées par les droits nationaux qui "s'imposent de l'extérieur et im-
 pérativement" à lui (15). Certes le juge dispose encore d'une certaine
 liberté dans la mesure où il peut choisir de recourir à ces principes
 ou non, mais à partir du moment où il a décidé de le faire, il doit -
 ou devrait - exiger l'existence de règles comparables dans les légis-
 lations (lato sensu) des divers Etats. Il est particulièrement signifi-
 catif à cet égard que même un auteur aussi fervent défenseur du droit
 naturel que LE FUR précise que ces principes doivent se retrouver
 "dans les législations internes positives de la presque totalité des Etats
 civilisés ; en d'autres termes, il faut que ces principes soient re-
 connus par le droit positif des Etats "(16).

" Ces principes, (les rédacteurs du Statut) les avaient conçus
 " comme formant une source de droit indépendante de la conven-
 " tion et de la coutume, comme appartenant, par leur fondement

(14) Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préc., p. 217.

(15) Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international, préc., p. 357 ; Dans le même sens, v. Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 33-3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale", préc., p. 306 ; Max SØRENSEN, Les sources du droit international, préc., p. 150 ; Sir Humphrey WALDOCK, "General Course of Public International Law", préc., p. 57, etc.

(16) Louis LE FUR, "Règles générales du droit de la paix", R. C. A. D. I., 1935-IV, n° 54, p. 205. V. aussi "La coutume et les principes généraux du droit international public", Rec. GENY III, p. 368.

" social et leur caractère rationnels, à un fonds juridique commun,
 " ayant acquis toutefois par leur reconnaissance in foro domestico
 " par les nations civilisées, ce caractère de positivité qui en fait
 " des principes de droit et qui n'autorise pas à y comprendre ce que
 " l'on a appelé le "donné idéal" ou simple aspiration plus ou moins
 " répandue vers une organisation jugée désirable du droit " (17).

C'est au contraire ce "donné idéal" auquel semblait renvoyer l'article 7 de la Convention XII de la deuxième conférence de La Haye qui autorisait la Cour Internationale des Prises à juger "d'après les principes généraux de la justice et de l'équité" ; cette latitude excessive laissée au juge - que l'on retrouve dans d'assez nombreuses clauses compromissaires - fut sans doute pour beaucoup dans l'échec de cette convention^{qui}/n'entra jamais en vigueur. Le recours aux principes généraux de droit ne présente pas les mêmes dangers.

De plus, dans l'état actuel de la société internationale, l'origine des principes, le fonds commun où le juge doit les puiser, constitue une garantie pour les Etats nouveaux qui se plaignent souvent d'être insuffisamment pris en considération dans l'élaboration et la recherche des règles du droit international. Par définition les principes généraux doivent être communs aux divers systèmes juridiques et l'on ne saurait sérieusement prétendre qu'un principe exclu par la législation interne de nombreux Etats ayant accédé récemment à l'indépendance présente ce caractère (18) ce qui constitue pour ceux-ci une assurance sérieuse. Compte tenu de cette remarque les "principes" pourraient connaître un grand développement notamment dans le domaine économique dans lequel ces Etats ont un certain nombre d'aspirations, d'attitudes et de présupposés en commun qui se traduisent progressivement par l'élaboration de techniques juridiques nouvelles tant sur le plan national qu'international.

Paragr. 2. Quel droit interne ?

S'il n'apparaît donc pas douteux que l'origine des principes doit bien être recherchée dans le droit interne des Etats et s'il n'y a pas

(17) Charles de VISSCHER, Théories et réalités en droit international public, Pédone, 1970, p. 419. François GENY a évoqué ce "donné idéal" dans François GENY, Science et technique en droit privé positif, II, 1916, n° 370.

(18) V. toutefois la section 2 de ce chapitre en ce qui concerne les "principes locaux".

lieu de s'en inquiéter, il n'en reste pas moins que cette expression "droit interne" recouvre une très grande variété de règles regroupées en un certain nombre de branches : droit civil, droit commercial, droit pénal, droit administratif, droit constitutionnel, etc... Ces branches ne coïncident d'ailleurs pas dans tous les systèmes juridiques mais tous connaissent la distinction entre droit public et droit privé.

" In every civilized State, two divisions of law are recognized :
 " first the law which regulates the public order and right of nations,
 " which is jus publicum ; second, the law which determines the
 " private rights of men, which is called jus civile " (19).

Les principes généraux de droit applicables aux relations internationales se rattachent-ils à l'une ou l'autre de ces catégories ?

Longtemps les auteurs ont surtout été intrigués par les références faites par le droit international aux règles du droit privé. Il est significatif par exemple que Sir Hersch LAUTERPACHT ait intitulé le premier ouvrage d'importance consacré aux principes généraux de droit "Private Law Sources and Analogies of International Law" (Sources et analogies tirées du droit privé en droit international). Plusieurs raisons expliquent cette attitude. D'une part, on rencontre dans les sentences arbitrales rendues dans les différends entre Etats des expressions comme "on constate généralement en droit privé" ... ou "c'est un principe général du droit civil" (20). D'autre part, comme l'a écrit François GENY, le droit civil est "la partie du droit la plus générale et la plus typique" (21), celle dont la technique précise, rigoureuse, est la

(19) "Dans tout Etat civilisé, on distingue deux sortes de droit : d'abord le droit qui régit l'ordre public et les problèmes collectifs, qui constitue le jus publicum ; ensuite celui qui fixe les droits privés des personnes, que l'on appelle jus civile", Affaire Bokkelen (Etats-Unis - Haïti, 4 décembre 1888), préc., Pas. I., p. 315.

(20) V. par exemple l'affaire du navire Cape Horn Pigeon (Etats-Unis - Russie) sentence rendue par la C. P. A. (Arbitre T. M. C. ASSER), 29 novembre 1902, préc., "Considérant que le principe du droit civil, d'après lequel les dommages-intérêts doivent contenir une indemnité non seulement pour le dommage qu'on a souffert, mais aussi pour le gain dont on a été privé, est également applicable aux litiges internationaux ...", R.S.A.N.U., IX, p. 259.

(21) François GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, L. G. D. J., Paris, 1919, p. 1.

plus développée dans presque tous les Etats (22). Par ailleurs, dans la mesure où les premières personnes qui se sont intéressées au droit des gens étaient des romanistes, dans la mesure aussi où les principes généraux sont souvent, en fait, des maximes latines léguées par le droit de l'ancienne Rome, il n'est guère surprenant que les principes issus du droit civil ou, plus largement, du droit privé prédominent dans les principes généraux de droit applicables en droit international puisque le droit romain a surtout mis au point des règles très détaillées, et qui se sont perpétuées jusqu'à aujourd'hui dans les droits internes de nombreux pays, en ce qui concerne les relations entre individus.

Mais cette prédominance ne saurait signifier qu'il existe une exclusivité au profit du droit privé. D'une manière générale, du reste, il ne faut pas exagérer l'importance de la distinction entre les deux branches du droit ; selon l'expression d'une juridiction française, les principes généraux "commandent tout à la fois le droit public et le droit civil, autrefois réunis sous le terme de jus civile" (23). De plus on peut se demander si la distinction héritée de l'ère libérale correspond encore à la réalité sociale : aujourd'hui il n'est guère d'activité qui ne soit régie peu ou prou par un droit "mixte" qui relève par certains aspects du droit public, par d'autres du droit privé ; (d'un côté, par exemple, la propriété privée acquiert une "fonction sociale" qui dépasse largement les intérêts individuels, de l'autre l'Etat et les personnes publiques sont, dans tous les pays du monde, et pas seulement socialistes, devenus les plus gros des propriétaires et les plus importants des employeurs) (24).

Dans les domaines les plus nouveaux du droit international l'appel à des principes généraux empruntés au droit public est, en tout cas, particulièrement remarquable. Au sein des organisations internationales, par exemple, la branche qui connaît les développements les plus techniquement parfaits, grâce à la jurisprudence des tribunaux administratifs, est celle des relations entre les Administrations et

(22) En ce sens, v. Michel VIRALLY, "The Sources of International Law" in Max SØRENSEN ed., Manual of Public International Law, McMillan, Londres, 1968, p. 145 (cet auteur parle à juste titre du droit civil et du droit procédural).

(23) Tribunal civil de la Seine, 5 décembre 1952, Dr. Giry c. Ministre de l'Intérieur et Ministre de la Justice, J. C. P., 1953. II. 7371, note VEDEL.

(24) V. Wolfgang FRIEDMANN, The Changing Structure International Law, préc., p. 191s et "The Uses of "General Principles" in the Development of International Law", préc., p. 281s.

leurs fonctionnaires, aussi y est-il fait largement appel aux principes internes du droit de la fonction publique, subdivision du droit administratif, du moins dans les pays qui connaissent cette notion ; la même remarque pourrait être faite à propos du droit communautaire, qui admet de plus le contentieux de la légalité des actes pris par les organes de la Communauté. Quant aux contrats passés entre un Etat et une personne privée étrangère ils se rapprochent davantage des contrats administratifs que des conventions de droit privé. Même les principes du droit constitutionnel ou parlementaire trouvent à s'appliquer au sein des organisations internationales et ce mouvement devrait être appelé à prendre de l'ampleur (sur tous ces points, v. supra pp. 145-147).

Mais on ne saurait prétendre que les principes issus du droit public ne sont utilisés que dans ces domaines nouveaux et un peu particuliers. Le droit international y a toujours eu recours et l'on peut en donner de nombreux exemples même si on laisse de côté les principes de droit procédural et de droit pénal, branches qu'il est cependant difficile de considérer comme faisant partie du droit privé à proprement parler.

Ainsi, la Commission de Réclamations constituée entre le Mexique et les Etats-Unis sur la base de la Convention du 8 septembre 1923 a constaté :

" It is probably a general rule of domestic law in many countries
 " that a state is responsible for and is bound by acts of its agents
 " within the limits of their functions or powers as defined by the
 " national law, but when acts are done in excess of powers or
 " functions so defined, the State is not bound or responsible " (25).

La distinction effectuée ici entre ce que l'on pourrait appeler la "faute de service" et la "faute personnelle" est un principe qui ressortit

(25) "C'est sans doute une règle générale de droit interne dans de nombreux pays qu'un Etat est responsable pour et lié par les actes de ses agents agissant dans les limites de leurs fonctions et de leurs compétences telles qu'elles sont définies par la législation nationale, mais lorsque ces actes s'analysent en un excès de pouvoir ou de compétence, l'Etat n'est plus engagé ni responsable". Affaire Davies, 23 mars 1927, R. S. A. N. U. IV, p. 142.

typiquement du droit administratif (dans les pays du moins qui en possèdent). De même, lorsque le même organe arbitral, à partir d'exemples tirés des droits internes des Etats-Unis et du Mexique, estime que le droit de lever des impôts est inhérent à la notion de souveraineté et appartient à tout Etat (26), il applique un principe de droit fiscal ou de droit constitutionnel, mais certainement pas un principe de droit privé.

Devant la Cour de La Haye des principes généraux puisés dans le droit public ont été parfois invoqués par les parties (27) : dans l'affaire de Jaworzina, l'agent polonais, MROZOWSKI s'est appuyé sur les principes de droit administratif : "tu patere legem quem fecisti" et celui selon lequel un acte pris en excès de pouvoir doit être annulé (28) ; dans celle du statut de Memel, le gouvernement lithuanien a fait valoir que "la notion de "détournement de pouvoir" n'est pas applicable aux actes de gouvernement " (29). La Cour elle-même a parfois appliqué de tels principes : par exemple, dans l'avis relatif aux jugements du Tribunal Administratif des Nations Unies, la Cour a, sans le mentionner, utilisé l'adage "tu patere . . ." mais en tant que principe issu du droit constitutionnel (30) et c'est aussi un principe de droit constitutionnel qu'elle a rappelé en disant "il est de pratique constante pour les législatures nationales de créer des tribunaux qui ont la capacité de rendre des décisions liant le législateur qui les a créées " (31) etc. . .

Tentant de préciser la notion de "principes généraux de droit", le juge TANAKA indique :

" La limiter à des principes de droit privé ou à des principes de
" procédure paraîtrait, du point de vue de l'interprétation littérale

(26) Affaire George W. Cook, 8 octobre 1930, R. S. A. N. U. IV, p. 595.

(27) Ou des principes rattachés à la fois au droit privé et au droit public. Par exemple, dans l'affaire Losinger, SAUSER-HALL a affirmé que le principe de la bonne foi "domine toutes les relations de droit public et de droit privé ; c'est un principe général", C.P.J.I., série C, n° 78, p. 367.

(28) C. P. J. I., série C, n° 4, p. 42s.

(29) Interprétation du statut du territoire de Memel, C. P. J. I., série C, n° 59, p. 369.

(30) Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1954, p. 55s.

(31) Ibid., p. 62.

" insoutenable. Dans la mesure où ces "principes généraux de droit ne sont pas précisés, il y a lieu de croire que le terme "droit" recouvre toutes les branches du droit, à savoir le droit interne, le droit public, le droit constitutionnel et administratif, le droit privé, le droit commercial, le droit touchant au fond et le droit de la procédure, etc." (32).

Cette opinion ne paraît pas pouvoir être discutée et est généralement partagée aujourd'hui par la doctrine (33) ; aussi plutôt que de parler de "private law analogies" vaut-il mieux appeler les principes "municipal law analogies" (34).

Les principes généraux de droit ont en effet leur origine dans le droit interne en général et ne sont pas confinés au domaine du droit privé.

Paragr. 3. L'évolution des principes généraux de droit.

Les droits internes auxquels il faut se reporter pour dégager l'existence d'un principe, évoluent. On peut donc penser que, parallèlement, les principes généraux de droit applicables en droit international ne sont pas immuables.

C'est cependant en vertu d'une autre idée que certains auteurs ont cru pouvoir parler d'une évolution des principes. Ils ont fait remarquer que les besoins de la société internationale changent en fonction de son développement et que, par conséquent, les principes qui la régissent doivent évoluer en conséquence. Au premier rang de ces auteurs se trouve ALVAREZ qui, dans son opinion individuelle sur l'affaire des pêcheries par exemple, a fait valoir que

-
- (32) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt C.I.J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 294. Dans cette affaire, le juge japonais a notamment estimé que "le principe de l'égalité est devenu (...) l'un des éléments communs aux constitutions des pays modernes d'Europe et d'autres régions" ; selon lui "l'existence de ce principe est universellement reconnue", *ibid.*, pp. 304-305.
- (33) V. notamment BIN CHENG, General Principles of Law..., préc., p. 392 ; Géza HERCZEGH, General Principles and the International Legal Order, préc., p. 96 ; Rolando QUADRI, Diritto Internazionale Pubblico, G. Priulla, Palerme, 1960, p. 102.
- (34) Cette suggestion a été faite par E. H. WALL in "The Iranian-Italian Oil Agreement of 1957", I. C. L. Q. 1958, p. 744 et reprise par Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", préc., p. 201.

" L'arbitrage international entre maintenant dans une nouvelle
 " phase. Il ne suffit pas de mettre en relief les principes géné-
 " raux de droit reconnus par les nations civilisées ; il faut, en
 " outre, tenir compte (...) des modifications que ces principes
 " ont pu subir par suite des grands changements survenus dans
 " la vie internationale, en les adaptant aux nouvelles conditions
 " de cette vie ; il faut même, s'il n'existe pas de principes dans
 " une matière donnée, en créer conformément aux dites condi-
 " tions " (35).

En réalité, ce ne sont pas les principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis que vise le promoteur du "droit international nouveau" mais les principes du droit international, notion différente (v. supra, p. 12 et infra, 3ème partie, titre I, chapitre 1) (36). Il n'en reste pas moins qu'il y a là une idée à retenir : les principes de droit interne ne peuvent être transposés en droit international que s'ils correspondent aux besoins de la société internationale ; cela ne concerne pas le problème de l'existence ou de la non existence d'un principe mais soulève la question de son applicabilité qui sera examinée plus loin (v. titre II).

En ce qui concerne l'évolution à proprement parler des principes généraux de droit, celle-ci est calquée sur les changements qui interviennent dans les droits nationaux. Toutefois puisque, justement, il s'agit de "principes généraux", il convient de souligner que seuls les grands changements de tendance auront des répercussions sur eux et l'on ne saurait prétendre que les moindres réformes législatives les modifient : cela leur conférerait du reste une singulière instabilité peu compatible avec le caractère de véritable règle de droit ; les principes généraux de droit enregistrent les bouleversements importants, pas les inflexions de détail que les droits internes subissent perpétuellement.

Sous cette réserve, on peut relever dans la jurisprudence internationale et dans la doctrine d'assez nombreux exemples qui

(35) Pêcheries, arrêt, C.I.J., Rec. 1951, op. individ. ALVAREZ, pp. 147-148 (les mots soulignés le sont dans le texte). V. une analyse plus détaillée de la thèse d'ALVAREZ dans C. Wilfred JENKS, The Prospects of Adjudication, préc., p. 279.

(36) Ceci correspond d'ailleurs à la définition qu'ALVAREZ donne des principes généraux de droit. V. ses observations sur le rapport VERDROSS, préc., Ann. I.D.I. 1934, p. 493s.

portent le témoignage de l'influence qu'ont sur les principes généraux de droit les changements intervenant en droit interne. En général, la jurisprudence internationale est incertaine et contrastée dans ces périodes de mutations certains tribunaux ou certains juges adoptant le principe nouveau alors que d'autres restent fidèles à l'ancien, en précisant parfois qu'ils estiment que le mouvement en cours n'est pas encore suffisamment établi, ainsi NYHOLM qui, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu par la C. P. J. I. dans l'affaire du Lotus estime que la Turquie a suivi "un courant législatif moderne mais auquel s'oppose encore une partie importante des nations" (37). Au contraire, dans l'affaire de l'indemnité russe, la Cour Permanente d'Arbitrage s'est appuyée sur une évolution en cours pour renforcer son argumentation :

" Exagérer les conséquences des distinctions faites en droit civil
 " dans la responsabilité se légitimerait d'autant moins qu'il se
 " dessine, dans plusieurs législations récentes, une tendance à
 " atténuer ou à supprimer les adoucissements apportés par le
 " droit romain et ses dérivés à la responsabilité en matière de
 " dettes d'argent " (38).

Les hésitations de la Commission de Réclamations Etats-Unis - Mexique à transposer en droit international le principe de l'enrichissement sans cause sont également caractéristiques :

" The interpretation of the theory of unjust enrichment has encountered
 " red serious difficulties in its practical application in municipal
 " law. There is no doubt that at the present time that theory is accepted and applied generally by the countries of the world, even
 " in the absence of a specific law, but the difficulty rests in fixing
 " the limits within which it can and must be applied " (39).

(37) Lotus, arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I., série A, n° 10, op. diss. NYHOLM, pp. 63-64.

(38) C.P.A. (Président C. E. LARDY) (Russie-Turquie), sentence rendue le 11 novembre 1912, préc., R.S.A.N.U. XI, p. 440. La Cour réplique ici à un argument de la Sublime Porte (Ibid., p. 438s).

(39) "L'interprétation de la théorie de l'enrichissement sans cause a rencontré des difficultés sérieuses dans son application pratique en droit interne. Il ne fait aucun doute qu'aujourd'hui cette théorie est reçue et appliquée, d'une manière générale, par tous les pays du monde même en l'absence de dispositions spécifiques mais les difficultés tiennent à la fixation des limites dans lesquelles elle peut et doit être appliquée". Affaire Dickson Car Wheel Cy., juillet 1931 (jour non précisé), R.S.A.N.U. IV, p. 676. La sentence ne fait pas application du principe en l'espèce, les conditions n'étant pas réunies.

Et, à la même époque, RIPERT constatant que l'enrichissement sans cause se heurtait à une certaine méfiance en droit international écrivait :

" Il ne faut pourtant pas renoncer délibérément à ce principe dans le droit des gens. Il n'en a pas encore été fait application, mais le droit privé lui-même a mis longtemps à se dégager. C'est un principe d'une moralité supérieure " (40).

On pourrait faire les mêmes constatations en ce qui concerne l'abus de droit dont l'existence dans tous les ordres juridiques internes a été contestée par de nombreux auteurs (41), qui est appliqué depuis longtemps et souvent par la jurisprudence internationale (42) mais dont a cependant contesté la possibilité de le transposer en droit des gens (43). C'est que, en réalité, ce principe, qui s'oppose à une règle contraire du droit romain, ne s'est implanté que progressivement dans les droits internes. De même, à propos de la notion de l'application de la notion de stipulation pour autrui en droit international, problème âprement discuté par les parties dans l'affaire des zones franches (44), M. JIMENEZ DE ARECHAGA a pu écrire :

" It is possible that in 1930 third - party stipulations were not fully, recognized by the municipal law of some civilized countries, and therefore this stipulation was not yet ripe for absorption into international law as a general principle of law. For instance, it was not fully admitted by the French, Italian or Belgian civil codes and its acceptance in the common

(40) Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., p. 632.

(41) Roberto AGO, "Le délit international", R. C. A. D. I. 1939-II, n° 68, p. 443 ; M. SERENI, L'abuso di diritto nei rapporti internazionali, A.R.E., Rome, 1930, chapitre III et pp. 50-52 ; H. C. GUTTERIDGE, "Comparative Law and the Law of Nations", B.Y.B.I.L., 1944, p. 7. Contra, Alexandre-Charles KISS, L'abus de droit en droit international, L.G.D.J., Paris, 1953, pp. 188-189.

(42) V. les très nombreux exemples donnés par KISS, op. cit., note précédente, passim.

(43) "La théorie de l'abus de droit est extrêmement délicate, et j'hésiterais beaucoup à l'appliquer dans une matière telle que la juridiction obligatoire de la Cour. Le vieil adage, si en harmonie avec l'esprit du droit international : qui jure suo utitur neminem laedit, me semble ici tout à fait à sa place", Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt 1939, C.P.J.I., série A/B n° 77, op. diss. ANZILOTTI, p. 98.

(44) Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I., série C, n° 17 (I), vol. I-IV, n° 19, vol. I-IV, n° 58. V. les nombreux extraits cités in Krystina MAREK, Répertoire des décisions et des documents de la C.P.J.I., préc., vol. 2, p. 1026s. La Cour n'a pas jugé utile de se prononcer.

" law of England and the United States was under discussion. But
 " this situation has greatly changed in the last quarter of a cen-
 " tury " (45).

Même en matière d'interprétation, la Commission Mixte franco-italienne a cru pouvoir constater une évolution dans les principes appliqués en droit interne et la répercuter en droit des gens par voie de conséquence (46).

Dans d'autres cas, on peut noter que des institutions comparables du droit interne et du droit des gens, évoluent de la même manière. Il est certain par exemple que, en matière de responsabilité, on assiste à un développement simultané de la notion de responsabilité sans faute dans les deux ordres juridiques. Mais ce phénomène d'influences mutuelles est différent de celui que l'on a en vue ici : le raisonnement par analogie qui conduit à la découverte des principes. En effet, comme l'ont remarqué dès 1923 Albert de LAPRADELLE et Nicolas POLITIS, "la responsabilité internationale et la responsabilité interne forment deux théories séparées aux règles distinctes, encore que le progrès de l'une puisse, en fait, influencer sur celui de l'autre" (47). Tel est le cas chaque fois qu'un principe général de droit est suffisamment bien établi en droit des gens pour que l'on puisse le considérer comme une coutume internationale.

A cet égard, un extrait du quatrième rapport de M. Garcia AMADOR à la Commission du Droit International sur la responsabilité

(45) "Il se peut qu'en 1930 les stipulations en faveur de tiers n'aient pas été complètement reconnues par le droit interne de certains pays civilisés et que, par conséquent, ce principe n'était pas prêt à être absorbé en droit international en tant que principe général de droit. Par exemple, il n'était pas pleinement admis par les codes civil français, italien et belge et sa réception par la common law anglaise et américaine était discutée. Mais cette situation a beaucoup changé en un quart de siècle", Eduardo JIMENEZ DE ARECHAGA, "Treaty Stipulations in favor of third States, A.J.I.L. 1956, p. 347.

(46) "Les vieux brocards", in claris non fit interpretatio et "clara non indigent interpretatione" sont répudiés par la doctrine moderne la plus autorisée de tous les pays". Décision n° 95, 8 mars 1951, Société Mineraria e Metallurgica di Pertusola, préc., R.S.A.N.U. XIII, p. 185. Cette "constatation" est des plus discutables.

(47) R.A.I., préc., II, p. 278, note doctrinale sous la sentence rendue le 23 novembre 1863 par la Commission Mixte de Lima, dans l'affaire de l'Eliza.

internationale est particulièrement intéressant. Après avoir rappelé que le droit international exige le paiement d'une indemnité en cas d'expropriation de biens étrangers, l'auteur constate qu'en droit interne il existe trois catégories d'attitudes :

" Dans un premier groupe d'Etats où les principes du libéralisme
 " restent dans l'ensemble la règle et qui constituent encore la gran-
 " de majorité, l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est
 " permise que moyennant paiement d'une indemnité. Dans un se-
 " cond groupe, en raison de la fonction sociale très marquée que
 " l'on attribue à la propriété, l'indemnité perd son caractère d'élé-
 " ment essentiel de l'expropriation. Enfin, dans le troisième grou-
 " pe, où la socialisation de l'économie a fait passer la propriété
 " des moyens de production à l'Etat et a réduit au minimum le do-
 " maine de la propriété privée, l'indemnité perd définitivement le
 " caractère obligatoire qu'elle avait à l'origine pour dépendre en-
 " tièrement de la volonté ou du pouvoir discrétionnaire de l'Etat.
 " Il ne faudrait naturellement pas conclure de ce qui précède que
 " le manque d'uniformité qui se manifeste maintenant dans le droit
 " interne prive de tout fondement l'obligation internationale qu'a
 " l'Etat d'indemniser les étrangers qu'il a expropriés pour cause
 " d'utilité publique. Cette obligation, bien qu'elle ait été à l'ori-
 " gine un "principe général de droit reconnu par les nations civi-
 " lisés", en est venue à prendre le caractère d'un principe de droit
 " international coutumier. Comme cela peut se produire pour n'im-
 " porte quel autre principe, et comme cela s'est produit en fait
 " pour certains, l'obligation internationale d'indemniser est suscep-
 " tible d'être modifiée et même de perdre toute valeur si elle de-
 " vient incompatible avec les nécessités et les intérêts de la com-
 " munauté internationale. Tant que ce n'est pas le cas, le principe
 " du respect des droits acquis des étrangers exigera le versement
 " d'une indemnité lorsqu'il s'agit de mesures constituant une ex-
 " propriation pour cause d'utilité publique, qu'il s'agisse d'une ex-
 " propriation individuelle ou générale. Comme pour n'importe
 " quelle autre obligation internationale, l'Etat ne peut exciper de
 " son droit interne " (48).

Le rapporteur spécial montre bien que, au départ, l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation de biens étrangers avait le caractère d'un principe général de droit car elle était admise par les législations de tous les Etats. Son application en droit international lui ayant conféré le caractère d'une norme coutumière, il importe peu de constater que cette obligation n'est plus reconnue par le droit interne de certains pays.

(48) F. V. Garcia AMADOR, "La responsabilité internationale", 4ème rapport, 1959, Ann. C. D. I. (A/CN. 4/SER. A/1959; Add. 1, vol. II), p. 18.

On peut se demander toutefois ce qui se passerait si tous les Etats adoptaient, dans leur droit interne, un principe contraire ; M. Garcia AMADOR laisse entendre qu'un principe ne peut modifier une coutume ; cela est discutable (v. infra, 3ème partie, titre II) ; il est vrai que, dans ce cas précis, il est peu vraisemblable que la coutume internationale subsiste ...

Il est certain que la première étape d'un raisonnement visant à établir l'existence d'un principe général de droit doit être d'en démontrer l'existence en droit interne, au moment où la recherche est entreprise, que ce soit en droit public ou en droit privé. Mais cela ne suffit pas. Quels droits nationaux doivent être pris en considération ? En fonction de quels critères les déterminer ? Telle est la deuxième étape.

Sect. 2 - Des principes reconnus "par les nations civilisées".

L'expression "nations civilisées" utilisée par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice a été employée également dans de nombreuses sentences arbitrales rendues aussi bien avant qu'après 1920. Parmi les premières on peut citer les affaires Coteswath and Powell (49), Van Bokkelen (50) ou de l'Orinoco Steamship Company (51) ; parmi les secondes, la sentence rendue par

-
- (49) "The administration of justice, guaranteed to all persons leaving in a civilized country ..." ("La dispensation de la justice, garantie à toute personne vivant dans un pays civilisé ...") ; (Colombie - Etats-Unis), 5 novembre 1875, Pas. I, p. 176.
- (50) "In every civilized State two divisions of law are recognized ..." ("Dans tout Etats civilisé on reconnaît deux branches de droit") (Etats-Unis - Haïti), préc., 4 décembre 1888, Pas. I, p. 315.
- (51) "... the principles of justice and equity proclaimed in almost all civilized nations" ("... les principes de justice et d'équité proclamés par les codes de presque toutes les nations civilisées"), (Commission Mixte Etats-Unis - Vénézuéla établie par le protocole du 7 février 1903, date non précisée), préc., R. S. A. N. U. IX, p. 200.

la Commission de Réclamations Etats-Unis - Mexique dans l'affaire William T. Way (52) ou celle de la Commission Mixte Allemagne - Etats-Unis dans les affaires du sabotage (53). L'expression fait d'ailleurs toujours partie du langage courant (54).

En cherchant quels systèmes juridiques il convient de prendre en considération pour établir l'existence d'un principe général de droit, c'est donc le sens de cette formule qu'il faut d'abord déterminer (paragr. 1) ; le problème se pose également de savoir combien de "nations civilisées" doivent reconnaître un principe juridique pour que celui-ci puisse être réputé exister. (paragr. 2)

Paragr. 1. Les caractéristiques des systèmes juridiques à prendre en considération.

A. Le sens de l'expression "nations civilisées".

La formule de l'article 38-1 (c) est embarrassante et sonne de manière assez déplaisante aux oreilles du juriste de 1974 mais comme l'a rappelé le professeur Georg SCHWARZENBERGER, "unless very convincing reasons to the contrary were adduced, it would mean

-
- (52) "These principles are recognized by the laws of Mexico, the laws of the United States and under the laws of civilized countries generally" ("Ces principes sont reconnus par les lois du Mexique, les lois des Etats-Unis, et, d'une manière générale par les lois de tous les pays civilisés"), 18 octobre 1928, R.S.A.N.U. IV, p.400.
- (53) Le principe "res judicata" est un principe juridique "common to all or the larger part of civilized nations" ("commun à toutes, ou au plus grand nombre des nations civilisées"), Lehigh Valley Railroad Cy. and others, 15 décembre 1933, préc., R.S.A.N.U. VIII, opinion du commissaire allemand KIESSELBACH, p. 173.
- (54) A titre d'exemples, v. deux articles dans des numéros récents du journal Le Monde : "Notre système judiciaire est ce qu'il est, et il nous semble pouvoir soutenir la comparaison avec ceux des autres pays civilisés" (Pierre MARCILHACY, "Notre Justice", 28 juillet 1972) ; "Notre but est de ramener le gouvernement zambien à la raison et de lui faire comprendre qu'il existe parmi les nations civilisées un certain code qu'il doit respecter" (sic) (déclaration de M. Ian SMITH rapportée par Jean de la GUERIVIERE, 25 janvier 1973).

running contrary to the rules which govern the interpretation of treaties to ignore it " (55). Il faut cependant garder en mémoire le texte de l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, texte qui correspond à la pratique généralement suivie et autorise le recours aux "circonstances dans lesquelles le traité a été élaboré" si les méthodes habituelles d'interprétation laissent le sens "ambigu ou obscur".

Lorsque le texte a été élaboré, en 1920, l'expression "nations civilisées" avait un sens assez précis et correspondait encore tout à fait à l'idée que Frédéric de MARTENS se faisait de la nation de "communauté internationale" qui, selon lui "comprend uniquement les peuples jouissant de la civilisation européenne" (56) ce qui, du reste, ne signifie pas les seuls pays européens mais inclut les Etats qui, comme les Etats-Unis, le Japon, peut-être les pays d'Amérique latine, ont suivi ou imité le modèle européen de civilisation (57). La 7ème édition du Manuel de Droit International Public (Droit des gens), d'Henry BONFILS (par Paul FAUCHILLE) distingue trois degrés de civilisation correspondant à trois sphères d'application du droit international :

" Dans la première sphère, sphère de la reconnaissance politique
 " plénière soumise à l'entière application du droit international
 " rationnel et du droit international positif, se placent tous les
 " Etats d'Europe (sauf la Turquie), les colonies et les protecto-
 " rats de ces Etats (Tunisie, Tonkin, Madagascar, etc.), les Etats
 " d'Amérique, autrefois colonies d'Europe. (Les preuves nom-
 " breuses de civilisation que le Japon a données en ces dernières an-
 " nées, permettent de le considérer comme entré aussi dans cette
 " sphère).

" La deuxième phase, celle de la reconnaissance politique partielle,
 " comporte l'application plénière, intégrale, du droit rationnel et

(55) "A moins de donner des raisons très convaincantes en faveur de la solution contraire, l'ignorer reviendrait à aller à l'encontre des règles qui gouvernent l'interprétation des traités", Georg SCHWARZENBERGER, International Law, vol. 1, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Stevens, Londres, 3e ed., 1957, p. 44.

(56) Traité de droit international, Maresq aîné, Paris, 1883, I, p. 270.

(57) V. P. PRADIER-FODERE, Traité de droit international public européen et américain, préc., I, 1885, notamment p. 112.

" une application restreinte, variable, du droit positif. Elle ren-
 " ferme la Turquie d'Europe et d'Asie, les Etats d'Asie indépen-
 " dants, la Perse, l'Afghanistan, le Siam, la Chine ; en Afrique,
 " le Maroc et les petits Etats, musulmans ou fétichistes, dont
 " l'existence dans l'Afrique équatoriale nous est chaque jour ré-
 " vélée (...).

" La troisième sphère, embrasse les peuplades ou tribus non or-
 " ganisées de l'Afrique ; les sauvages des quelques rares îles océa-
 " niennes encore indépendantes. Vis-à-vis de ces tribus barbares
 " qui n'offrent qu'un embryon d'organisation sociale, qui n'ont pas
 " toujours de frontières terrestres nettement délimitées, les Etats
 " civilisés devront respecter les principes humanitaires du droit
 " rationnel ; mais ils ne sauraient être astreints à pratiquer le
 " droit international positif " (58).

C'est à cette idée, selon laquelle le droit des gens s'applique pleinement à certains peuples et non à d'autres (59), que correspond la formule de l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, familière à tous les juristes de l'époque, même si, compte tenu des modifications territoriales et politiques dues au premier conflit mondial des retouches doivent être apportées alors au schéma de BONFILS et FAUCHILLE (60).

(58) 1914, Arthur ROUSSEAU, p. 21 (Ce passage est identique à celui de la 2e ed., déjà par FAUCHILLE, 1898).

(59) Deux sentences arbitrales rendues à la fin du XIXe siècle illustrent bien cette différence dans le droit applicable aux nations civilisées et aux autres peuples. Dans l'affaire des concessions territoriales des Iles Fidji (Allemagne - Grande-Bretagne) l'arbitre a considéré que ces îles étaient " a savage and unurveyed land" (une terre sauvage et inexplorée) et en a tiré certaines conséquences quant aux règles de droit à appliquer (15 avril 1885, Pas.I, pp. 270-271). Dans l'affaire de Lamu (Allemagne - Grande-Bretagne) la sentence rendue le 17 août 1889 par le baron LAMBERMONT précise que "l'adoption de la forme écrite (pour les conventions) s'impose particulièrement dans les rapports avec les gouvernements des nations peu civilisées, qui souvent n'attachent la force obligatoire qu'aux promesses faites en une forme solennelle ou par écrit" (Pas.I, p. 337).

(60) Lors des travaux du Comité de Juristes de la S. d. N., seul LAPRADELLE a critiqué l'expression "peuples civilisés" (plus tard transformée en "nations civilisées") mais seulement pour dire qu'il la croyait superflue "car qui dit droit, dit civilisation", P. -V., p. 335.

" Lorsque l'article 38 a été rédigé pour la première fois, le concept de "nations civilisées" répondait à l'idée qu'il n'y a qu'un seul type de "civilisation juridique", la Révolution russe n'ayant pu encore produire ses effets et la décolonisation n'étant pas amorcée " (61).

En 1945 la situation était évidemment différente, cependant, si le Comité de Juristes des Nations Unies n'entreprit pas de modifier la formulation de l'article 38, c'est d'une part pour des raisons pratiques (manque de temps, v. supra, pp. 61-62) mais aussi, d'autre part, parce que l'idée qui était à la base de cette disposition était toujours vivace : le colonialisme n'était pas alors l'objet de la même réprobation qu'aujourd'hui et il est significatif qu'aucune délégation, à quelque stade que ce soit des travaux de Dumbarton Oaks ou de San Francisco n'ait demandé que l'article 38-1 (c) soit modifié et l'expression "nations civilisées" supprimée. Du reste, dans deux sentences, rendues quelques années après la guerre, entre un Etat et une société privée étrangère, les arbitres ont considéré que le droit de l'Etat partie au différend étant trop primitif et mal adapté à des relations commerciales modernes, n'était pas applicable (62).

Mais aujourd'hui, "the reference in head (c) to "civilized nations" is, whatever its historical origins, unfortunate to the extent that it implies a value - judgment on the degree of "civilization" attained by different nations " (63) ; la société internationale s'est en effet profondément modifiée avec le déclin de l'Europe et, la décolonisation à peu près achevée, l'adoption par tous les Etats de législations modernes adaptées au modèle de civilisation très uniforme auxquelles ils aspirent tous.

Malgré ce rapprochement sinon des civilisations, du moins des aspirations des différents peuples du monde, certains auteurs ont

(61) Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public", R.C.A.D.I. n° 129, 1970-I, p. 460.

(62) Sentences précitées p. 171, note n° 98. Voir aussi la sentence (datant de 1929), Société Rialet c. Ethiopie, préc., Rec. T.A.M. VIII, p. 742s.

(63) "La référence faite dans l'alinéa (c) aux "nations civilisées" est, quelles que soient ses origines historiques, malheureuse dans la mesure où elle implique un jugement de valeur sur le degré de civilisation atteint par différentes nations", Shabtai ROSENNE, The Law and Practice of the International Court, préc., p. 608.

voulu conserver un sens précis au concept de "nations civilisées" : celui-ci mesure "le degré de civilisation d'après la protection effective qu'assure l'Etat des droits fondamentaux de la personne humaine" (64), tel autre définit les Etats civilisés : ceux qui respectent la "morale universelle" (65), pour tel autre encore la démocratie pluraliste fournit le critère de la civilisation (66). Ces critères "engagés" semblent davantage au service d'idéologies politiques que de la recherche de la "vérité" juridique et font la part belle à la subjectivité de l'interprète. Ce dernier grief pourrait être adressé également aux auteurs qui, comme M. ANCEL (67) choisissent comme critère le degré de développement économique atteint par les différents pays.

Si l'on peut prendre en considération le degré de développement des Etats, ce ne peut être, en ce qui concerne le problème étudié, que le développement juridique (68). Or, sauf à porter de subtils jugements de valeur, tous les Etats du monde ont atteint aujourd'hui, à cet égard, un stade très comparable. C'est pourquoi l'expression "nations civilisées" apparaît aujourd'hui très largement comme un anachronisme (69) et il paraît plus conforme à la raison et à l'état actuel des relations internationales de considérer comme tels tous les peuples organisés en Etat (70). Dans son opinion individuelle sur les affaires du Plateau Continental, le juge AMMOUN a longuement défendu le bien-fondé de cette théorie :

-
- (64) Antoine FAVRE, "Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens", préc., p. 371.
- (65) Louis LE FUR, "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 170. Ce cours date, il est vrai, de 1935.
- (66) Georg SCHWARZENBERGER, "The Standard of Civilization in International Law", Current Legal Problems, 1955, p. 218 : "Democratic States may claim to be more civilized than totalitarian or authoritarian systems" ("Les Etats démocratiques peuvent prétendre qu'ils sont plus civilisés que les systèmes autoritaires ou totalitaires"). V. aussi Marcel SIBERT, Traité de droit international public, Dalloz, Paris, 1951, II, p. 508.
- (67) Marc ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, conférences données sous les auspices de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Neuchâtel, 18-19 février 1971, Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, p. 19.
- (68) V. Michel VIRALLY, "The Sources of International Law", préc., p. 144.
- (69) En ce sens, Grégori I. TUNKIN, Droit international public, problèmes théoriques, préc., p. 164.
- (70) V. Géza HERCZEGH, General Principles of Law and the International Legal Order, préc., p. 41.

" Il importe, en premier lieu, d'observer que la formule de l'arti-
 " cle 38, paragraphe 1 c), du Statut, énonçant "les principes géné-
 " raux de droit reconnus par les nations civilisées", est inapplica-
 " ble telle qu'elle est transcrite, les termes "nations civilisées"
 " étant incompatibles avec les dispositions pertinentes de la Charte
 " des Nations Unies, et ayant pour conséquence de limiter inconsi-
 " dérément la notion des principes généraux du droit.

" Que les adeptes de la notion du droit reconnu par les nations civi-
 " lisées apprécient le degré de civilisation relativement à la capaci-
 " té de l'autorité de sauvegarder les droits des étrangers ou par
 " son pouvoir d'assurer la protection des droits fondamentaux de la
 " personne humaine, on ne peut s'empêcher de songer aussi que le
 " régime colonial n'était pas à exclure des éléments d'appréciation
 " rentrant dans l'un ou l'autre de ces critères, le colonisé étant un
 " étranger vis-à-vis du colonisateur et ayant été privé de certains
 " de ses droits fondamentaux.

" Aussi bien la discrimination que condamnent les auteurs est-elle
 " en contradiction absolue avec les dispositions de la Charte des
 " Nations Unies prévoyant désormais "l'égalité souveraine" de tou-
 " tes les nations membres et leur participation soit à l'élaboration
 " du droit international dans les organes des Nations Unies, et no-
 " tamment la Commission du droit international dans laquelle tou-
 " tes les nations sont appelées à siéger ; soit à l'application du
 " droit international, à son interprétation et, dans une certaine
 " mesure, à son développement et à son évolution, et ce en vertu
 " de l'article 9 du Statut de la Cour aux termes duquel "les élec-
 " teurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de
 " la Cour ... assurent dans l'ensemble la représentation des gran-
 " des formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques
 " du monde. "

(...)

" C'est ainsi que des nations, aux systèmes juridiques desquelles
 " il est fait ci-haut allusion, qui ne faisaient pas partie du concert
 " restreint des Etats légiférant, jusqu'aux premières décades du
 " XXe siècle, pour l'ensemble de la communauté internationale,
 " participent aujourd'hui à la constatation ou à l'élaboration des
 " principes généraux du droit, contrairement à ce que dit impro-
 " prement l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour. Le
 " délégué américain Root avait bien suggéré au Comité de Juristes
 " en 1920 que la Cour appliquât, outre le droit conventionnel et le
 " droit coutumier "les principes de droit universellement reconnus"
 " Toutefois, sous l'influence des idées empruntées à la conférence
 " de La Haye de 1907 où dominaient les juristes d'obédience euro-
 " péenne, il substitua à cette formule celle qui devait figurer dans
 " l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut, qui se trouve héritée,
 " pour ainsi dire sans bénéfice d'inventaire, de conceptions aussi
 " anachroniques qu'injustifiées. Et par surcroît, la jurisprudence
 " internationale, particulièrement docile, entendait par "nations
 " civilisées" celles formant le "concert européen" au droit des-
 " quelles, uniquement, elle déclarait emprunter les principes gé-
 " néraux de droit par voie d'analogie. (...)

" Face à cette contradiction entre les principes fondamentaux de la
 " Charte et leur universalité d'une part, et le texte de l'article 38,
 " paragraphe 1 c), du Statut de la Cour, de l'autre, ce dernier ne
 " pourrait être interprété autrement qu'en lui reconnaissant une
 " portée universelle ne comportant point de discrimination entre
 " les membres d'une même communauté fondée sur l'égalité sou-
 " veraine. Le critérium de la distinction entre nations civilisées
 " et celles qui ne le seraient pas a été de la sorte un critérium po-
 " litique - politique de puissance - et n'ayant rien d'éthique ou de
 " juridique. Le système qu'il représente n'a pas été sans influence
 " sur l'éloignement persistant de certains nouveaux Etats de la Cour
 " internationale de Justice. (...)

" En conclusion de cet exposé, il semble que la Cour, en citant le
 " cas échéant, le paragraphe 1 c) de l'article 38, pourrait omettre
 " le qualificatif visé et se contenter des termes "les principes géné-
 " raux du droit reconnus par les nations" ; ou bien emprunter la
 " formule dont a fait usage sir Humphrey Waldock dans sa plaidoi-
 " rie du 30 octobre 1968, à savoir : "les principes généraux du droit
 " reconnus par les systèmes juridiques nationaux". On pourrait
 " aussi dire tout simplement : "les principes généraux du droit" ;
 " les juristes et même les étudiants en droit ne s'y tromperaient
 " pas. Le tout en attendant que la révision du Statut de la Cour ou
 " de certaines de ses dispositions soit mise sur le chantier. " (71).

B. La thèse du fonds commun impossible.

1. L'interprétation donnée dans cette opinion de la formule de l'article
 38-1 (c), à laquelle on ne peut que se rallier, revient à supprimer, en
 fait, toute référence aux "nations civilisées" et à dire qu'il faut pren-
 dre en considération les droits internes de tous les Etats du monde.

Une telle position présente un inconvénient : compte tenu du très grand
 nombre d'Etats formant la société internationale contemporaine la prise
 en considération du droit de chacun d'eux, individuellement, paraît im-
 possible. C'est ce que KOPELMANAS a soutenu dès 1936, époque où
 pourtant le monde était moins morcelé qu'il l'est aujourd'hui, en affir-
 mant que les Etats étaient trop différents pour que l'on puisse dégager
 des principes communs :

(71) Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. individ.
 AMMOUN, pp. 133-136. L'interprétation donnée par le juge libanais de
 l'attitude de ROOT est très discutable (V. P. -V. p. 308 et p. 331s.)

" Si l'on veut (par exemple) dégager des solutions des différents droits civils, des règles précises sur la responsabilité, on se trouvera devant des solutions dissemblables qui ne pourront apporter aucun enseignement au droit international" (72).

En 1970, M. CHAUMONT abonde dans le même sens :

" Les "nations civilisées" qui sont au moins toutes celles Membres des Nations Unies et parties au Statut de la Cour, sont d'une extrême diversité quant à leur régime politique, économique et social et leur niveau de développement. Rechercher des principes communs, c'est donc nécessairement se contenter d'une extrême généralité " (73).

Mais c'est précisément la généralité qui caractérise ces principes - ce ne sont pas des règles techniques qu'il convient de dégager mais des concepts fondamentaux. C'est ainsi que, dans la sentence *Sapphire*, l'arbitre a dit au sujet de l'exception non adimpleti contractus :

" Si les modalités d'application de ce principe diffèrent, notamment quant à la technique juridique, quant aux formalités requises pour l'exécution de ce droit, cette règle est générale. Elle constitue un principe général de droit reconnu par les nations civilisées" (74)

Compte tenu de cette précision, il n'apparaît pas nécessaire de considérer un à un les droits des différents Etats. Ceux-ci, en effet, peuvent être regroupés en un nombre relativement limité de familles ou de systèmes et c'est au sein de ces grands systèmes qu'il faut chercher si le principe que l'on veut appliquer existe ou non. Le Président ANCEL en distingue trois : la famille romano-germanique, le système de la common law et le système socialiste (75). M. René DAVID estime pour sa part que ces trois familles

" sont de façon indiscutable les trois principales familles de droit existant dans le monde contemporain. Elles se partagent le monde de actuel ; il n'est pour ainsi dire dans ce monde aucun droit qui n'ait emprunté, à l'une ou à l'autre de ces familles, certains de ses éléments " (76);

(72) Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale", préc., p. 294.

(73) Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public", préc., pp. 460-461.

(74) *Sapphire International Petroleum Ltd. c. N.I.O.C.*, sentence de M. Pierre CAVIN, 15 mars 1963, cité par Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse"... , préc., p. 289. Sur ce problème de la distinction entre principe et règle v. aussi infra, titre II, chapitre I.

(75) Marc ANCEL, "Utilité et méthodes du droit comparé", préc., p. 47.

(76) Les grands systèmes de droit contemporains, préc., p. 25.

et cet éminent auteur indique que les droits traditionnels et religieux n'ont, même dans les Etats nouveaux, qu'un rôle d'appoint, tous les droits nationaux se rattachant à l'un ou à l'autre de ces trois systèmes. On peut en déduire que l'accession à l'indépendance de très nombreux Etats après la seconde guerre mondiale puis durant les années 1960 n'a guère contribué à réduire le fonds juridique commun à toutes les nations du monde (77), car partout l'influence de l'Europe impérialiste et colonisatrice s'est fait sentir (78).

2. Interprété de cette manière l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour mondiale constitue le pendant de l'article 9, relatif à la désignation des juges :

" Dans toute élection, les électeurs auront en vue que les personnes
 " appelées à faire partie de la Cour, non seulement réunissent in-
 " dividuellement les conditions requises, mais assurent dans l'en-
 " semble la représentation des grandes formes de civilisation et
 " des principaux systèmes juridiques ".

Même dans ces conditions la possibilité de trouver des principes communs entre les trois principaux systèmes de droit a été contestée.

Aujourd'hui cependant la très grande majorité des auteurs reconnaît que les oppositions entre la famille romano-germanique et la common law ont été exagérées et l'on en vient même à parler d'un "système occidental (79). Le développement du "statute law" dans les pays

(77) En ce sens, v. Sir Humphrey WALDOCK, "General Course of Public International Law", préc., p. 66. Contra : Max SØRENSEN, "Principes de droit international public", préc., p. 33.

(78) Il faut noter cependant que, lors des discussions du Comité de Juristes des Nations Unies, les délégations islamiques du Moyen Orient ont distribué une note insistant sur le fait que le droit musulman constitue un des grands systèmes juridiques du monde (Documents de la Conférence des Nations Unies, préc., vol. 14, Comité de Juristes, p. 380.

(79) V. supra p.187.

anglo-saxons est pour beaucoup dans ce rapprochement mais on peut aussi songer à d'autres éléments, plus permanents dont le plus important est sans doute l'influence très grande qu'a eue sur le droit de ces pays le droit romain, influence dont on ne semble avoir pris conscience que depuis une époque récente (80).

La difficulté est plus grande en ce qui concerne la confrontation des droits "occidentaux" avec ceux des pays socialistes car il semble impossible de procéder vis-à-vis de ceux-ci de la même manière que l'arbitre BEICHMANN avait cru pouvoir le faire en 1924 ; dans un arbitrage rendu entre l'Allemagne et la Commission des réparations, celui-ci pour déterminer le sens du mot "concession" a fait une étude de droit comparé et indiqué :

" Quant à la Russie, les Parties sont d'accord sur ce qu'il faut faire abstraction de la législation soviétique et que la solution doit être trouvée sur la base de la législation antérieure du régime impérial " (81).

Rayer d'un trait de plume un système qui constitue le droit d'un tiers de l'humanité et a beaucoup influencé les législations adoptées dans de nombreux Etats nouveaux est évidemment impossible aujourd'hui.

Un certain nombre d'auteurs, ressortissants des pays de l'Est pour la plupart mais non exclusivement, ont affirmé qu'il n'était pas possible de découvrir de principes communs entre les droits socialistes et les droits "bourgeois". Le professeur TUNKIN a clairement défendu cette idée :

" It should be stressed that there are no normative principles or norms common to two opposing systems of law : socialist and capitalist law. Rules of these systems of law, even when they appear identical, are basically different. Rules of law are not

(80) V. par exemple James MACKINTOSH, Roman Law in Modern Practice, W. Green, Edimbourg, 1934, XIV 202 p., passim. ; Arnold McNAIR, "The Debt of International Law in Britain to the Civil Law and the Civilians" préc., passim., John N. HAZARD, "The General Principles of Law", A.J.I.L., 1958, pp. 91-96.

(81) Affaire des réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles, 3 septembre 1954, R.S.A.N.U. I, p. 478. Une telle attitude est cependant peut-être admissible s'agissant d'un litige "occidental", v. infra, paragr. 2.

" "pure" rules of conduct, they are social rules, having social content. Norms of the socialist law and norms of the capitalist law are socially different : they embody different class wills, their aims are different as well as the rôles they play in these two societies" (82).

En d'autres termes les institutions ou les principes identiques que l'on peut déceler recouvrent des réalités différentes et il n'est pas possible d'imaginer que les deux systèmes rivaux puissent se rencontrer sur l'application de principes généraux communs. Dans l'autre "camp" la position de KELSEN est identique :

" It is doubtful whether such a thing as "general principles of law recognized by civilized nations" exists at all. It is not very likely that the fundamental antagonism which nowadays separates the civilized nations in the political as well as economic field should not extend to the field of law " (83).

Cependant, il ne faut pas exagérer cette coupure entre les droits "occidentaux" et socialistes. Certes il est peu vraisemblable que l'on puisse découvrir des principes communs sur le plan idéologique et l'on peut admettre que dans de nombreux cas les finalités d'une norme reçue dans les deux systèmes sont différentes mais si "techniquement" les règles sont identiques et si elles produisent les mêmes effets concrètement on ne voit pas pourquoi on devrait décider qu'il n'existe pas de principes communs "In any event, the existence or non-existence of common principles is a question of fact to be resolved

(82) "Il faut insister sur le fait qu'il n'existe pas de principes normatifs ou de normes communs à deux systèmes juridiques qui s'opposent : le droit socialiste et le droit capitaliste. Les règles de ces systèmes de droit, même si elles semblent identiques sont fondamentalement différentes. Les règles juridiques ne sont pas de "pures" règles de conduite, ce sont des règles sociales qui ont un contenu social. Les normes du droit socialiste et du droit capitaliste sont socialement différentes : elles recouvrent des volontés de classe différentes, de même que le rôle qu'elles jouent dans les deux sociétés différent". "General Principles of Law in International Law", Mél. VERDROSS, préc., p. 527. V. aussi "Coexistence and International Law", R. C. A. D. I. 1958-III, n° 95, p. 26 et Droit international public, problèmes théoriques, préc., p. 126.

(83) "Il est douteux qu'une institution telle que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" ait la moindre existence. Il est fort peu probable que l'antagonisme fondamental qui sépare aujourd'hui les nations civilisées tant sur le plan politique qu'économique ne s'étende pas également au domaine juridique " ; Hans KELSEN, The Law of the United Nations, Stevens, Londres, 4e éd., 1964, p. 533.

by examination rather than a priori opinion " (84). Et le professeur BATTIFOL a fait justice de l'idée maintes fois exprimée que des mots, des institutions, apparemment semblables pouvaient recouvrir des réalités diverses (85).

" On a insisté à bien des reprises sur le fait, passablement évident
 " qu'un même terme peut avoir des sens différents dans différentes
 " matières, notamment dans différentes branches du droit. Mais
 " si les termes et les notions ne sont pas de simples flatus vocis,
 " s'ils désignent quelque réalité plus ou moins définissable, ce "re-
 " tour" des termes et des notions paraît bien le signe d'une réalité
 " commune aux problèmes en apparence distincts " (86).

Du reste, les auteurs et les praticiens des pays de l'Est eux-mêmes ont souvent admis, en fait, l'existence de principes communs qu'ils combattaient en théorie. On a déjà noté que les juges ^{polonais} soviétiques, ou tchécoslovaque ont utilisé les "principes" dans leurs opinions individuelles ou dissidentes (supra, p. 93) et l'on peut remarquer qu'ils n'ont pas hésité à voter en faveur d'arrêts ou d'avis faisant un large recours aux principes généraux de droit, c'est notamment le cas pour les trois avis relatifs aux tribunaux administratifs des Nations Unies et de l'O. I. T.

Par ailleurs la doctrine socialiste est moins catégorique qu'il peut sembler à la première lecture. Ainsi, M. HERCZEGH tout en insistant sur les différences fondamentales entre les deux familles de droit remarque :

" Raised to the level of inter-state contacts and applied to legal
 " disputes on an international scale , principles of uniform wording,
 " yet of different character and functions, equally living in the
 " municipal law of both socialist and capitalist countries anyhorw
 " forfeit their original character and functions itence, the descrip-
 " tion of the world into states of different social and economic

(84) "En tout état de cause, l'existence ou la non-existence de principes communs est une question de fait qu'il faut résoudre à la suite d'examens concrets plutôt qu'en émettant une opinion a priori ". L'auteur donne le principe res judicata en exemple. Michel VIRALLY, "The Sources of International Law", préc., p. 147.

(85) V. par exemple Arnold RAESTAD, La philosophie du droit international public, préc., p. 72.

(86) Henri BATTIFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 1956, p. 61.

" systems theoretically does not bar the application of the principles of the municipal law of the several countries " (87).

Et le professeur TUNKIN va dans le même sens en indiquant que dans toute règle de droit il faut distinguer la règle de conduite en tant que telle d'une part, son objectif et son influence effective sur les relations inter-sociales d'autre part ; le premier de ces éléments peut être commun aux droits appartenant aux deux familles (88). Il admet également que les règles de logique juridique et d'interprétation sont en grande partie communes aux deux systèmes (89).

Le même auteur invoque, à l'encontre de l'application des principes généraux de droit issus des droits internes en droit international, un autre argument, plus concret qui, à première vue, semble avancé à des fins polémiques mais qui mérite peut-être une certaine considération :

" On ne peut ignorer, écrit-il, que, quels que soient le désir et les intentions des juristes qui la défendent, on s'est efforcé et l'on s'efforce encore d'utiliser cette théorie contre les Etats socialistes et les jeunes Etats d'Asie et d'Afrique. Ainsi, il est courant de voir compter au nombre des "principes généraux du droit" les principes juridiques fondamentaux des grandes puissances capitalistes, tels que, par exemple, la doctrine des "droits acquis", la juste indemnisation pour la nationalisation des biens étrangers, etc., et de les déclarer communs à tous les Etats civilisés " (Ici transparait l'ambition de se servir des principes) "afin de rendre obligatoire pour tous les principes juridiques du système bourgeois " (90).

Il est difficile de se prononcer sur le bien-fondé de cette crainte en l'absence d'une jurisprudence suffisante mais il n'est pas douteux que

(87) "Elevés au niveau des contacts inter-étatiques et appliqués aux différends juridiques au niveau international, les principes qui sont exprimés de la même manière bien que présentant un caractère différent et répondant à des fonctions différentes et qui existent dans les droits internes des pays socialistes et capitalistes perdent leurs caractéristiques et leurs fonctions initiales. C'est pourquoi la division du monde entre Etats ayant des structures économiques et sociales différentes, ne fait pas obstacle, théoriquement, à ce que l'on fasse application des droits internes des Etats", General Principles of Law and International Legal Order, préc., p. 95.

(88) "General Principles of Law in International Law", préc., p. 527.

(89) Ibid., p. 528.

(90) Gregory TUNKIN, Droit international public, problèmes théoriques, préc., p. 125.

certaines ouvrages de droit international économique écrits par des auteurs occidentaux tendent à prouver qu'elle n'est pas totalement injustifiée.

En tout état de cause, il s'agit là d'un argument de fait qui n'empêche en rien que l'on puisse admettre l'existence de principes communs aux deux (ou trois) grands systèmes juridiques qui se partagent le monde quitte à souhaiter que la recherche de ces principes s'effectue de manière impartiale et que soient prises en considération les règles réellement existantes dans les diverses familles et, si possible, dans les droits des pays ayant reçu d'autres influences (droit religieux, droit traditionnel, etc...).

Paragr. 2. Des principes communs à combien d'Etats ?

Jusqu'à présent, seule a été examinée la question de savoir s'il était possible, en théorie, qu'il existe des principes juridiques communs aux Etats du monde. Il convient de se demander maintenant si pour déterminer l'existence d'un principe, celui-ci doit être repéré dans les droits positifs de tous les Etats du monde, de plusieurs ou de quelques-uns de ces Etats (A) et si l'on ne pourrait admettre même que certains principes ont une validité simplement régionale ou locale (B).

A. Universalité ou généralité ?

1. Il s'agit en fait de savoir à partir de quel moment un principe peut être considéré comme "général". Bien que quelques auteurs et au moins une sentence arbitrale (91) aient posé le problème en terme de "majorité" on ne peut guère tenter de la résoudre que "négativement". Autrement dit il faut se demander si l'on peut admettre qu'un principe est général alors que l'on peut apporter la preuve qu'il ne fait pas partie du droit positif de tel et tel Etat.

(91) Affaire Madera Cy. Ltd. (Commission de Réclamations Grande-Bretagne - Mexique), décision n° 41, 13 mai 1931, préc., Rec. des décisions p. 71 : en ce qui concerne la nationalité des sociétés, une majorité d'Etats a adopté le système du siège social.

Une partie de la doctrine a soutenu qu'un principe général ne pouvait faire droit entre les Etats que s'il était accepté par les droits internes de TOUS les Etats formant la société internationale (92) ; et cette thèse qui a été défendue par les parties à la barre de la Cour mondiale lorsqu'un principe qui leur était opposé leur était défavorable (93) a reçu le renfort de l'opinion individuelle du juge ad hoc sud-africain VAN WYK dans les affaires du Sud-Ouest africain :

" L'alinéa c) (du Statut) autorise la Cour a appliquer non pas les
 " lois des nations civilisées, mais plus restrictivement les "prin-
 " cipes généraux de droit" de ces nations ; il ne signifie donc cer-
 " tainement pas qu'en légiférant sur des questions internes données
 " une majorité de nations civilisées puisse forcer une minorité à
 " adopter une législation similaire. Si par exemple tous les Etats,
 " sauf un, devaient adopter une loi interdisant la fabrication d'ar-
 " mes nucléaires ou accordant le droit de vote aux femmes, l'Etat
 " faisant exception ne serait pas obligé de prendre des dispositions
 " législatives semblables " (94).

Discutant ce point de vue et les exemples donnés pour l'étayer entraînerait à de trop longs développements. On peut cependant avancer trois arguments qui vont en sens inverse ; il faut remarquer d'abord que le texte anglais de l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice ne vise pas "THE civilized nations", mais parle seulement des "general principles of law recognized by ___ civilized nations" "sans article", ce qui semble impliquer que la reconnaissance d'un principe par toutes les nations civilisées, c'est-à-dire tous les Etats, n'est pas indispensable (95). D'autre part, on peut se demander si, justement l'accord sur un point donné des législations positives de la très grande majorité des Etats du monde ne permet pas de considérer cette question comme une affaire commune des nations dès lors que le problème peut

(92) V. notamment Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public", préc., p. 461 et peut-être Dionisio ANZILOTTI, Cours de droit international (traduction GIDEL), Librairie Gidel, Paris, 1929, p. 118 (il parle d' "universalité").

(93) V. par exemple : la consultation de DIENA annexée au contre-mémoire turc, Lotus, C.P.J.I., série C, n° 13 (II), p. 357 ou la plaidoirie de PAUL-BONCOUR (France), Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I., série C, n° 17 (I) vol. 1, p. 117. Il est vrai que cette dernière espèce était d'autant plus favorable que la législation française rejetait le principe mis en avant par la Suisse.

(94) Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966, op.individ. VAN WYK, p. 170.

(95) En ce sens, v. F. A. MANN, "Rflexion on a Commercial Law of Nations", B. Y. B. I. L., 1957, p. 38.

se poser sur le plan international et si, dans le cas des exemples donnés par M. VAN WYK la législation isolée qui continuerait à admettre la fabrication des armes nucléaires ou à refuser le droit de vote aux femmes, serait opposable aux autres Etats. On peut noter enfin que le juge sud-africain ne fait pas de distinction entre une contrainte positive et une obligation de ne pas faire.

Quoiqu'il en soit, cette opinion discutable est assez isolée. La très grande majorité des auteurs estiment que l'existence d'un principe dans la quasi-totalité des droits nationaux suffit pour qu'il puisse s'agir d'un principe général de droit (96). Ceci a été confirmé, non par la C. I. J. elle-même, mais par les opinions de certains juges très nettes en ce sens, notamment celle de Sir Hersch LAUTERPACHT dans l'affaire de la tutelle des mineurs (97) et celles de M. TANAKA à propos du Sud-Ouest africain (98) et de la Barcelona Traction (99).

Il n'en reste pas moins qu'un principe sera d'autant mieux établi et accepté, qu'il sera reconnu dans la législation interne du plus grand nombre d'Etats et que aucun, ou très peu, le rejeteront expressément et il faudra, bien entendu (v. supra, paragr. 1), que les nations qui le reconnaissent soient réparties parmi les grandes familles juridiques du monde.

2. Si l'on admet que la reconnaissance par "un grand nombre d'Etats" suffit pour qu'un principe puisse être considéré comme un principe général de droit, un problème se pose immédiatement : est-il nécessaire

-
- (96) V. parmi de nombreux autres, H. C. GUTTERIDGE, Le droit comparé, L.G.D.J. Paris, 1953, p. 91 ; Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., p. 579 ; Max SØRENSEN, "Principes de droit international public, cours général", préc., p. 24 ; Alfred Von VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", préc., p. 205, etc.
- (97) Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, C.I.J., Rec. 1958, op. individ. LAUTERPACHT, p. 94.
- (98) "Il convient de préciser tout d'abord que la reconnaissance d'un principe par les nations civilisées ne signifie pas (...) qu'il doit être reconnu par toutes les nations civilisées". Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 299.
- (99) Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1970, op. individ. TANAKA, p. 156.

qu'un Etat reconnaisse le principe en question dans son droit interne pour qu'il soit opposable sur le plan international ? ou bien, s'il fait partie des rares pays qui ne le reconnaissent pas ou le rejettent doit-il, malgré tout, en accepter l'application ?

Rares sont les auteurs qui se sont posés la question et deux seulement y ont répondu de manière catégorique, semble-t-il. LE FUR estime que ces principes, expression du droit objectif, s'imposent à tous les Etats, dès lors qu'ils sont reconnus par la majorité d'entre eux ; simple affirmation découlant de la doctrine du droit naturel et du postulat selon lequel "la science du droit est une" (100) ; mais il ne donne aucun exemple.

Karl WOLFF, pour sa part, écrit, sans le démontrer davantage :

" On peut dire (...) avec certitude qu'un Etat doit tolérer l'application à son détriment d'un principe de droit quand il reconnaît ce principe dans son droit positif interne " (101).

Cette position, quelles que soient les conséquences que l'on en tire, paraît difficilement acceptable : il ne suffit certainement pas qu'un Etat reconnaisse un principe dans sa législation interne pour que celui-ci lui soit opposable dans la sphère des relations internationales : pour faire droit sur ce plan un principe doit être reconnu par la généralité des Etats (v. supra) ; et si l'auteur veut dire, a contrario, qu'un Etat peut s'opposer à l'application d'un principe s'il ne le reçoit pas dans son droit interne, il semble que cette vue soit inexacte, au moins sur le plan théorique. Si l'on étudie tout d'abord les termes de l'article 38 du Statut de la Cour mondiale, rien ne vient confirmer cette thèse : la reconnaissance prévue doit émaner des nations civilisées dans leur ensemble mais rien ni dans le texte de cette disposition, ni dans les travaux préparatoires, ne montre qu'elle est nécessaire de la part de

(100) Louis LE FUR, "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 206.

(101) Karl WOLFF, "Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux", R.C.A.D.I., 1931-II, n° 36, p. 498.

chaque Etat pris individuellement. D'autre part, les principes généraux tels qu'ils ont été définis, ne sont de toute manière pas reconnus par les Etats dans l'ordre international, ce scrupule positiviste n'a, par conséquent, pas beaucoup de raisons d'être (V. infra, 3ème partie, titre I).

Mais si, en théorie, LE FUR semble avoir raison contre WOLFF, on ne peut trouver dans la pratique et dans la jurisprudence aucun argument décisif en ce sens. La Commission mixte de Washington Newport a cependant rendu une sentence que l'on peut, à la rigueur, interpréter en faveur de la thèse du grand auteur naturaliste français : dans trois affaires les deux plaignants étaient décédés avant d'avoir pu formuler leurs réclamations, le problème s'est donc posé de savoir si, alors que ni le droit anglais, ni le droit américain ne l'admettait, les demandes pour torts aux personnes, pouvaient être présentées au nom des successeurs devant la Commission. Celle-ci l'admit et comme la sentence n'indique pas précisément les raisons qui l'ont convaincue, on peut penser qu'elle a préféré un principe de droit généralement reconnu par les nations civilisées à un principe commun mais spécial aux deux parties. A vrai dire, compte tenu de l'argumentation de l'agent britannique, il semble plutôt qu'elle a admis l'existence d'une coutume internationale contraire (102).

En revanche il est arrivé souvent que les agents ou conseils des Etats devant la Cour Internationale de Justice soulignent l'existence du principe dont ils défendaient l'application dans le droit interne de l'Etat adverse (103) et le juge ad hoc de l'Afrique du Sud dans l'affaire du Sud-Ouest africain a remarqué :

" Le fait que les deux Etats demandeurs ne respectent pas chez eux cette prétendue norme ou ces prétendus "standards" révèle certainement le caractère artificiel de leur thèse " (104).

(102) Affaires Mrs. Brain (n° 447), McHugh (n° 357) et Mrs. Shermann (n° 359), Commission Mixte de Washington-Newport (Civil War Claims - Traité entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis du 8 mai 1871), R.A.I. III, p. 279s.

(103) V. par exemple Usine de Chorzów, C.P.J.I., série C, n° 15 (II), Duplique du gouvernement polonais, p. 481 ; ou vapeur Wimbledon, C.P.J.I., série C, n° 3, vol. suppl., Réplique des gouvernements alliés, p. 104.

(104) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. individ. VAN WYK, p. 170.

On retrouve dans certaines sentences arbitrales ce même souci de montrer que le principe appliqué était reconnu dans le droit interne de l'Etat à l'encontre duquel il en était fait application. A titre d'exemple on peut citer la décision de l'Umpire BARGE dans l'affaire Heny :

" Whereas it being true that according to the principles of law
 " generally adopted by all nations and also by the civil law of Vene-
 " zuela, contracts of this kind only obtain their value against third
 " parties by making publication in accord with the local law " (105).

De même, dans l'affaire des armateurs norvégiens le tribunal a fait application du principe de l'inviolabilité de la propriété privée, qualifié de "reconnu par toutes les nations civilisées", en notant qu'il était repris par le cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis (Etat défendeur) (106).

A vrai dire, malgré l'abondance relative de la jurisprudence, il est assez difficile d'en déduire des conclusions nettes en ce qui concerne le problème examiné ici. En effet, si les tribunaux internationaux ont souvent précisé que le principe était reconnu par l'Etat condamné, dans son droit interne, il s'agit là vraisemblablement d'une attitude de prudence bien compréhensible mais on ne peut trouver aucun exemple montrant qu'il s'agit d'une obligation. La question reste donc ouverte; cependant, en l'absence d'arguments fondés sur la pratique il semble, pour les raisons purement théoriques exposées plus haut, que LE FUR a raison de penser qu'il n'est pas absolument indispensable qu'un principe soit reconnu par un Etat déterminé pour lui être opposable (107).

(105) "Attendu qu'il est exact que, conformément aux principes juridiques généralement adoptés par toutes les nations et aussi par le droit civil du Véné-
zuela les contrats de ce type (hypothèques) ne produisent d'effets vis-à-vis des tiers qu'après publication conforme au droit local". Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla (établie par le protocole du 17 février 1903), R.S.A.N.U. X, p. 134. C'est nous qui soulignons.

(106) 13 oct. 1922, R.S.A.N.U. I, p. 332. V. aussi l'affaire du Lindisfare (Grande-Bretagne - Etats-Unis), C.P.A. (Président FROMAGEOT), 18 juin 1913, R.S.A.N.U. VI, p. 23 (application d'une règle de droit maritime en matière de collision, reconnue notamment aux Etats-Unis), etc...

(107) La question a, du reste, un caractère très théorique car, étant donnée l'origine qu'il faut, selon nous, attribuer aux principes (les nécessités sociales), il est peu probable qu'il ne soit pas reconnu partout (v. infra, 3ème partie, titre I, chapitre 3). C'est sans doute ce qui explique l'absence d'exemples concrets.

B. Existe-t-il des principes locaux ou régionaux ?

Indépendamment des principes précédemment étudiés, qui sont reconnus par la plus grande partie des nations, existe-t-il des principes locaux (applicables seulement à deux Etats) ou régionaux (applicables seulement à un certain nombre d'Etats) ?

Le silence de l'article 38 du Statut de la Cour ne saurait constituer un argument en faveur de la négative. La même disposition, en effet, ne vise que la coutume générale et la juridiction de La Haye n'a pas hésité à admettre que des coutumes régionales (108) ou locales (109) pouvaient exister.

Si la Cour elle-même n'a jamais jugé utile de fonder son argumentation sur des principes communs aux Etats en litige, les avocats de ceux-ci ont souvent invoqué de telles normes. La réplique du gouvernement danois dans l'affaire du Groënland Oriental est significative :

" La liberté de forme des déclarations de volonté obligatoires est
 " (...) la règle universellement reconnue dans le droit international
 " comme dans beaucoup de législations internationales. La légis-
 " lation civile norvégienne, comme la législation civile danoise ont
 " adopté ce principe d'une manière spécialement claire et formelle.
 " Ce fait doit présenter une importance toute spéciale lorsqu'il
 " s'agit d'une négociation entre le Gouvernement danois et le Gou-
 " vernement norvégien, étant donné que dans la conception juridi-
 " que générale de ces deux pays on est à ce point convaincu de la
 " force pleinement obligatoire de la promesse orale et du fait que
 " le principe de la bona fides doit dominer toute interprétation de
 " promesses, que cette conception a certainement contribué à ce
 " que, en 1919, on n'ait pas considéré une déclaration écrite comme
 " nécessaire (...). On peut par conséquent, en tout cas dans les
 " rapports juridiques entre ces deux pays, considérer ce principe
 " comme faisant partie "des principes juridiques généraux recon-
 " nus par des peuples civilisés", figurant à l'article 38, alinéa 2
 " (sic), du Statut de la Cour " (110).

(108) V. surtout Droit d'asile, arrêt, C.I.J., Rec. 1950, pp. 276-277.

(109) V. surtout Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J., Rec. 1960, p. 37.

(110) Statut juridique du Groënland Oriental, C.P.J.I., série C, n° 63, p. 856 (C'est nous qui soulignons) ; v. aussi, notamment, Prises d'eau à la Meuse, C.P.J.I., série C, n° 81, Duplique de M. ARCQ (Belgique), p. 443 ; Borchgrave, C.P.J.I., série C, n° 83, exposé de M. SANCHEZ ROMAN (Espagne), p. 112.

Le gouvernement danois semble donc penser qu'il est inutile de faire une recherche dans le droit interne des autres pays puisque, en tout cas, le principe invoqué est reconnu par la législation des deux Etats parties au différend.

L'opinion individuelle de LAUTERPACHT dans l'affaire de la tutelle des mineurs est également fort intéressante à cet égard :

" Dans une affaire visant l'interprétation d'un traité sur une ques-
 " tion particulière au sujet de laquelle le droit et la pratique des
 " deux parties reconnaissent que certains principes sont applica-
 " bles, il faut donner à ces principes l'importance qui convient.
 " Par exemple : si la loi et la pratique de la Suède et des Pays-
 " Bas reconnaissent que la limite normale des eaux territoria-
 " les est de vingt milles et si ces deux Etats passaient un traité
 " disposant que leurs navires devront se soumettre à certaines
 " restrictions dans leurs eaux territoriales respectives, l'expres-
 " sion "eaux territoriales" devrait alors s'interpréter suivant le
 " sens que lui attachent la loi et la pratique des deux Etats, à sa-
 " voir, comme s'étendant à vingt milles. De même, si la loi en
 " Suède et aux Pays-Bas reconnaît l'exception d'ordre public dans
 " le domaine du droit international privé, alors ce facteur doit être
 " considéré comme pertinent dans l'interprétation des traités en
 " question, dans les rapports de ces pays entre eux " (III).

Selon l'éminent juge qui, quelques lignes après, constate que les légis-
 lations de la Suède et des Pays-Bas reconnaissent en effet l'exception
 d'ordre public en droit international privé, il existe donc des principes
 "locaux", reconnus par les deux Etats en litige auxquels ils sont appli-
 cables.

Certaines sentences arbitrales soulignent la reconnaissance
 d'un principe ou d'une notion dans le droit interne des Etats parties au
 différend mais en indiquant souvent, par ailleurs, que ce principe est
 reconnu, d'une manière générale, par l'ensemble des Etats

" it has often been alleged, not only in Mexico, but in the United
 " States and other countries that legislatures, whether of states or

(III) Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs,
 arrêt, C. I. J., Rec. 1958, op. individ. LAUTERPACHT, pp. 92-93.

" of the Federation cannot legally create exemptions which restrict
 " the free exercise of the sovereign power of the State in this re-
 " gard " (droit de lever les impôts) (112).

Dans ces hypothèses, comme dans le cas où les sentences précisent qu'un principe est reconnu par l'Etat auquel il est appliqué (v. supra A 2) la mention de l'admission du principe par les parties au litige semble relever surtout de la "politique jurisprudentielle", les arbitres se garantissant en quelque sorte contre d'éventuelles protestations ; et il paraît difficile de déduire de ces espèces que l'existence de principes locaux y est sous-entendue.

Mais certains arbitrages sont beaucoup plus nets en ce sens. Dans l'affaire Brignone, l'Umpire RALSTON, président la Commission Mixte italo-vénézuélienne, après avoir cité un article des Codes civils de chacun des deux Etats relatifs à la succession, et constaté qu'ils contenaient la même règle, exprimée dans les mêmes termes, conclut :

" The Umpire feels, therefore, obliged to follow the principles
 " recognized by both laws as to succession "... (113).

Et, dans l'affaire AMABILE, la Commission de Conciliation Italie - Etats-Unis a longuement insisté sur les similitudes très grandes existant entre un "affidavit" au sens américain du terme et un "atto di notorieta" italien avant d'admettre la valeur probante d'un tel acte

(112) "On a souvent soutenu, non seulement au Mexique, mais aussi aux Etats-Unis et dans d'autres pays que les Parlements, des Etats fédérés comme de la Fédération, ne pouvaient légalement créer des exemptions qui restreindraient le libre exercice du pouvoir souverain de l'Etat à cet égard". Affaire George W. COOK, (Etats-Unis - Mexique), General Claims Commission (établie par l'accord du 8 septembre 1923), 8 octobre 1930, préc., R.S.A.N.U., II, p. 595. V. aussi la sentence rendue par la même Commission dans l'affaire William T. Way, préc., (note n° 52) et l'affaire de la Canadienne (Grande-Bretagne - Etats-Unis), C.P.A. (Président FROMAGEOT) 1er mai 1914, R.S.A.N.U. VI, p. 32 et 55, etc...

(113) "L'Umpire estime qu'il est, dans ces conditions, obligé de respecter le principe reconnu par l'un et l'autre droit en matière de succession ..."
R.S.A.N.U., X, p. 550 (date non précisée).

devant elle (114) . Dans ces sentences les arbitres ont appliqué un principe aux deux Etats parcequ'il leur était commun et ne se sont pas préoccupés de savoir s'il était reconnu par les nations civilisées en général. Il s'agit bien de principes locaux.

D'une façon encore plus indiscutable, la Commission Mixte de Réclamations Allemagne - Etats-Unis, établie par le Traité de Berlin du 10 août 1922 a décidé de manière très générale, dans sa décision administrative n° 2, qu'elle appliquerait les " ... c) Rules of law common to the United States and Germany established by either statutes or judicial decisions" (115). Ici aussi, en l'absence de toute stipulation dans le traité, les arbitres ont donc estimé qu'ils pouvaient appliquer les principes de droit communs aux deux parties ; il faut remarquer que la Commission a mentionné ces "principes locaux" avant les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", expres-sément visés sub. litt. d).

C'est aussi à des principes de ce genre que font référence de nombreuses clauses de contrats passés entre un Etat et une personne privée étrangère. Celles-ci semblent également donner la priorité aux principes communs aux droits internes de l'Etat signataire et du ou des Etats dont le ou les cocontractants sont ressortissants (v. supra, p. 166). Et si les traités de Rome ne font qu'une seule fois allusion aux "principes généraux communs aux droits des Etats membres" (Traité C.E.E., article 215 ; Traité C.E.E.A., article 188) la Cour de Justice des Communautés y a fait fréquemment appel, de préférence, semble-t-il aux principes généraux reconnus par l'ensemble des Etats (v. pp. 179-182).

(114) Décision n° 11, 25 juin 1952, R.S.A.N.U. XIV, p. 125 (il est vrai que la commission précise que, ce faisant, elle n'entend pas déroger aux règles de preuve généralement reconnues e, droit international). V. aussi la décision n° 13 de la Commission de conciliation franco-italienne dans l'affaire GUILLEMOT-JACQUEMIN, 24 octobre 1948, préc., R.S.A.N.U., p. 62. V. aussi Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, "General Principles as Applied by the Conciliation Commission", préc., p. 853s.

(115) 1^{er} novembre 1923, R.S.A.N.U. VII, pp. 25-26. V. le texte complet de cette disposition supra, pp. 102-103 (en anglais et en français).

Malgré ces exemples nombreux et concordants, quelques auteurs pensent que du fait qu'ils sont "généraux", les principes visés par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice, ne sauraient être ni régionaux, ni locaux. Cette thèse soutenue dès 1932 par M. VERDROSS (à l'encontre d'une observation présentée par KOSTERS sur le rapport du professeur autrichien à l'Institut du Droit International)(116) a été reprise mais de façon plus nuancée par M. SØRENSEN qui estime que, en dehors des rapports des Etats comme membres d'une organisation régionale, il est douteux que des principes d'applicabilité limitée existent (117).

Il est exact que les principes communs à un nombre limité d'Etats sont plus souvent invoqués dans un cadre régional et plus faciles à établir dans la mesure où, en cas de soumission d'un différend à un juge ou à un arbitre, celui-ci pourra assez facilement déterminer l'existence du principe invoqué puisque, en général, il connaît mieux le droit des parties. Mais il n'y a aucune raison de ne pas reconnaître l'existence de principes d'applicabilité restreinte dans un cadre plus vaste, devant la Cour de La Haye par exemple.

Cette "reconnaissance" correspond à la pratique déjà largement suivie et présente en outre un certain nombre d'avantages. D'une part, dans le cas des "contrats quasi-internationaux", l'arbitre qui constate l'existence de législations concordantes dans le droit de l'Etat contractant et dans celui de l'Etat dont l'individu ou la société est ressortissant pourra éviter, s'il ne veut pas admettre officiellement la théorie de l' "internationalisation" du contrat, de se prononcer sur le délicat problème du droit applicable (118). D'autre part, et cela est plus important, la constatation d'un principe commun à un nombre relativement restreint d'Etats est plus facile et celui-ci peut être établi plus solidement sur la concordance des droits et des pratiques

(116) "Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", Rapport final, Ann. I.D.I., 1932, p. 323. Contra V. les observations d'ALVAREZ, Ibid., 1934, p. 506.

(117) "Principes de droit international public", préc., pp. 30-31.

(118) Dans le même ordre d'idée, Philippe C. JESSUP cite la décision n° 20 de l'Office Central de l'Union Internationale des Transports par Chemin de Fer, qui, dans un litige opposant la direction des Chemins de fer belges à celle des chemins de fer allemands, a estimé inutile de se prononcer sur le point de savoir quel était le droit applicable, le droit belge et le droit allemand admettant l'un et l'autre le principe de la faute par négligence. Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956, p. 77s.

internes de ces Etats. Enfin, si l'on admet l'existence de principes locaux ou régionaux on encourage les organes du droit international à recourir à ce précieux réservoir de règles que constituent les principes puisqu'il y a beaucoup plus de chances pour que certaines notions soient communes à deux ou à quelques pays qu'à l'ensemble des Etats formant la société internationale. En particulier, il est vraisemblable qu'il y a des principes généraux de droit communs aux Etats capitalistes et d'autres que l'on retrouve dans les systèmes juridiques socialistes (119).

Ces principes locaux ou régionaux présentent par rapport à ceux qui sont reconnus par l'ensemble des Etats, un caractère particulier : de même que la coutume locale n'est opposable qu'aux Etats ayant contribué à sa formation (120), la reconnaissance de ces principes dans le droit interne de tous les Etats concernés s'impose alors qu'il suffit que la plupart des Etats reconnaissent les principes d'applicabilité universelle (121).

L'inconvénient de l'existence simultanée de ces deux catégories de principes est qu'il peut arriver qu'un principe reconnu par deux Etats soit en contradiction avec un principe reconnu par les droits internes de l'ensemble des autres pays. Toutefois un tel conflit doit être assez rare et, à l'exception de la sentence précitée rendue par la Commission mixte de Washington-Newport (note n° 103) dont l'interprétation est malaisée, il n'existe, semble-t-il aucune indication dans la jurisprudence sur la manière dont on peut le résoudre. Les décisions de la Cour de Justice des Communautés Européennes demeurent très floues à cet égard. On pourrait songer à recourir à l'adage specialia generalibus derogant (que l'on peut considérer comme un principe général de droit) et soutenir que s'il existe un principe commun à deux Etats, parties à un différend par exemple, il faut l'appliquer de

(119) En ce sens, v. Géza HERCZEGH, General Principles and the International Legal Order, préc., p. 95.

(120) Gérard COHEN-JONATHAN, "La coutume locale", A.F.D.I. 1961, pp.119-140. notamment p. 133.

(121) En ce sens, NGUYEN QUOC Dinh, Cours de droit international public, Les cours de droit, Paris 1970-71, p. 552.

préférence à un principe plus universellement reconnu mais que les droits internes des deux Etats (ou de l'un d'entre eux) rejetteraient. Mais en l'absence de précédents positifs il est plus prudent d'abandonner la solution de ce problème à la sagesse des arbitres qui le rencontreront peut-être à l'avenir. De lege ferenda on peut souhaiter que les principes correspondent au cadre dans lequel ils seront appliqués, c'est-à-dire qu'un problème posé au sein d'une organisation régionale ou pour l'application d'un accord bilatéral soit résolu de préférence à l'aide de principes régionaux ou locaux alors qu'un litige né par exemple au sein de l'O. N. U. ou entre Etats appartenant à des groupes politiques, idéologiques ou juridiques très nettement distincts appellera plutôt l'application de principes d'applicabilité générale. Un autre élément à prendre en considération étant évidemment la composition de l'organe appelé à se prononcer : un organe nombreux groupant des personnes venues de pays très divers pouvant plus facilement déterminer l'existence d'un principe reconnu par tous les Etats qu'un organe restreint ou un individu agissant seul.

La professeur COHEN-JONATHAN a souligné que,

" Le mot même de "général" suffit à engendrer bien des erreurs
 " comme, précisément, celle de confondre la généralité en fonction
 " des Etats liés avec le degré d'abstraction de la norme " (122).

C'est à la seconde définition que correspond l'adjectif "général" dans les expressions "principe GENERAL de droit reconnu par les nations civilisées" ou "principe GENERAL de droit" sans autre précision (123).

" La généralité de ces principes, vue sous l'angle géographique,
 " est difficilement concevable. Par contre, on peut donner un sens
 " à ce qualificatif si, s'attachant plutôt à l'objet et au contenu des
 " principes on l'oppose à "spécialité", en ce sens que les principes
 " en cause seraient ceux qui, à l'intérieur d'un même droit interne,
 " ont une portée plus vaste que des règles particulières ou de cir-
 " constance " (124).

(122) Op. cit. à la note n° 121, p. 120.

(123) Pour éviter toute confusion il semble préférable de parler de "principes d'applicabilité générale" ou "restreinte" que de principes généraux ou de principes locaux ou régionaux puisque les uns et les autres sont "généraux".

(124) Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public", préc., p. 462. V. aussi infra, titre II, chapitre I.

CONCLUSION DU CHAPITRE I^{er}

Les principes de droit, dont l'existence doit être recherchée dans la concordance des droits internes de la plus grande partie des Etats formant la société internationale (principes d'applicabilité générale) ou de tous ceux auxquels on entend les appliquer (principes d'applicabilité restreinte), apparaissent comme des normes de caractère général.

Cette définition, encore partielle, signifie que, dans une première étape, les organes du droit international chargés d'en faire application doivent établir l'existence du principe qu'ils veulent utiliser dans le droit interne d'un Etat, sans qu'il y eut lieu d'opérer de distinction entre le droit public et le droit privé. Il leur faut s'assurer ensuite qu'il existe des principes équivalents dans les droits nationaux soit d'Etats dont les systèmes juridiques se rattachent aux familles les plus diverses (puisque recenser la pratique suivie dans 150 pays est chose impossible) soit de l'autre ou de chacun des autres Etats concernés.

En ce qui concerne la méthode, il semble donc que les juges, les arbitres, ou les Etats qui, dans leurs relations mutuelles entendent invoquer des principes généraux de droit, doivent faire une étude de droit comparé pour vérifier que dans le système juridique interne des Etats, le même principe est reconnu et compris de la même manière.

Chapitre II L'apport du droit comparé.

Il est frappant de constater que le droit comparé auquel les grands travaux de SALEILLES, Edouard LAMBERT ou IHERING avaient donné au début du siècle une première impulsion connaît après la première guerre mondiale un grand engouement. Dès 1917 les nations alliées entreprennent des travaux pour unifier leurs droits internes et en 1926 l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé est créé à Rome sous les auspices de la Société des Nations, signes de la croyance alors répandue de l'universalisation possible des droits nationaux. Cet idéal universaliste, contre-coup des grands ébranlements de la société internationale animait aussi les juristes du Comité de 1920 et, bien qu'ils n'aient pas utilisé l'expression "droit comparé", il est très vraisemblable qu'ils songeaient à cette technique pour déterminer l'existence des principes généraux de droit dont ils officialisaient l'emploi.

Le recours au droit comparé semble d'ailleurs correspondre aux exigences de la logique.

" Since the general principles of law form the basis of positive
 " rules of law, in seeking these principles, there is no inherent
 " reason why they cannot be found by a process of induction from
 " the positive law of any single system, and indeed this always
 " appears to be the inevitable starting point. But the comparative
 " method of studying the legal systems of different nations is no
 " doubt a valuable and even conclusive test whether a given princi-
 " ple represents a general juridical truth and not what has been
 " derisively called the "plaisante justice qu'une rivière borgne" (1).

Cependant, en dépit des affirmations doctrinales quant à l'utilité du droit comparé et de quelques tentatives de mise en oeuvre

(1) "Etant donné que les principes généraux de droit constituent le fondement des règles juridiques positives, il n'y a pas de raison déterminante, lorsque l'on cherche à en établir l'existence, de ne pas les chercher par un procédé inductif dans le droit positif de n'importe quel système isolé et cela apparaît en fait constituer toujours le point de départ. Mais la méthode comparative consistant à étudier les systèmes juridiques de diverses nations est sans aucun doute valable et constitue un test probant pour savoir si un principe donné représente une vérité juridique générale et non ce que l'on a qualifié avec dérision de "plaisante justice qu'une rivière borgne", (PASCAL, Pensées, Ed. Brunswick, n° 294), Bin CHENG, General Principles of Law . . . , préc., p. 376.

(Section 1), l'utilisation faite de la méthode comparative pour vérifier l'existence des principes généraux de droit s'est, en général, révélée peu rigoureuse en pratique (Section 2).

Sect. 1 - La nécessité théorique du recours à la méthode comparative.

Il existe une grande affinité entre le droit comparé et les principes généraux de droit tels qu'ils se dessinent progressivement dans cette recherche. Effectuer une étude de droit comparé suppose que l'on admet le même postulat plus ou moins conscient que lorsque l'on veut vérifier la réalité d'un principe de droit : l'existence, entre les peuples du monde, d'un fonds commun juridique.

Selon la formule de NIBOYET, le travail comparatif est "le mètre du droit" (2) et c'est à ce mètre que de nombreux internationalistes proposent de mesurer la valeur, l'existence, la solidité des principes généraux dont on entend faire application (paragr. 1) ; la jurisprudence internationale elle-même a souvent affirmé la nécessité de recourir à la méthode comparative (paragr. 2).

Paragr. 1. La doctrine préconise l'appel au droit comparé.

De même que le droit comparé implique que les institutions et les règles juridiques des différents pays reposent sur certains points communs et présentent certaines ressemblances sans lesquelles toute comparaison serait vaine, de même l'idée de principe général de droit postule l'existence d'une harmonie fondamentale qui, malgré les divergences plus ou moins profondes dans les modalités d'application, permette de remonter jusqu'aux raisons qui constituent le fondement des règles adoptées.

" Il ne s'agit pas, écrit M. ANCEL, (de rechercher des) principes
" abstraits, découverts par le seul raisonnement ou la seule logique

(2) J.-P. NIBOYET, "La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé", R.C.A.D.I., 1935-II, n° 52, p. 361.

" juridique et sur lesquels les représentants de systèmes différents
 " pourraient se mettre d'accord in abstracto ; le problème n'est pa
 " de définir, par une pure opération de l'esprit, un droit idéal que
 " l'on chercherait ensuite, par la persuasion ou par la démonstra-
 " tion de son excellence, à faire entrer dans une loi plus acceptable
 " pour tous. Il ne s'agit pas davantage de la recherche d'un "droit
 " naturel" antérieur ou extérieur, et en tout cas supérieur au "droit
 " des peuples de la terre", car il n'est pas question de reprendre
 " la démarche de BACON, de GROTIUS, de PUFENDORF ou de
 " ROUSSEAU ni même de dégager "l'esprit des lois" en tant que
 " donnée universelle au sens de MONTESQUIEU. La comparaison
 " méthodique des législations et des institutions juridiques doit faire
 " apparaître que, sous des formulations peut-être différentes, cer-
 " taines normes de droit positif se retrouvent, d'un système à l'au-
 " tre : elles constituent donc des règles de "droit commun législa-
 " tif" selon l'expression de LAMBERT, et la fonction essentielle
 " du droit comparé consiste précisément à dégager ces règles com-
 " munes d'une réalité juridique multiple " (3).

Cette définition des objectifs du droit comparé correspond parfaitement à ce que les internationalistes recherchent lorsqu'ils entendent établir l'existence des principes généraux de droit. Convaincus, de par leur propre formation, qu'un principe explique les solutions données par leur droit national à tel problème juridique déterminé, désireux d'appliquer ce principe dans l'ordre des relations entre Etats, ils doivent d'abord s'assurer que celui-ci n'est pas particulier à un seul système juridique mais est bien commun aux "peuples de la terre". Le juge international ou tout interprète, avant de mettre en oeuvre un principe doit vérifier que celui-ci est, "pour ce qui concerne le fond, reconnu par tous les principaux systèmes de droit, et qu'en l'appliquant il ne fera violence à aucun des concepts fondamentaux sur lesquels repose chacun de ces systèmes pris individuellement" (4). Le professeur GUTTERIDGE précise que si aucune méthode comparative particulière ne s'impose, un surcroît de prudence est de rigueur. C'est qu'il s'agit de transposer des normes d'un ordre juridique dans un autre ordre juridique et que les principes ainsi dégagés ne constituent pas seulement un

(3) Marc ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, préc., p. 19. V. aussi Giorgio DEL VECCHIO, Humanité et unité du droit - Essais de philosophie juridique, L.G.D.J., Paris, 1963, p. 13.

(4) H. C. GUTTERIDGE, Le droit comparé, préc., p. 93. Cet ouvrage contient un chapitre entier intitulé "Droit comparé et droit des gens" extrêmement utile en ce qui concerne tous les problèmes étudiés ici. (L'auteur limite cependant les principes généraux de droit utilisés en droit international aux principes de droit privé).

objet d'étude scientifique : ils sont destinés à recevoir une application positive.

Compte tenu de cette très grande similitude dans les démarches et les buts du droit comparé d'une part, de la recherche des principes généraux de droit d'autre part, il n'est guère surprenant que de nombreux auteurs aient songé à préconiser le recours à la méthode comparative pour découvrir les principes généraux de droit. Celle-ci donne en effet toutes les garanties d'une démarche scientifique rigoureuse et bénéficiant d'une expérience déjà solide sans être enfermée dans des cadres trop rigides comme les citations qui précèdent l'ont montré.

Cette utilité, voire cette nécessité, de faire appel aux méthodes de droit comparé a été soulignée par une grande partie de la doctrine qui s'est parfois montrée très catégorique : "pour vérifier si un principe de droit est effectivement reconnu, la seule méthode valable est celle du droit comparé", écrit le professeur SØRENSEN (5). Cette invitation est valable d'une manière générale pour découvrir les principes généraux mais dans certaines branches la méthode comparative semble devoir présenter une utilité particulière. C'est le cas surtout pour tous les domaines présentant un caractère technique assez poussé : qu'il s'agisse du droit communautaire (6), du droit propre aux organisations internationales (7) ou du "droit commercial" (8).

Dépasant ce stade des conseils donnés aux praticiens certains auteurs ont eux-mêmes utilisé le droit comparé à l'appui des thèses qu'ils soutenaient. Ainsi, M. TAVERNIER estime que le principe de la non-rétroactivité est un principe général de droit commun à tous les systèmes juridiques et, pour le démontrer, il entreprend une brève

(5) "Principes de droit international public - Cours général," préc., p. 23 ; v. aussi Michel VIRALLY, "The Sources of International Law", préc., p. 146.

(6) V. Angelo GRISOLI, Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli stati della Comunità Europea in materia di responsabilità extracontractuale, Pubblicazione dell'Università, Pavie, 1963, p. 94.

(7) V. Wolfgang FRIEDMANN, "The Uses of "General Principles" in the Development of International Law", préc., p. 283 et J. E. S. FAWCETT, "The place of Law in International Organizations", préc., p. 342.

(8) V. surtout F. A. MANN, "Reflexion on a Commercial Law of Nations", préc., passim, notamment p. 36.

étude comparative d'où il conclut qu'il s'agit bien d'un des principes visés par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice (9). De façon plus caractéristique encore, Mme. MAREK indique :

" Une étude de jus cogens en droit international ne peut que commencer par une étude de jus cogens en droit interne, si rapide soit elle. C'est en effet dans le droit interne que cette action a son origine, et c'est en droit interne qu'elle est parvenue à son plein épanouissement " (10).

L'auteur confronte alors les dispositions législatives de pays aussi divers que la France, la Pologne et l'Italie, limitant la liberté contractuelle, pour conclure qu'il existe de telles limitations dans les droits de tous ces pays malgré des variations dans leur étendue :

" Il convient de retenir de cet examen rapide : 1). que le jus cogens est une nécessité de tout ordre juridique ; 2). qu'il est reconnu sous des dénominations diverses et dans des limites variables - par tous les systèmes de droit interne. On serait donc tenté de lui attribuer le caractère d'un "principe général de droit" au sens de l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour " (11).

Ce recours à la méthode comparative est aujourd'hui tenté sur une grande échelle sous les auspices de la Faculté de Droit de Cornell University ; une recherche collective, animée par le professeur SCHLESINGER, a pour objectif ambitieux de dresser l'inventaire d'un certain nombre de principes communs aux différents systèmes juridiques existants et son but ultime semble être la rédaction d'une manière de code universel regroupant ces principes. A cette fin, des juristes venant du monde entier, formés aux droits les plus divers - la famille socialiste paraît cependant fortement sous-représentée - sont appelés à confronter leurs expériences dans certains domaines selon une méthode assez rigoureuse qui ne devrait pas laisser la place aux fausses convergences fondées sur la présence dans plusieurs

(9) Paul TAVERNIER, Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit intertemporel ou de droit transitoire), Préface de Paul REUTER, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 167.

(10) Krystyna MAREK, "Contribution à l'étude du jus cogens en droit international", Mél. GUGGENHEIM, p. 426.

(11) Ibid., p. 432.

systemes de principes apparemment similaires mais qui s'appliquent en fait à des situations concrètes différentes : de véritables "cas pratiques" sont proposés aux membres de l'équipe afin de s'assurer que les principes dégagés correspondent bien à la même réalité. Cette recherche qui doit s'étaler sur de nombreuses années semble avoir déjà abouti à certains résultats dans le domaine du droit des contrats (la question de la formation des contrats a été la première étudiée) (12).

Cette tentative originale répond selon ses promoteurs à un certain nombre de besoins : de nombreux textes internes font référence aux principes généraux de droit, leur détermination serait donc d'une grande utilité en dehors même de la sphère du droit international ; par ailleurs les auteurs de ce projet insistent sur ses avantages dans le domaine du droit des contrats passés par les organisations internationales ou conclus entre un Etat et une personne privée étrangère, ou au niveau régional. Ils estiment enfin qu'il constitue le seul moyen de rendre vraiment opératoire le recours aux "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées". Selon eux, en effet :

" les juges internationaux, lorsqu'ils sont en présence d'un pro-
 " blème concret, par exemple dans le domaine de la formation des
 " contrats ou dans celui de l'enrichissement injuste, n'ont aucun
 " moyen de connaître la réponse ou les réponses qui sont données
 " à ce problème spécifique dans chacun des multiples systèmes
 " civilisés " (13).

Paragr. 2. L'emploi de la méthode comparative par la jurisprudence.

Ce jugement critique est bien sévère et sous-estime les efforts qui ont été parfois tentés tant par les parties - qui ont pu ainsi éclairer les juges - que par les tribunaux internationaux eux-mêmes, pour déterminer l'existence (ou la non-existence) d'un principe général à partir d'une étude, parfois poussée, de droit comparé.

(12) Sur cette recherche, v. notamment la présentation initiale de Rudolf B. SCHLESINGER, "Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations (Outline of a New Project)", A. J. I. L., 1957, pp. 734-753, et Rudolf B. SCHLESINGER et Pierre BONASSIES, "Le fonds commun des systèmes juridiques - Observations sur un nouveau projet de recherche", R. I. D. C., 1963, pp. 501-540.

(13) Rudolf B. SCHLESINGER et Pierre BONASSIES, "Le fonds commun des systèmes juridiques", préc., p. 503. Souligné dans le texte.

Il arrive que les juges ou les arbitres se bornent à citer un certain nombre de dispositions législatives ou de pratiques de droit interne. Ainsi, dans l'affaire de l'Ile de Timor, la Cour Permanente d'Arbitrage, après avoir énuméré quelques articles des codes civils néerlandais, allemand et portugais, du code suisse des obligations et le Digeste (à propos des principes d'interprétation) conclut : "Il est inutile d'insister, le droit des gens, comme le droit privé, étant sur ce point entièrement concordants" (14). Mais il est fréquent aussi que les sentences contiennent des discussions détaillées fondées sur un raisonnement comparatif solidement étayé par des exemples empruntés à de droits internes assez variés (15). De plus, dans la mesure où les plaidoiries des parties ne sont en général pas publiées, il est impossible de savoir si celles-ci n'ont pas développé une argumentation établie sur une étude des droits internes de plusieurs pays.

Il est certain, en tout cas, qu'à la barre de la Cour de La Haye les agents et conseils des Etats ont souvent utilisé des arguments fondés sur la concordance des droits. Cette concordance est parfois simplement évoquée, quelques articles de textes législatifs de provenances diverses étant cités (16), mais elle est, dans d'autres cas, l'objet d'une démonstration précise et détaillée. C'est en particulier le cas de la consultation du professeur RHEINSTEIN annexée aux observations portugaises dans l'affaire du droit de passage (v. supra, p. 75) qui portant sur soixante-quatre droits internes permet à la réplique du gouvernement du Portugal d'affirmer :

" Toutes les "familles juridiques" y sont représentées : législation
" dites de droit civil (latin ou germanique), "common law",

(14) Affaire de l'Ile de Timor (Pays-Bas - Portugal) (C. E. LARDY, Président), 25 juin 1914, R.S.A.N.U., XI, p. 497.

(15) V. par exemple la sentence rendue par BEICHMANN dans l'affaire des réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles (Allemagne c. Commission des Réparations, 3 septembre 1924) (sur les notions de "concession" et d'"entreprise publique" appréhendées sous un angle comparatif), R.S.A.N.U. I, p. 471s et 480s.

(16) V. par exemple la consultation de STRUYCKEN jointe au mémoire allemand dans l'affaire des colons allemands en Pologne, série C, n° 3, vol. III (1), p. 525.

" droits des démocraties populaires, droit islamique, droits scan-
 " dinaves, droits asiatiques. De ce tableau que l'on pourrait
 " difficilement imaginer plus complet, il ressort que le droit de
 " passage est expressément reconnu dans soixante-deux cas et qu'il
 " l'est implicitement dans les deux autres.
 " Il s'agit donc d'une reconnaissance unanime et vraiment univer-
 " selle.
 " Sans doute existe-t-il certaines différences entre les systèmes.
 " Cela va de soi, chaque droit interne devant s'adapter à des con-
 " ditions spéciales dont il porte la marque " (17).

Ce souci d'être exhaustif ne se retrouve pas, il est vrai, très souvent et la plupart du temps les mémoires et plaidoiries ne se préoccupent guère de se référer à un "échantillon" de systèmes juridiques réellement représentatif quoique certains agents aient pris la précaution de choisir les droits nationaux "témoins" dans la famille romano-germanique et dans la common law :

" As shown above, the principle is recognized not only by the
 " Anglo-Saxon law, but also (...) by the Latin system of law. I
 " submit that it can properly be regarded as one of those general
 " principles of law recognized by civilized nations which are
 " referred to in Article 38 of the Statute of the Court " (18).

Cette tendance fréquente à ne se fonder que sur les deux grandes branches du système juridique "occidental" est évidemment de nature à accroître la méfiance de la doctrine soviétique à l'égard des principes généraux de droit (v. supra, p.225 s.), d'autant plus que les juges dissidents de la Cour mondiale semblent parfois considérer eux aussi que l'existence d'un principe dans le droit anglo-saxon et dans le droit

(17) C.I.J., Mémoires, Droit de passage sur territoire indien, II, p. 543. Dans leurs opinions individuelle et dissidente, deux juges, respectivement M. WELLINGTON KOO et M. FERNANDES (juge ad hoc du Portugal, il est vrai) se sont référés à la consultation de M. RHEINSTEIN, arrêt C.I.J. Rec. 1960, pp. 66-67 et 136.

(18) "Comme on l'a montré, ce principe est reconnu non seulement par le droit anglo-saxon mais aussi par le système juridique latin. Je suggère qu'il peut être à bon droit considéré comme l'un des principes généraux reconnus par les nations civilisées auxquels fait référence l'article 38 du Statut de la Cour", Discours de Sir Douglas HOGG, Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne, C.P.J.I., série C, n° 10, p. 22 (à propos de l'interprétation des actes juridiques en fonction de la volonté des auteurs).

occidental suffit à lui conférer la nature d'un principe général de droit (19). Et si certains juges se sont référés parfois aux droits socialistes (20), seul M. AMMOUN a réellement fait appel à la méthode comparative pour démontrer que l'équité constitue un principe général de droit admis dans le système "romano-méditerranéen" et la common law, mais aussi par les droits musulman, chinois, soviétique, hindou, et par celui des autres pays d'Afrique et d'Asie (21).

Quant à la Cour elle-même, elle n'a jamais effectué une étude comparative positive mais, dans l'affaire des concessions Mavrommatis, elle a semblé donner sa caution à ce système de recherche des principes en déclarant que, compte tenu de l'accord intervenu entre les parties, elle n'avait pas à

" rechercher quels sont dans les divers systèmes de procédure et dans les diverses terminologies juridiques, les éléments spécifiques d'une telle exception (invoquée par la Grande-Bretagne) ; elle n'a pas à se demander notamment si compétence et juridiction, incompetence et fin de non-recevoir, doivent être considérées toujours et partout comme des expressions synonymes" (22).

Cette fuite devant l'appel aux méthodes comparatives est le fait de la seule Cour de La Haye. La Cour de Justice des Communautés Européennes y a, au contraire, largement recours du moins en ce qui concerne les principes communs au droit des Etats membres (v. supra, pp. 179-181) ; cet examen des droits de six ou de neuf Etats est évidemment plus facile à mener rigoureusement que lorsqu'il s'agit de confronter les systèmes juridiques nationaux de cent-cinquante pays, quoique, il faut le redire, il suffise de démontrer l'existence du principe

-
- (19) V. par exemple l'opinion individuelle du juge HUDSON dans l'affaire des prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C.P.J.I., série A/B, n° 70, p. 77 ou celle de Sir Hersch LAUTERPACHT dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J., Rec. 1957, pp. 49-50. Pour une sentence arbitrale v. l'opinion de l'Umpire DUFFIELD sur des problèmes d'intérêt général (Commission Mixte Allemagne - Vénézuéla), R.S.A.N.U. X, p. 363 (date non précisée).
- (20) V. notamment l'opinion individuelle du juge AZEVEDO sur l'avis relatif aux conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), C.I.J., Rec. 1947-1948, p. 80.
- (21) Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J., Rec. 1969, op. individ. AMMOUN, pp. 139-140.
- (22) Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2, p. 10.

recherché au sein des grandes familles de droit qui se partagent le monde.

Il faut remarquer enfin que le recours au droit comparé ne constitue pas une formalité sans portée. Dans certains cas une étude comparative a en effet permis de montrer que le principe invoqué n'était pas l'applicabilité générale contrairement à la thèse soutenue par l'une des parties. Dans une affaire jugée par la Commission de Réclamations Grande-Bretagne - Mexique, le commissaire britannique a démontré que la règle selon laquelle on ne peut être témoin dans sa propre cause n'est pas universellement reconnue, en s'appuyant surtout sur les droits anglais et américain (23). Mais c'est dans l'affaire des zones franches que l'utilité, négative en quelque sorte, de la méthode comparative apparaît le mieux : en citant les codes civils d'un certain nombre de pays la Suisse entendait prouver que la stipulation pour autrui présentait les caractères des principes généraux de droit visés par l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale mais la France ayant démontré que ce "principe" n'était pas reçu dans un certain nombre de pays, les agents et conseils de la Confédération durent modifier leur argumentation (v. supra, p. 209, note n°44).

Il apparaît donc que la jurisprudence comme les parties ont répondu, dans certains cas, aux vœux de la doctrine et effectué des études comparatives parfois très poussées et solidement étayées. Il faut cependant reconnaître que la très grande majorité des décisions arbitrales ou juridictionnelles internationales ont procédé davantage, dans cette recherche de principes généraux de droit, de manière intuitive et empirique.

(23) Affaires n° 2, 28, 40, 50 et 55, décision n° 12, op. diss. de Sir John PERCIVAL du 15 février 1930, Rec. Décisions Com., p. 109. V. aussi les conclusions GAND dans l'affaire n° 41/69, A. C. F. Chemiefarma NV, C. J. C. E., 15 juillet 1970, Rec. XVI, p. 694.

Sect. 2 - La recherche comparative effectuée dans la pratique est plus intuitive que scientifique.

Il est arrivé que des juges internationaux proclament leur volonté délibérée de ne pas faire appel au droit comparé comme l'a fait, par exemple, M. JESSUP dans son opinion dissidente jointe au deuxième arrêt rendu dans l'affaire du Sud-Ouest africain :

" Il importe peu, aux fins de mon argumentation, que le droit puisse être différent en Italie et dans d'autres pays (...), car je ne cherche pas à établir un "principe général de droit" par des méthodes de droit comparé " (24).

Mais, bien souvent, les parties ou leurs juges entendent faire application d'un principe juridique d'applicabilité générale alors qu'ils font simplement usage d'un principe tiré de leur droit interne dont ils affirment mais ne vérifient pas la concordance avec les règles suivies dans les autres systèmes juridiques (paragr. 1). C'est pourquoi la composition équilibrée des tribunaux internationaux paraît primordiale (paragr. 2) (25). L'emploi de formules latines constitue l'une des manifestations de leur démarche intuitive (paragr. 3).

Paragr. 1. La tendance à la généralisation abusive d'un droit particulier.

Les juriconsultes romains prétendaient que le "jus gentium" contenait les principes communs à tous les systèmes de droit véritables. En réalité il s'agissait d'un droit d'origine strictement romaine (26).

De même, les juges internationaux contemporains ont souvent tendance à considérer comme universel un principe particulier tiré

(24) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. dissid. JESSUP, p. 387. V. aussi par exemple les conclusions ROEMER sur l'arrêt rendu par la Cour de Justice de la C. E. C. A. dans les affaires jointes n° 7/54 et 9/54, Groupement des industries sidérurgiques du Luxembourg, "C'est intentionnellement que nous n'avons pas fait de droit comparé", préc., Rec. II, p. 125.

(25) L'invocation erronée par un Etat d'une règle de son droit interne, présentée comme un principe général de droit, dans ses rapports non contentieux avec d'autres sujets du droit international présente un caractère de gravité bien moindre, son partenaire pouvant toujours en rejeter l'application. Cette remarque nous paraît d'ailleurs valable pour l'ensemble des problèmes évoqués dans cette partie ; c'est pourquoi notre approche est presque exclusivement contentieuse.

(26) V. James MACKINTOSH, Roman Law in Moderne Practice, préc., pp. 46-47.

de leur droit national :

" Truth to tell, arbitral tribunals, which usually consist of one, three or five judges, have probably done no more in most cases than take into account their own knowledge of the principles of the systems in which the arbitrators were themselves trained, and these would usually have been Roman law, Common law, or Germanic systems" (27).

Plus même, on a pu se demander si, dans certains cas, les juges et les arbitres ne travestissent pas sciemment une règle purement nationale en principe général de droit afin de pouvoir en faire application sans soulever de protestations.

" L'asserzione dell' esistenza di "principi" costituisce a volte soltanto una manifestazione di provincialismo giuridico da parte di qualche studioso che tende a qualificare come "logici" e ad attribuire carattere generale a principi che esistono invece soltanto in quei pochi ordinamenti interni che egli conosce" (28).

Ce "provincialisme juridique" revêt à vrai dire un aspect moins machiavélique et, dans l'ensemble, on peut dire que c'est surtout le sentiment profond qu'ont certains juges ou certains avocats de l'excellence des principes juridiques admis dans leur droit national qui les incite à en affirmer l'universalisme. Les Anglo-Saxons semblent particulièrement convaincus que leur droit, image de ce qui est juste et raisonnable, est (ou, en tout cas, mérite d'être) d'application générale. Déjà dans l'affaire Thomas MELVILLE WHITE, le Sénat de Hambourg, avait dû rappeler que "the principles of law which obtain in England are

(27) "A vrai dire, les tribunaux arbitraux, qui se composent en général d'un, trois ou cinq juges, se sont dans doute bornés, dans la plupart des cas, à enregistrer les principes connus par les arbitres parce que faisant partie du système dont ils avaient l'habitude, c'est-à-dire, en général, le droit d'origine romaine, la common law ou les systèmes germaniques", Sir Humphre WALDOCK, "General Course on Public International Law", préc., p. 66.

(28) "Affirmer l'existence des "principes" est souvent seulement un signe de provincialisme juridique de la part de certains juristes qui ont tendance à qualifier de logiques et à attribuer un caractère général à des principes qui n'existent au contraire que dans les quelques ordres juridiques qu'ils connaissent", A. P. SERENI, Principi generali di diritto e processo internazionale, Giuffrè, Milan, 1955, p. 11.

not applicable here" (29) devant l'insistance de la Grande-Bretagne à vouloir faire appliquer des règles juridiques purement anglaises. De même, dans l'affaire du Montijo le surarbitre Robert BUNCH s'est à deux reprises servi d'une notion propre à la common law pour régler un différend international (30). Mais plus célèbre et plus caractéristique encore est le raisonnement de Lord ASQUITH of BISHOPSTONE qui, dans la sentence d'Abu Dhabi commence par déclarer inapplicable le droit anglais et vouloir utiliser une sorte de "modern law of nature" puis après cette pétition de principe, avec un flegme très britannique, il décide, conformément au droit anglais qui lui paraît correspondre tout à fait à ce droit de la nature de notre temps (31).

Cette attitude est sans doute à imputer à l'habitude qu'ont les juges anglais de décider largement en fonction de la saine raison qui secrète ainsi sans cesse des règles nouvelles dont le bien-fondé n'est mis en doute par personne étant donné le respect dont sont entourées les décisions juridictionnelles, respect qui contribue à donner aux Anglais le sentiment de la perfection de leur système juridique. Ce sentiment ^{fut} exprimé par exemple à la barre de la Cour Permanente de Justice Internationale par Sir Douglas HOGG qui, après avoir fait des citations de droit anglais (et avant, il est vrai, d'examiner le droit français - v. supra, note n° 18) à propos des principes d'interprétation des actes juridiques, poursuit :

" I have cited these statements of English law not because I wish
 " to suggest that they are binding upon the International Court but
 " because in my submission they are based on reasoning and good
 " sense, and their reasoning is as applicable to the interpretation

(29) "Les principes applicables en Angleterre ne le sont pas ici", Sentence du Sénat de Hambourg, 13 avril 1864, préc., Pas I, p. 53.

(30) Colombie - Etats-Unis (26 juillet 1876) ; l'arbitre s'appuie sur la distinction entre domicile "of origin" et domicile "of choice", (R. A. I. III, p. 666) et sur la règle selon laquelle l'Etat ne paie pas d'intérêt en l'absence de stipulation expresse (Ibid. p. 679), règles de common law dont l'application a été critiquée par un commentateur de cette sentence, Alexandre MAKAROV (Ibid., p. 682 et 687). V. aussi l'opinion dissidente du commissaire américain, Anson MILLS, dans l'affaire du Chamizal (Mexique - Etats-Unis) International Boundary Commission (Président E. LA FLEUR) (15 juin 1911) R. S. A. N. U. XI, p. 356.

(31) Sentence du 28 août 1951, préc., I. C. L. Q. 1952, p. 127 s. (L'arbitre a cependant écarté certaines règles du droit anglais).

" of treaties between sovereign States as to contracts between
" private individuals " (32).

Par deux fois, dans l'affaire des concessions Mavrommatis, POLITIS a reproché aux avocats de la Grande-Bretagne de transporter à l'instance internationale les règles procédurales du droit anglais. Au sujet des exceptions d'incompétence soulevées in limine litis il a déclaré :

" L'exception d'incompétence n'a ici nullement la signification d'un
" échappatoire. C'est l'imitation d'une habitude courante dans les
" moeurs judiciaires des pays anglo-saxons, où il est d'usage de ne
" négliger aucun moyen de défense, si problématiques que soient
" ses chances de succès.
" Les gouvernements des pays anglo-saxons ont eu depuis longtemps
" la tendance de transporter ces habitudes judiciaires du domaine de
" la justice interne dans celui de la justice internationale " (33).

Plus tard, lors de la discussion du fond, les avocats anglais ayant demandé que la Cour n'admette pas une liberté absolue dans l'administration de la preuve, POLITIS déclare que cette prétention vient très certainement de cette même tendance :

" Ayant en vue ces usages judiciaires anglais qui n'autorisent pas
" la production de pièces ayant le caractère de celles dont je parle,
" on en a conclu, de très bonne foi, sans doute, qu'un devoir international avait été violé (...)
" Les usages anglais, pas plus que les usages de n'importe quel
" pays civilisé, n'ont de valeur internationale. Ils ne s'imposent
" pas devant une Cour comme la vôtre " (34).

Mais les Anglo-Saxons n'ont pas l'exclusivité de cette habitude consistant à transposer dans le domaine du droit international des règles de droit interne sans prendre la précaution de s'assurer qu'elles sont utilisées dans d'autres systèmes juridiques nationaux ou en se bornant à l'affirmer sans entreprendre la moindre recherche comparative.

(32) "J'ai fait ces citations de droit anglais non parce que je prétends que ces règles lient la Cour Internationale, mais parce que, à mon avis, elles sont établies sur la raison et le bon sens et leur raison d'être s'impose aussi bien à l'interprétation des traités conclus entre Etats souverains qu'à celle des contrats passés entre personnes privées", *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2 du traité de Lausanne*, C.P.J.I., série C, n° 10, p. 21.

(33) *Concessions Mavrommatis*, C.P.J.I., série C, n° 5, vol. I, pp. 43-44.

(34) *Concessions Mavrommatis*, C.P.J.I., série C, n° 7, vol. II, pp. 45-46.

C'est ainsi que MILLERAND, parlant au nom de la Roumanie dans l'affaire de la Commission européenne du Danube, avoir avoir cité l'article 2232 du Code civil français (selon lequel les "actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription") ajoute : "C'est là, Messieurs, un principe dont tous les jours, dans tous les pays, on est appelé à faire application" ; et présentant un exemple "entre mille", il choisit un arrêt rendu par la Cour de Colmar ... (35).

" The most sophisticated lawyer has difficulty in departing from what he has always learned and regarded as legal method and legal reasoning " (36).

Cette remarque ne vaut pas seulement pour le juge international. MACKINTOSH donne l'exemple des juges britanniques qui, en Inde, devaient appliquer le droit anglais aux sujets britanniques européens, le droit local aux autres justiciables et, à défaut de règles applicables, se déterminer selon la justice, l'équité et leur conscience, et utilisaient en fait toujours les principes du droit anglais (37). La doctrine éprouve également parfois quelques difficultés à faire abstraction des raisonnements juridiques propres au droit interne et à en répudier les principes. Pour n'en prendre qu'un exemple, on peut penser à un brillant article du professeur CHAUMONT intitulé "Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain" qui propose de transposer dans l'ordre des relations internationales cette théorie très particulière au droit administratif français (38).

(35) Compétence de la Commission européenne du Danube, C. P. J. I., série C, n° 13 (IV), vol. 1, p. 224.

(36) "Le juriste le moins sectaire éprouve des difficultés pour s'écarter de ce qu'il a toujours appris et considéré comme la méthode du droit et le raisonnement juridique", William W. BISHOP, "General Course of Public International Law", R. C. A. D. I. 1965 II, n° 115, p. 240.

(37) James MACKINTOSH, Roman Law in Modern Practice, préc., p. 98s.

(38) Mél. SCELLE, pp. 115-178 ; l'auteur, il est vrai, dans son "Cours général de droit international public", préc., p. 461, précise que la notion de "service public" a un sens très différent en Europe continentale et dans les pays anglo-saxons. Pour donner un exemple d'article en langue anglaise présentant la tendance symétrique d'analyser des faits internationaux à la lumière de notions et de principes essentiellement nationaux v. par exemple D. W. BOWETT, "Estoppel before International Tribunals and its Relations to Acquiescence", B. Y. B. I. L., 1957, pp. 176- (Application de la notion de common law d'"estoppel by conduct").

S'il peut paraître excessif de penser avec le professeur AKEHURST que cette pratique consistant à tenir pour une vérité absolue ce qui n'est que principe propre à un droit interne déterminé comme "too common to be regarded as illegal" ("trop courante pour être considérée comme illégale") (39), il convient cependant d'insister sur le fait que cette généralisation n'est pas forcément abusive. Tout ce que l'on peut dire est que la preuve de son bien-fondé n'est pas administrée et que, en l'absence d'une analyse de droit comparé, le doute demeure.

Quoique l'on puisse penser de cette méthode peu rigoureuse, il n'est pas douteux que plus le tribunal international appelé à rendre une sentence est nombreux, moins ses effets néfastes se font sentir. En effet, ainsi que l'a exposé avec franchise et adresse le juge LEVI CARNEIRO dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire de l'Anglo-Iranian Oil C°, chacun des membres d'une juridiction nombreuse, la Cour de La Haye en particulier,

" garde, inévitablement, au sein de la Cour, sa formation juridique, certains traits de ses activités juridiques antérieures dans son pays d'origine. C'est inévitable et c'est même justifié parce que, dans son ensemble, la Cour doit représenter les "grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde" (Statut, article 9), et appliquer "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (Statut, article 38-1, c) " (40).

On peut donc penser que seuls des principes d'applicabilité réellement générale seront admis par un organe de quinze membres, et que, si jamais la majorité utilisait un principe que les droits de certains pays rejettent nettement, les juges ressortissants de ces Etats exprimeraient leur désaccord.

" La comparaison des divers systèmes se fait d'elle-même, implicitement, par la seule présence dans la même Cour de juges représentant les différents systèmes juridiques du globe. Chaque fois qu'un principe est consacré par la Cour, il est à présumer

(39) Michael AKEHURST, A Modern Introduction to International Law, préc., p. 53.

(40) Arrêt, C.J.J., Rec. 1952, op. diss. LEVI CARNEIRO, p. 161. Le juge brésilien en profite pour citer deux dispositions constitutionnelles et une pratique jurisprudentielle de son pays.

" qu'il ne se heurte pas aux convictions des juges de nationalités différentes " (41).

C'est la raison pour laquelle la Cour de La Haye n'éprouve pas, en général, le besoin d'effectuer une étude de droit comparé et se contente d'un pragmatisme, solution que, malgré certains auteurs (42), il paraît difficile de désapprouver, compte tenu notamment des difficultés de mise en oeuvre d'une telle recherche, et même de ses risques, dans la mesure où un désaccord pourrait surgir du seul fait que l'on serait entré dans des détails inutiles.

On a pu dire à juste titre que les juges internationaux dégagèrent les principes généraux de droit "en combinant l'excellente connaissance d'un seul système juridique avec une forte dose d'inspiration et d'audace intellectuelle" (43). Si l'on peut penser qu'il est fâcheux que des juges isolés laissent ainsi libre cours à leur inspiration, il n'en est pas de même lorsque les membres du tribunal arbitral ou de la juridiction internationale auront été choisis avec soin.

Paragr. 2. La nécessité d'une composition judiciaire des tribunaux internationaux.

De multiples considérations tant politiques que juridiques expliquent les modes de composition des organes arbitraux ou juridictionnels internationaux et la prise en considération du mécanisme de la recherche des principes généraux de droit ne saurait bien évidemment justifier à elle seule le choix de ce mode. Il n'en reste pas moins que plus la composition de ces organes sera équilibrée, plus les principes généraux qu'ils utilisent pourront être considérés comme solidement établis à défaut d'une recherche comparative rigoureuse.

(41) Jurisclasseur de droit international, fascicules 13 B, n° 63. Dans le même sens, Michel VIRALLY, "The Sources of International Law", préc., p. 146.

(42) V. par exemple Rudolf SCHLESINGER et Pierre BONASSIES, "Le fonds commun des systèmes juridiques"... , p. 503s.

(43) Friedrich BERBER, Lehrbuch des Völkerrechts, C.H. Beck, Munich-Berlin, vol. 1, 1960, p. 70 (traduction de Rudolf SCHLESINGER et Pierre BONASSIES, article cité note 42, p. 503).

On peut essayer de mettre en parallèle l'étude des deux seuls exemples concrets - Tribunaux Administratifs de l'O. I. T. et de l'O. N. U. et Cours de La Haye - sur lesquels existent une documentation suffisante pour tenter quelques observations, avec les conditions idéales de composition d'un tribunal au point de vue du problème étudié ici, la découverte des principes généraux de droit.

Un premier problème se pose en ce qui concerne le nombre des juges ou des arbitres appelés à se prononcer. On peut penser que, par lui-même, le grand nombre constitue une garantie dans la mesure où plus les membres de l'organe seront nombreux, plus leur "représentativité" par rapport aux différents systèmes juridiques du monde sera grande. On a fait valoir cependant que, du même coup, la difficulté de tomber d'accord sur l'existence de principes généraux et, d'une manière générale, en matière de sources, s'accroît (44). Cela ne fait aucun doute, mais la "fiabilité", si l'on peut dire, des principes appliqués par une telle Cour s'en trouve justement renforcée.

En tout cas, pour les tribunaux à vocation universelle, le nombre importe moins que la diversité, surtout dans la mesure où, comme on l'a vu, les systèmes juridiques qu'il faut comparer peuvent être réduits sinon à trois (familles romano-germanique, socialiste et common law) du moins à un chiffre assez réduit (aux trois familles qui précèdent peuvent être ajoutés certains droits héritiers conjointement de la tradition juridique occidentale ou marxiste et de droits à caractère religieux). A cet égard la Cour de La Haye présente peut-être l'inconvénient d'être à la fois excessivement nombreuse et insuffisamment représentative.

Dans sa composition actuelle (45) la Cour compte quatre juges appartenant à des systèmes de pur droit latin : MM. GROS (France), de CASTRO (Espagne), JIMENEZ de ARECHAGA (Uruguay) et RUDA (Argentine) ; trois se rattachent aussi à cette famille : MM. AMMOUN (Liban), FORSTER (Sénégal) et IGNACIO-PINTO (Dahomey), le premier étant par ailleurs le seul représentant de la tradition

(44) Jack LANG, Le Plateau continental de la Mer du Nord, arrêt de la C.I.J., 20 février 1969, préc., p. 156; Shabtai ROSENNE, The Law and Practice of the International Court, préc., p. 189.

(45) Depuis le 5 février 1973 (élections du 30 octobre 1972).

musulmane ; la common law est représentée par M. DILLARD (Etats-Unis) et par Sir Humphrey WALDOCK (Royaume-Uni) et aussi par MM. ONEYEAMA (Nigéria) et NAGENDRAH SINGH (Inde) et, dans une certaine mesure, M. BENGZON (Philippines) ; MM. LACHS et MOROZOV (Pologne et U. R. S. S.) peuvent faire valoir le point de vue des droits socialistes et M. PETREN (Suède) celui des droits scandinaves parfois inclus dans la famille romano-germanique. Cette énumération appelle un certain nombre de remarques : d'une part il est certain que MM. FORSTER, IGNACIO-PINTO, BERGZON, NAGENDRAH SINGH et, dans une moindre mesure, M. AMMOUN sont familiers avec les droits français, anglais ou américains (pays dans lesquels ils ont effectué tout ou partie de leurs études) et que les droits de leurs pays sont imprégnés très profondément des traditions juridiques des anciennes métropoles. On peut donc penser qu'au droit d'origine latine on peut rattacher au moins six membres (le cas du juge libanais est plus complexe) et à la common law, quatre membres (le droit philippin influencé par le droit espagnol et la common law pouvant être considéré comme un droit mixte).

En ce qui concerne la recherche des principes généraux de droit, le problème n'est pas de savoir si cette composition constitue un heureux compromis au point de vue politique, ni même si l'influence respective des différents systèmes juridiques s'y reflète. Rechercher un principe général de droit ne consiste pas à attribuer des coefficients à chaque famille juridique selon le nombre de droits nationaux que l'on croit pouvoir y inclure mais à établir, sans aucun souci de dosage, que le principe existe bien dans chacun de ces grands systèmes. Il faut donc d'une part que tous soient représentés et, d'autre part, qu'aucun n'ait une prédominance sur les autres - quel que soit le nombre de pays qui s'y rattachent. Comme on l'a constaté la première condition n'est pas respectée. La seconde non plus : alors que quatre juges sont formés, sans discussion possible, à des droits purement latins, il est difficile de considérer que le droit suédois est le type même des droits germaniques. De même un important "sous-système" de la famille socialiste, le droit chinois, n'est pas représenté alors que la Chine

Populaire était, au moment du dernier renouvellement de la Cour, rétablie dans ses droits aux Nations Unies (46).

Il n'en reste pas moins que la composition actuelle de la Cour mondiale est plus satisfaisante aujourd'hui qu'elle ne l'a jamais été et respecte mieux l'esprit de l'article 9 du Statut qu'auparavant. Au moment de son élaboration HAGERUP avait estimé cette disposition inutile, la Cour devant se prononcer conformément au droit international (47) mais le rapport final du Comité avait insisté sur sa nécessité afin que la Cour puisse toujours s'assurer que,

" au moment où un système de droit est engagé dans un litige, les
 " autres systèmes de droit puissent être immédiatement rapprochés
 " de manière que ce soit vraiment l'esprit juridique de toutes les
 " nations qui se tiennent en permanence au siège " (48),

préoccupation que l'on ne peut manquer de rapprocher de la disposition visant les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées".

Malgré cela le Conseil et l'Assemblée de la S. d. N. n'ont jamais désigné de représentants du droit soviétique (même lorsque l'U. R. S. S. fut entrée dans l'Organisation) ni du droit musulman, montrant bien ainsi la signification limitée qu'avait le mot "civilisé" avant 1945. En revanche, la famille germanique fut constamment représentée à la Cour Permanente de Justice Internationale par un juge néerlandais et, de 1931 à 1935, par un Allemand (SCHÜCKING). Au contraire aucun juge familier du droit germanique à proprement parler ne fut élu à la Cour actuelle (sauf à considérer le Norvégien KLAESTAD - juge de 1946 à 1961 - et le Suédois PETREN comme représentant ce système) ; l'admission de la République Fédérale à l'O. N. U. modifiera peut-être cet état de chose lors des élections de 1975. Quant à la Chine - au droit moins original qu'aujourd'hui, à l'époque - elle eut droit à un juge suppléant de 1922 à 1930 et à un membre "à part

(46) Résolution 2758 (XXVI) de l'Assemblée Générale en date du 25 octobre 1971.

(47) V. P.-V. p. 358s.

(48) P.-V., p. 710.

entière" de 1931 à 1945 ; de même qu'à la Cour Internationale de Justice un Formosan a toujours siégé (jusqu'en 1967). Le système indien enfin n'a été représenté que de 1952 à 1953 et depuis le 6 février 1973 (49).

En dépit de progrès dans la composition de la Cour, eu égard du moins à la confiance que l'on peut accorder à "l'intuition" de ses membres pour rechercher un principe général de droit, on peut regretter que la Cour ait vocation à appliquer essentiellement des principes d'applicabilité universelle. En effet, la présence des juges ad hoc et nationaux dans la formation de jugement pourrait inciter à penser que la Cour va appliquer des principes communs aux deux parties - principes dont on a vu qu'aucun argument ne démontre l'illégalité - mais, en fait, elle semble n'y avoir jamais eu recours ; cela s'explique dans la mesure où les juges appartenant à des systèmes de droit qui ne reçoivent pas ces principes, marquent vraisemblablement une grande répugnance pour en faire usage. Or, il peut fort bien arriver que les parties, si elles relèvent de la même famille juridique, soient disposées, et même désireuses de voir le litige les opposant tranché sur la base des principes qui leur sont communs. La réforme du Règlement, adoptée le 10 mai 1972 peut apporter un remède à cette situation car le nouvel article 26 prévoit que la chambre, prévue par l'article 26 paragr. 2 du Statut, est composée après consultation des agents des Etats par le Président ; les parties pourront ainsi manifester le désir que les juges appelés à y siéger soient choisis parmi les ressortissants d'Etats ayant des systèmes juridiques voisins des leurs.

Ce qui importe avant tout, c'est que la composition des organes arbitraux internationaux correspondent à leur mission. Or, celle de la Cour est multiple ; il paraît normal que les formations de jugement soient multiples aussi et que les principaux systèmes de droit du globe y soient représentés lorsqu'elle est appelée à trancher un problème d'intérêt général ou concernant des parties appartenant à des familles juridiques nettement distinctes alors que pour employer des

(49) Sur la représentation des divers systèmes juridiques au sein de la Cour mondiale, v. le tableau joint, page suivante).

Périodes	Système ROMANO-GERMANIQUE				Système SOCIALISTE		COMMON LAW		DROITS RELIGIEUX & TRADITIONNELS
	Latin		Germanique		Type URSS	Type CHINE	-	"impur"	NELS
	-	"impur"	-	Scandinave			-		
1922-30	5(+1)	(+1)	1	1 (+1)			2		2 (+1)
1931-45	8	1 (+1)	2(+1)	(+1)			2		2
1946-49	6			1	3		3		2
1949-52	6			1	3		3		2
1952-55	6			1	1		3	1	3
1955-58	5			1	3		3		3
1958-61	6			1	2		3		3
1961-64	7				2		3		3
1964-67	5	1			2		3		4
1967-70	4	1		1	2		2	1	3
1970-73	4	2		1	2		2	1	2
1973-76	4	2		1	2		2	2	1

LA REPRESENTATION DES DIFFERENTS SYSTEMES JURIDIQUES A LA C.P.J.I.
ET A LA C.I.J. (1922-1973)

- 1 - Pour la C.P.J.I., les systèmes représentés par des juges suppléants ont été indiqués entre parenthèses.
- 2 - Les systèmes latin et de "common law" sont qualifiés d'"impurs" soit pour désigner les droits slaves avant 1945 ; soit pour désigner les droits des anciennes colonies françaises ou anglaises d'Afrique ou d'Asie (les droits d'Amérique Latine ont été considérés comme appartenant purement et simplement au système latin)
- 3 - Ont été considérés comme "droits religieux et traditionnels", les droits chinois et formosan, japonais et musulman.
- 4 - Le droit philippin étant un droit "mixte", influencé également par le droit latin et la "common law" n'est pas inclus dans ce tableau.
M. BENGZON, juge de nationalité philippine a été élu en 1970.

principes d'applicabilité restreinte il est préférable que ne siègent que des juges dont les droits nationaux sont proches de ceux des parties.

Ce dernier problème ne concerne par les Tribunaux Administratifs de l'O. I. T. et des Nations Unies qui ont une fonction beaucoup plus spécifique. Mais il n'en reste pas moins qu'au sein de ces derniers organes juridictionnels internationaux, il est nécessaire que se retrouvent des personnes de traditions juridiques variées.

C'est pourquoi les statuts de la plupart des Tribunaux Administratifs prévoient que leurs membres doivent appartenir à des nationalités différentes (50). Il est très remarquable à cet égard de constater que cette exigence n'était pas prévue par le statut initial de la Commission de Recours de l'O. E. C. E. et fut ajoutée par la suite (en 1956).

Mais cette diversité des nationalités des membres ne constitue qu'une garantie partielle dans la mesure où il faut encore que les Etats d'origine aient des systèmes juridiques suffisamment divers pour que les principes dégagés soient réellement d'applicabilité universelle. A cet égard, malgré la satisfaction affichée par la plupart des commentateurs (51), la composition des Tribunaux Administratifs de l'O. I. T. et de l'O. N. U. laisse beaucoup à désirer : en 1968, le premier comptait des membres français, suisse, anglais, allemand (R. F. A.) et deux suppléants, un Indien et un Américain qui ne siègent pas en fait, et le second était composé de ressortissants de l'Egypte, des Etats-Unis, de la France, de l'Inde, du Royaume-Uni et de l'Uruguay. Si ce dernier est un peu plus "ouvert" que le Tribunal de l'O. I. T., il n'en reste pas moins que le droit des pays socialistes n'est représenté ni dans l'un, ni dans l'autre, et que l'influence des pays les plus développés d'Europe occidentale (et des Etats-Unis) y est prépondérante.

Il est vrai que l'on a tenté de pallier cet inconvénient en tirant le profit maximum de la diversité limitée existante.

(50) T. A. S. d. N. : article III-1 ; T. A. O. I. T. : article III-1 ; T. A. N. U. : article 3-3

(51) V. notamment Suzanne BASTID, "Le Tribunal Administratif des Nations Unies" E. D. C. E., 1969, p. 25s. ; Mohammed BEDJAOUI, Fonction publique internationale et influences nationales, préc., p. 438 ; et Francis WOLF, "Le Tribunal Administratif de l'O. I. T.", E. D. C. E., 1969, p. 39.

" La composition du groupe chargé de l'examen de chaque affaire
 " conduit à faire délibérer des personnes de formation et d'expé-
 " rience très diverses ; l'absence de rapporteur, la tradition d'une
 " discussion minutieuse du ou des projets ont eu pour conséquence
 " de réduire considérablement les références à tel ou tel système
 " national de droit souvent abondamment cité dans la procédure.
 " Sans doute en trouve-t-on certains exemples, mais ils sont ra-
 " res. Il arrive que la solution dans un litige puisse apparaître
 " aisée par référence à telle théorie bien établie en droit adminis-
 " tratif français comme la théorie du retrait des actes juridiques,
 " mais le plus souvent, elle est ignorée de certains membres du
 " Tribunal et il faut utiliser un système de raisonnement accepta-
 " ble par tous. Il serait cependant inexact de penser que lorsque
 " le droit écrit ou la jurisprudence antérieure ne permet pas de
 " donner une solution, les principes généraux du droit applicables
 " soient déterminés à la suite d'une étude scientifique de droit
 " comparé " (52).

Une fois de plus l'on retrouve donc l'empirisme et l'intuition qui caractérisent le plus souvent la recherche des principes généraux de droit par les organes juridictionnels internationaux - attitude fondée sur le postulat que si des juristes d'origines variées peuvent se mettre d'accord sur certains principes, si, au fond, leur sensibilité juridique propre ne proteste pas contre le recours à telle ou telle notion, c'est qu'il s'agit bien d'un principe général de droit.

On peut se demander enfin si un juge ressortissant de chaque partie au différend doit être nommé et concourir à la décision (toujours au seul point de vue des questions traitées ici) (53).

En ce qui concerne les tribunaux de caractère régional, ou formés entre deux Etats, il sera souvent possible qu'un juge de chaque nationalité participe au délibéré (cas, par exemple, de la Cour Centre-américaine de Justice) ; mais cette précaution n'est pas prise lorsqu'il s'agit d'unions assez fortement intégrées comme les Communautés Européennes. Au point de vue de la recherche des principes généraux de droit cette solution ne présenterait un réel inconvénient que si les Etats membres appartenaient à des systèmes juridiques très divers. Néanmoins, l'entrée de la Grande-Bretagne et de l'Irlande dans l'Organisation conduit à souhaiter qu'il y ait toujours un juge familier avec les

(52) Suzanne BASTID, *Ibid.*, p. 26.

(53) V. Jean-François LACHAUME, "Le juge *ad hoc*", *R.G.D.I.P.*, 1966, pp. 265 à 358.

modes de pensées de la common law parmi les magistrats du siège. (On peut espérer aussi que l'un des membres de la formation de jugement soit habitué au droit germanique. Pour des raisons d'équilibre politique il est, par contre, sans doute peu réaliste d'émettre le vœu qu'un juge danois soit appelé à participer à tous les délibérés).

Lorsque le tribunal n'est appelé à trancher un différend que sur la base du droit international général et des principes généraux d'application universelle, il n'y a aucune raison particulière d'exiger qu'un juge "national" soit nommé. En effet, indépendamment des raisons de politique jurisprudentielle qui incitent en général les tribunaux internationaux à montrer que le principe appliqué est bien reçu dans le droit particulier du pays concerné, cette exigence n'a pas de raison d'être, semble-t-il (v. supra, p. 231). Du reste, on peut noter que le Statut de la Cour de La Haye lui-même laisse la place à des hypothèses dans lesquelles un ou plusieurs Etats parties ne compteront pas de juge national ou de juge ad hoc (cas où les parties s'abstiennent d'en désigner ou litige opposant deux groupes d'Etats, un seul juge ad hoc pouvant être nommé pour représenter chacune de ces parties "multiples").

Paragr. 3. Le droit romain comme manifestation de cette démarche intuitive.

"Diligentia quam in suis" (54), "causa proxima non remota inspicitur" (55), "res judicata" (56), "non bis in idem" (57) ... Les parties comme leurs juges ont très fréquemment fait appel à des maximes latines pour exprimer un principe général de droit dans de nombreux domaines : en matière d'interprétation ("ejus est interpretari

(54) Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne - Royaume-Uni), Sentence de Max HUBER, 1^{er} mai 1925, R.S.A.N.U. II, p. 644.

(55) Affaire du Newchwang (Grande-Bretagne - Etats-Unis), C. P. A. (Président FROMAGEOT), 9 décembre 1921, R.S.A.N.U. VI, p. 68.

(56) Ibid., p. 65 ; Service postal polonais à Dantzig, C.P.J.I., série C, n° 8, consultation VERZIJL jointe au Mémoire du Sénat de Dantzig, p. 340, etc.

(57) Jaworzina, C.P.J.I., série C, n° 4, discours KRNO (Tchécoslovaquie), p. 64.

cujus condere " (58), "lex specialis derogat generali" (59), "jus posteriori derogat priori" (60), etc.), comme en matière de nullités ("Ex una causa nullitas" (61), "utile non debet per inutile vitiari" (62), etc.) dans les domaines de la compétence, de la preuve ou de la procédure ("audiatur et altera pars" (63), "actori incumbit probatio" (64) ou "reus in excipiendo fit actor" (65), "locus regit actum" (66), etc...) ou pour préciser la règle de la bonne foi ("non concedit venire contra factum proprium" (67), "fraus omnia corrumpit" (68), "tu patere legem quam fecisti" (69), "expressio unius est exclusio alterius" (70) etc...) ou encore en matière de succession ("res transit cum onere suo" (71),

(58) Ibid., discours MROZOWSKI (Pologne), p. 23.

(59) Affaire du "Kronprinz Gustav Adolf" (Suède - Etats-Unis), sentence rendue le 18 juillet 1932 par Eugène BOREL, R.S.A.N.U. II, p. 1239s. ; Droit des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), C. P. J. I. série C, n° 14 (II), Réplique du gouvernement allemand, p. 277.

(60) Application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt. C. I. J., Rec. 1958, op. individ., MORENO QUINTANA, p. 107.

(61) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1971, op. individ. de CASTRO, p. 179.

(62) Certains emprunts norvégiens, arrêt, C. I. J., Rec. 1957, op. individ. LAUTERPACHT, p. 57 ; C. I. J., Mém., Droit de passage sur territoire indien, vol. IV, plaidoirie de BOURQUIN, p. 145s.

(63) Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1950, op. diss. WINIARSKI, p. 92.

(64) Phosphates du Maroc, C. P. J. I., série C, n° 84, nouvelles observations italiennes, p. 794.

(65) Ibid.

(66) Affaire Carlos Klemp (Commission Mixte Allemagne - Mexique), 11 avril 1927, opinion du commissaire mexicain F. I. CALDERON, R.S.A.N.U. V, p. 582 ; affaire Ruth Mabel Roeburn (Commission de Réclamations Grande-Bretagne Mexique), décision n° 38, 13 mai 1931, Rec. décisions Com., p. 55.

(67) Emprunts serbes, C. P. J. I., série C, n° 16 (III), Discours DEVEZE (Etat serbe croate-slovène), p. 157.

(68) Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, C. P. J. I., série C, n° 9 (I), discours MROZOWSKI (Pologne), p. 41.

(69) Jaworzina, C. P. J. I., série C, n° 4, discours MROZOWSKI (Pologne), p. 42.

(70) Affaire Salem (Egypte - Etats-Unis), sentence rendue le 8 juin 1932 par un tribunal arbitral présidé par Walter SIMONS, R.S.A.N.U. II, p. 1207.

(71) Colons allemands en Pologne, C. P. J. I., série C, n° 3, vol. III (2), observations de la Prokuratorja generalna (Pologne), p. 913 ; vol. III (1), discours POLLOCK (Pologne), p. 533 et SCHIFFE (Allemagne), p. 638 ; Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, C. P. J. I., série C, n° 11, vol. I Mémoire du gouvernement allemand, p. 377.

"nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" (72) etc.). Ces citations (comme ces références) pourraient être multipliées ; on pourrait mentionner également de nombreuses décisions invoquant expressément l'autorité du Digeste (73). L'ouvrage de M. Bin CHENG consacré à l'étude des principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale est d'ailleurs un véritable catalogue de maximes latines (74).

Les fondateurs du droit international, fuyant l'imprécision du droit naturel ont eu largement recours au droit romain.

" Le droit romain a toujours été pour les jurisconsultes une source
 " presqu'inépuisable de décisions. Les internationalistes n'ont pas
 " échappé à la loi commune : s'ils ont moins ouvertement que les
 " civilistes proclamés son autorité, ils se sont conformés avec le
 " même empressement à sa lettre et à son esprit " (75),

écrit PILLET, pour le regretter. Une grande partie de la doctrine anglaise et américaine au moins jusque vers les années 1920 a même été jusqu'à considérer le droit romain comme une véritable source du droit international (76). Plus prudents, les auteurs français de la même époque estimaient que les principes du droit romain s'appliquaient "par analogie" au droit des gens (77). Plus récemment, Torsten GIHL, estimait que l'article 38 impliquait une sorte de généralisation des règles

-
- (72) Ibid. (Colons allemands, discours SCHIFFER, p. 638) ; Certains intérêts allemands... , mémoire allemand, p. 377 ; affaire franco-hellénique des phares, arrêt, 1934, C.P.J.I., série A/B, n° 62, op. individ. SEFERIADES pp. 49-50 ; Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, op. diss. FITZMAURICE, p. 264.
- (73) V. par exemple Affaire Yuille, Shortridge et Cie (Grande-Bretagne - Portugal), sentence rendue par le Sénat de Hambourg le 21 octobre 1861, R.A.I. II, p. 108 ; affaire de l'Ile de Timor (Pays-Bas - Portugal), sentence de la C.P.A. (Président E. LARDY), 25 juin 1914, R.S.A.N.U. XI, p. 497 ; Souveraineté sur certaines parcelles frontalières, arrêt, C.I.J., Rec. 1959, op. diss. MORENO QUINTANA, p. 255. V. aussi Statut juridique du Groënland oriental, C.P.J.I., série C, n° 63, réplique danoise, pp. 737-738.
- (74) General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, préc.
- (75) A. PILLET, Les fondateurs du droit international, Introduction, préc., p. XI.
- (76) V. les exemples donnés par Hersch LAUTERPACHT, Private law sources... , préc., pp. 29-30.
- (77) V. par exemple Alphonse RIVIER, Principes du droit des gens, L. G. D. G., Paris, 1896, I, p. 33.

du droit romain (78) et cette opinion, pour excessive qu'elle paraisse, pourrait en effet être confortée par certains échanges de vue au sein du Comité de juristes de 1920 (79).

Ces exemples montrent l'extraordinaire influence du droit de l'ancienne Rome sur le droit international en général et, plus précisément, ses rapports avec les principes généraux de droit. D'une part, en effet, le droit romain apparaît comme la raison écrite, la perfection atteinte par le raisonnement juridique, d'autre part il est réputé former le fondement commun de tous les systèmes juridiques des peuples "civilisés". Les plaidoiries des parties dans l'affaire des préférences vénézuéliennes sont très explicites à cet égard :

" The three allied Powers naturally seek, as we do, to establish their contentions on the rules of civil and Roman law, the ius gentium, "par excellence" (80).

" The principle by which this matter should be governed in international law is laid down in the legal system exhibited by the "ius" and "lex" and the opinions of Roman juriconsults. Rome has given a body of laws to all nations, called the law of nature (...). By the general consent of nations the rules of Roman law were adopted especially in the matter of contracts " (81).

Même les pays dont le droit a le moins subi l'influence du droit romain, en particulier les Etats scandinaves, n'hésitent pas à faire appel aux

-
- (78) Torsten GIHL, International Legislation (An Essay on Changes in International Law and International Legal Situations) (traduit du suédois par Sydney J. CHARLESTON), Oxford University Press, 1937, p. 106.
- (79) Par "principes généraux du droit", Lord PHILLIMORE a voulu dire "maximes du droit" - P.-V., p. 336.
- (80) "Les trois puissances alliées cherchent naturellement à établir leurs prétentions sur des règles du droit civil et romain, le "ius gentium" par excellence", Replique espagnole, The Venezuelan Arbitration before the Hague Tribunal, Proceedings of the Tribunal, U.S. Senate Doc. 58ème Congrès, 3ème session, p. 1094. Cité par Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources ..., préc., p. 251 ; la sentence est reproduite in R.S.A.N.U., IX, p. 100 s.
- (81) "Le principe qui doit s'appliquer dans ce domaine en droit international est posé dans tout système juridique comme cela est montré par le ius, la lex et les opinions des juriconsultes de Rome. Rome a donné à tous les peuples un corps de règles appelé le droit de la nature (...). Du fait de l'accord des nations, les règles du droit romain ont été adoptées, notamment en matière de contrats", U.S. Senate Doc., p. 860, LAUTERPACHT, p. 251.

principes de ce droit. Ainsi, dans l'affaire de la région de Grisbådarna, la Suède s'appuya sur des notions de droit romain que la Cour a semblé retenir (82).

Quelle que soit la part de fiction qu'il y a dans le fait de considérer que le droit romain est à l'origine des systèmes juridiques de la plupart des Etats du monde, on ne peut que constater que cette fiction est vivace et solidement implantée dans l'esprit des internationalistes qui voient dans ce droit un réservoir d'idées partagées, un droit concordant, un langage commun. "Comme le latin était jusqu'à l'époque moderne la langue internationale des savants, ainsi le droit romain est resté la propriété commune des juristes de tous les pays" (83). On peut se demander cependant si le déclin enregistré un peu partout (notamment en France) dans l'enseignement et du latin et du droit romain ne produira pas un changement à cet égard.

Pour l'instant, en tout cas, les formules latines apparaissent nettement comme une sorte de "parapluie", de gage de sérieux, même si elles ne constituent, en fait, que des solutions de facilité, dispensant juges et parties de se livrer à une étude comparative vraiment poussée. Le droit romain peut donc être considéré comme la manifestation de la démarche intuitive que suit en général le juge international lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un principe général de droit ; il constitue une sorte de succédané, d'ersatz du droit comparé.

Si le tribunal arbitral ou la juridiction qui tranche un différend sur la base de principes généraux de droit est composé de manière à ce que les principaux systèmes juridiques de la terre y soient représentés (dans le cas, du moins des principes d'applicabilité générale), on peut légitimement penser que le travail comparatif, en principe

(82) Affaire de Grisbådarna (Suède - Norvège), C. P. A. (Président LOEFF), 23 octobre 1909 ; Scott, p.487 s. V. aussi Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources..., préc., p.264.

(83) Max SØRENSEN, Les sources du droit international, préc., p.142.

nécessaire, est effectué de la manière la plus satisfaisante possible : naturellement, "sans y penser" en quelque sorte. Les difficultés inhérentes à toute comparaison juridique - en particulier le niveau d'abstraction auquel on doit se placer - se trouvent, de cette manière, résolues empiriquement, souvent par l'invocation d'une maxime latine, sans pour autant, cesser de donner les garanties que présente une étude de droit comparé : l'accord spontané des membres du tribunal convenablement choisis constituant la plus solide des garanties.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Examinant "le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C. E. C. A." (84), le professeur RIVERO propose de distinguer les "influences subies" s'exerçant sur les juges de Luxembourg, des "influences voulues" ; ces dernières étant conscientes et calculées alors que les magistrats, qu'ils le désirent ou non sont influencés par leur origine nationale, leur formation, certains termes utilisés plutôt que d'autres par le Traité de Paris, etc. . . .

Si l'on transpose cette analyse au droit international général il apparaît assez nettement que, malgré des tentatives, parfois convaincantes pour effectuer, conformément aux injonctions de la doctrine, des études de droit comparé, les juges et les arbitres internationaux font en général plus confiance à leur intuition pour découvrir, dans les principaux systèmes juridiques du monde, des principes généraux communs. On pourrait dire que la constatation des convergences des "influences subies" et inéluctables s'exerçant sur les juges suffit à remplacer la nécessité d'une confrontation plus systématique des diverses familles de droit. Le réflexe l'emporte ici sur la réflexion, la spontanéité, sur la volonté. Il est permis de s'en réjouir.

(84) Jean RIVERO, A. F. D. I., 1958, pp. 295-308.

CONCLUSION DU TITRE Ier

La pratique corrige donc par une approche très pragmatique et intuitive ce que l'origine des principes a d'artificiel. S'il n'est, apparemment, pas "naturel" de devoir prouver l'existence d'une règle applicable en droit des gens en examinant le droit interne des Etats, cet examen se réduit, sans grand inconvénient dans la plupart des cas, à une impression : ce principe qui m'est familier est reconnu par tous les systèmes juridiques ou, du moins, par ceux dont, compte tenu des circonstances la convergence importe (c'est-à-dire au minimum ceux des pays en litige s'il s'agit de principes d'applicabilité locale) ; et, si je suis membre d'un tribunal comprenant plusieurs personnes, la constatation que mes collègues pensent la même chose donne à mon intuition une valeur d'autant plus grande que leurs origines sont plus diverses.

Mais il ne s'agit là que de la première étape du raisonnement sur la base duquel les principes sont mis en oeuvre en droit international. Pour l'instant, seul ce premier temps a été décrit : la méthode selon laquelle l'existence d'un principe juridique commun à toutes les nations est déterminée. Mais la reconnaissance d'un principe par le droit interne de tous les Etats n'entraîne pas forcément son applicabilité dans l'ordre international.

" Nous avons besoin d'une méthode ou d'un moyen pour distinguer
 " les principes qui acquièrent un caractère international de ceux
 " qui ne l'acquièrent pas " (1).

(1) James Leslie BRIERLY, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I. 1936 - IV, n° 58, p. 77.

Titre II

Une méthode de transposition empirique

" Le recours aux principes généraux, écrit Charles de VISSCHER, s'effectue par un double processus d'abstraction d'abord, de généralisation ensuite, qui, dépouillant les règles du droit interne des particularités nationales dont les a revêtues une élaboration technique beaucoup plus poussée, permet, par un effort de synthèse de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables. Dans ce processus, ce qui est décisif, ce n'est pas la similitude extérieure des institutions ou des règles que l'on confronte entre elles. C'est le principe sous-jacent qui leur est commun et qui les explique.

" Il ne s'agit donc jamais ici d'un transfert pur et simple des éléments du droit interne dans le droit international. Il s'agit d'abord de dégager de leur convergence l'existence d'un principe qui explique des nécessités communes ; de vérifier ensuite jusqu'à quel point ces nécessités se retrouvent dans l'ordre international et y justifient l'application du même principe. Ainsi compris, le recours aux principes généraux de droit relève jusqu'à un certain point de ce que l'on dénomme la politique juridique " (1).

Il ne suffit donc pas de constater l'existence dans les droits internes des Etats de règles similaires, il faut encore s'assurer que ce principe peut être transposé en droit international. Comme lorsque l'on effectue une greffe médicale, il faut se prémunir contre tout phénomène de "rejet" par le droit des gens de ce corps étranger qu'est un principe issu des droits nationaux, vérifier qu'il n'y a entre le receveur (le droit international) et le donneur (l'ensemble des droits internes) aucune incompatibilité en ce qui concerne l'organe transplanté (le principe général que l'on entend appliquer).

Selon un schéma idéal, cette opération pourrait se décomposer ainsi :

(1) Charles de VISSCHER, Théories et réalités en droit international public, Pédone, Paris, 1970, p. 419.

1. dans un premier temps, réunion des données permettant de s'assurer qu'un principe existe et remplit des fonctions semblables dans les différents droits internes (démarche décrite dans le titre précédent) ;
2. puis, étude des caractères propres du droit international dans son ensemble et du domaine particulier dans lequel on veut utiliser ce principe pour savoir si les mêmes raisons qui expliquent sa reconnaissance in foro domestico sont présentes aussi dans l'ordre international ;
3. enfin, si ce double examen est positif, application du principe à une espèce concrète.

A vrai dire pas plus que la première étape, la deuxième, qui supposerait un raisonnement par analogie très rigoureux, n'est, en fait, réductible à une démarche scientifique pure de toute intuition. Il est cependant possible d'étudier d'abord brièvement et de manière assez abstraite le phénomène de la transposition des principes du droit interne au droit international, (chapitre I), avant de montrer quelles déformations les nécessités pratiques font subir à ce schéma idéal (chapitre II).

Chapitre I^{er} - Le phénomène de la transposition.

Sommairement décrite la réception en droit international des principes généraux s'analyse en une véritable "transubstanciation", notion propre à galvaniser les sectarismes et à encourager l'ardeur dogmatique des internationalistes. Dans cette guerre des dogmes, il était inévitable que beaucoup s'insurgent contre ce qu'ils dénoncent comme un mélange des genres inacceptable et refusent de concevoir que des règles juridiques d'origine interne puissent recevoir application en droit international. De telles argumentations semblent cependant partir d'a priori que l'observation condamne (Section 1). Il est vain de nier une réalité parce qu'elle n'est pas conforme à ce que l'on voudrait qu'elle soit ; mieux vaut essayer d'analyser le raisonnement qui est à l'origine de ce phénomène (Section 2).

Sect. 1 - Aucune objection théorique contre la transposition des principes généraux communs en droit international n'est déterminante.

Que l'on soit dualiste ou moniste, on ne peut que constater, "en fait, un manque de continuité tout à fait frappant entre le droit interne et le droit international qui se développent chacun suivant sa dynamique propre" (1). Cette remarque d'évidence a conduit de nombreux auteurs à défendre la thèse selon laquelle il est impossible de transposer un principe de l'ordre juridique étatique à l'ordre international (Paragr. 1) ; une telle attitude exagère la spécificité des deux ordres juridiques et méconnaît la réalité (Paragr. 2).

Paragr. 1. La théorie de la transposition impossible (2).

Les auteurs qui rejettent l'idée même de la transposition

(1) Michel VIRALLY, "Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes", Mémoires de ROLIN, p.491.

(2) Ce problème a déjà été abordé sous un angle différent dans le titre I^{er} de cette partie : il s'agissait alors d'établir que les principes pouvaient être recherchés dans les ordres internes ; nous tentons maintenant de montrer qu'ils peuvent être transposés d'un ordre dans l'autre. Les démonstrations se recoupent mais ne se superposent pas (v. supra pp. 197-201).

des principes communs aux différents droits internes en droit international s'appuient essentiellement sur deux arguments : d'une part le droit des gens constitue un système juridique autonome et des principes généraux dont l'origine est extérieure ne sauraient y faire droit ; d'autre part leur volonté peut seule lier les sujets du droit international. Or les principes communs même s'ils sont déduits de règles voulues par les Etats, ne sont pas, au départ, destinés à lier ceux-ci sur le plan international. La première de ces objections se rattache au courant dualiste, tandis que la seconde découle d'un volontarisme strict (v. supra, p. 197s.).

" The supreme law of all members of the family of nations is not its domestic law but is international law " (3).

On ne saurait dire plus nettement que le droit interne est un " simple fait " au regard du droit international et qu'il n'existe aucune " passerelle " entre les deux ordres juridiques. A un contexte différent, à des types de relations fort éloignées, doivent correspondre des règles distinctes.

" Comment au droit des gens les " principes généraux de droit " ne seraient-ils pas étrangers ? M. VERDROSS, lui-même reconnaît que ces principes sont nés dans la vie interne des Etats, sur tout dans leur droit civil, c'est-à-dire dans une sphère qui n'est pas celle des rapports entre Etats. Pour être applicables d'emblée par l'arbitre, sans autorisation expresse et préalable des parties, les principes généraux du droit devraient subir la preuve que, par voie de transposition dans la coutume internationale, ils se soient trouvés indubitablement incorporés au droit des gens " (4).

En réalité, les auteurs qui se font les avocats de cette théorie, se posent du même coup en défenseurs de la " pureté " du droit international qui, selon eux, doit poursuivre un développement autonome car les intérêts qu'il protège seraient supérieurs, plus nobles que ceux qu'a

(3) " La loi suprême de tout membre de la famille des nations n'est pas son droit interne, mais est le droit international ", Affaire de l'International Fisheries Co., General Claims Com. (Etats-Unis - Mexique), op. diss. du commissaire américain NIELSEN, R. S. A. N. U. IV, p. 709 (date non précisée).

(4) Marcel SIBERT, Traité de droit international public, préc., II, p. 33. C'est l'auteur qui souligne.

en vue le droit interne (5). Et même si, parfois, cette doctrine admet qu'il peut y avoir des ressemblances entre les situations que régit le droit interne et celles qui sont soumises au droit des gens, elle précise aussitôt : "on peut jusqu'à l'infini accroître et préciser l'analogie, on ne parviendra jamais à l'identité" (6).

Cette autonomie à peu près totale des deux ordres juridiques l'un par rapport à l'autre a pour conséquence logique que pour acquérir une quelconque valeur normative dans la sphère des relations internationales les principes doivent passer par le processus créateur de règles propre au droit international ; une norme juridique internationale doit leur conférer efficacité et existence. Or, pour la quasi-unanimité de ces auteurs, la seule volonté de l'État, exprimée dans la sphère internationale, peut créer des normes du droit des gens.

M. HERCZEGH a fort bien résumé cette attitude qu'il approuve :

" The identity of some of the principles incorporated in the statutory or municipal law of the different states is not the outcome of an agreement of will of two states or more to this effect. Consequently these principles are not legal rules created by two or more states and are not destined to bring under regulation relations between a state and others " (7).

Partagé, semble-t-il, par la plupart des auteurs socialistes (8), cette thèse a reçu également l'appui de très nombreux volontaristes occidentaux (9).

-
- (5) En ce sens v. A. P. SERENI, Principi di diritto e processo internazionale, préc., p. 11. Pour une vigoureuse et convaincante réfutation de cette attitude v. Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources, ..., préc., p. 72s.
- (6) Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public", préc., p. 460.
- (7) Géza HERCZEGH, General Principles of Law and the International Legal Order préc., p. 97. L'ensemble du passage est cité et traduit supra, p. 198.
- (8) V. notamment, Gregori TUNKIN, "General Principles of Law in International Law", préc., p. 528.
- (9) Cf. Elfried HÄRLE, "Les principes généraux de droit et le droit des gens", préc., p. 675 ; Ricardo MONACO, Manuale di diritto internazionale pubblico e privato, Unione Tipografico, Turin, 1949, p. 61 ; Heinrich TRIEPEL, "Les rapports entre le droit interne et le droit international", R.C.A.D.I., 1923-I, n° 1, p. 82 et 87.

Ces théories dont la Cour Permanente de Justice Internationale a semblé admettre le bien-fondé dans son arrêt n° 7 (10) paraissent être à l'origine d'une curieuse décision rendue par la General Claims Commission (Etats-Unis - Mexique) qui s'est refusée à faire appel aux principes généraux de droit interne sous prétexte que le droit international doit être le même pour tous les Etats (11). Et certains avocats ont, devant la Cour de La Haye, émis des doutes sur la possibilité de transposer un principe d'un ordre juridique dans l'autre... si, du moins, ce principe allait à l'encontre de la thèse qu'ils défendaient (12).

Paragr. 2. Rien ne s'oppose à la transposition de principes du droit interne en droit international.

Il suffirait sans doute de renvoyer à la jurisprudence nombreuse et concordante citée dans la première partie de cette étude, pour montrer à quel point les théories qui nient la possibilité de transposer en droit international des principes dont l'origine doit être recherchée dans les droits internes des Etats (v. aussi supra, p. 197s.) sont abstraites et ne tiennent pas compte des réalités - à moins qu'elles entendent contester la légalité de ces très nombreuses décisions ? Un certain nombre d'arguments contraires méritent cependant d'être brièvement avancés.

Le plus facile serait évidemment de se rallier aux doctrines monistes. Celles-ci conçoivent le droit international comme un ordre juridique total qui coiffe en quelque sorte les divers ordres juridiques étatiques (ou, au contraire, comme un ordre juridique délégué par le droit étatique, mais cela revient au même pour le présent

(10) Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I., série A, n° 7, p. 19 ("Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits", préc.).

(11) Affaire Fannie P. Dujay, executrix of the estate of Gilbert F. Dujay, 8 avril 1929, R.S.A.N.U. IV, p. 455s.

(12) Pour deux exemples très nets v. Jaworzina, C.P.J.I., série C, n° 4, Discours MROZOWSKI, p. 20 (MROZOWSKI a cependant à maintes reprises eu recours à des principes généraux) ; Usine de Chorzów, C.P.J.I., série C, n° 1: (II), duplique polonaise, p. 438.

problème) (13) ; et Georges SCELLE en déduit :

" Il est fort probable qu'il existe des règles de droit objectif nor-
 " matives, communes à toutes les sociétés civilisées, à un moment
 " donné (...) mais (...) c'est renverser les choses que d'en faire
 " des normes "empruntées" aux ordres juridiques internes. Si
 " elles sont du droit interne qui, par définition, DOIT, être con-
 " forme au droit international parce que subordonné, c'est parce
 " qu'elles sont des normes de l'ordre juridique international " (14).

Mais dire qu'une norme X, parce qu'elle est subordonnée à une nor-
 me Y qui fait partie de l'ordre juridique a, fait également partie de a,
 constitue un raisonnement fort discutable : la pomme est le fruit du
 pommier mais il ne suffit pas d'entasser ces fruits pour avoir un autre
 pommier ; une série d'opérations complexes peut seule aboutir à ce
 résultat. D'autre part, le monisme dans son ensemble, s'il apparaît
 assez satisfaisant pour l'esprit, cadre mal avec la pratique interna-
 tionale.

On pourrait également songer à faire appel aux doctrines
 du droit naturel et estimer avec LE FUR que si un principe est une
 "application directe du droit objectif ou naturel, c'est-à-dire de l'idée
 de justice (...), ce caractère justifie son application dans les rapports
 internationaux alors que, par hypothèse, il est resté jusque là confiné
 dans le droit interne des divers Etats " (15).

Exprimée ainsi, cette idée est choquante à plus d'un titre :
 ou bien ce "droit objectif" est un donné de la conscience et l'on fait la
 part trop belle à la subjectivité de l'interprète ; ou bien il est révélé par
 la concordance des droits internes et il n'est pas utile de lui attribuer le
 caractère de droit naturel ; de toute manière LE FUR n'indique pas com-
 ment l'on peut passer d'un ordre juridique à l'autre. Plus convaincante
 est la présentation qu'il a donnée à cette même idée dans son cours de

(13) V. Hans KELSEN, Théorie pure du droit, trad. Charles EISENMANN, Dalloz,
 Paris, 1962, notamment p. 435.

(14) Georges SCELLE, Manuel élémentaire de droit international public, Domat-
 Montchrestien, Paris, 1943, p. 400.

(15) Louis LE FUR, "La coutume et les principes généraux du droit comme source
 du droit international public", Rec. GENY III, p. 370.

l'Académie de Droit International en 1935 :

" la science du droit est une dans ses grandes lignes, à des besoins
" semblables doivent correspondre des règles semblables " (16).

Ce n'est pas parce que droit international et droits étatiques forment un seul ordre juridique que des principes tirés des droits internes sont applicables en droit des gens, c'est simplement parce que, bien souvent, un problème qui s'est déjà posé à l'intérieur des Etats se pose de la même manière - s'il s'agit de l'"internationalisation" d'un domaine qui ressortissait auparavant du droit interne (v. l'introduction) - ou de façon voisine, dans la sphère des relations internationales (17).

Rien n'empêche que si une situation se présente de la même manière devant deux ordres juridiques distincts, elle soit réglée de la même manière (à condition de tenir compte du contexte - v. infra, chapitre 2).

Il ne s'agit pas, en réalité, de transposer, en droit international des règles arithmétiquement déduites de la concordance des droits internes (et c'est pourquoi toute tentative pour codifier les principes généraux de droit peut laisser sceptique), mais de résoudre un problème donné à l'aide de "directives" que l'on est forcé de chercher ailleurs que dans le droit des gens, celui-ci n'ayant pas encore été affronté à une situation comparable, ou, en tout cas, pas assez fréquemment, pour que l'on puisse dire qu'existe une politique acceptée comme étant le droit (18).

La recherche des principes dans les systèmes juridiques étatiques constituent une garantie : la personne chargée d'en faire application s'assure ainsi que la règle qu'elle utilise ne correspond pas seulement à la notion idéale qu'elle a de ce qui est juste ; les principes

(16) "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 206.

(17) En ce sens, D. P. O'CONNELL, International Law, préc., I, p. 13.

(18) Sur ce point, v. infra, 3ème partie, titre II, chapitre 2. Les développements qui précèdent ne tendent pas à montrer que les principes généraux ne forment pas une source distincte du droit international, ils montrent seulement qu'ils sont très dépendants des circonstances concrètes.

reconnus in foro domestico sont en quelque sorte le "signe extérieur de la rationalité, qui seule importe au fond" (19), un test de justice, un "indice du status conscientiae des Etats, status conscientiae qui, lorsqu'il y a ressemblance entre les situations est également décisif pour l'ordre inter-étatique" (20). PRADIER-FODERE ne voulait sans doute pas dire autre chose lorsqu'il précisait :

" ceux qui s'occupent de droit international puisent dans les dispositions des législations positives internes des différents peuples des renseignements et notions utiles au point de vue des relations des nations entre elles " (21).

Il ne faut pas oublier que ce sont des hommes qui appliquent le droit international, des "hommes situés", des juristes qui, même s'ils se sont très tôt spécialisés en droit international ont fait des études de droit interne et, surtout, ont été des praticiens du droit privé ou public de leur pays avant de devenir des juges, des arbitres internationaux ou même des diplomates. Imprégnés des solutions données par le droit de l'Etat dont ils sont ressortissants, on ne peut guère leur demander de perdre la mémoire lorsqu'ils tranchent un problème de droit international ; exiger qu'ils confrontent ces solutions avec celles adoptées ailleurs est sans doute le plus que l'on puisse faire.

Pour décevantes qu'elles soient sur le plan théorique, ces remarques éclairent tout de même le caractère spontané et intuitif que revêt la démarche consistant à rechercher les principes généraux de droit, dans les systèmes juridiques étatiques.

Cette recherche ne se heurte d'ailleurs pas, semble-t-il, à plus d'objections de principe que le recours par des tribunaux judiciaires à des principes de droit administratif ou vice-versa, dans les pays du moins qui connaissent la distinction entre les deux régimes.

(19) Henri BATTIFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, préc., p. 148. V. aussi supra pp. 199-201.

(20) Rolando QUADRI, "Cours général de droit international public", R. C. A. D. I., 1964-III, n° 113, p. 351. Du même auteur, v. aussi Diritto internazionale pubblico, G. Priulla, Palerme, 1960, p. 102.

(21) Traité de droit international public européen et américain, préc., I, p. 89 (v. supra, p. 37).

" La réception dans l'ordre juridique international, sous forme de principes généraux, de règles de droit interne n'est pas sans présenter quelque analogie avec le problème que soulève en droit administratif l'existence de principes généraux issus du droit privé" (22).

Et c'est aussi, en droit interne, un très grand empirisme qui préside aux emprunts mutuels que se font le droit administratif et le droit privé.

" D'une manière générale les règles de procédure civile ne sont pas applicables par elles-mêmes devant les juridictions administratives. En dehors des cas où une disposition expresse en prononce l'extension à ces juridictions, elles ne valent devant celles-ci qu'à la double condition que leur application ne soit pas écartée par des lois spéciales de procédure y dérogeant expressément ou portant sur le même objet, et qu'elles traduisent des principes généraux de procédure dictés par le souci d'une bonne administration de la justice. Ainsi introduites dans la procédure administrative par le juge, elles y subissent au besoin l'adaptation qu'imposent les règles d'organisation ou de fonctionnement des juridictions intéressées ou la nature du contentieux en cause " (23).

Les principes généraux que l'on rencontre en droit interne apparaissent donc beaucoup plus comme "le reflet des conceptions que les membres d'une société se font du droit" à un moment donné que (comme) la transposition en droit public de règles posées par le Code civil ou par le Code de procédure civile " (24). De même que les règles codifiées du droit privé sont la limite de l'arbitraire du juge, l'instrument de référence lui indiquant la direction à suivre, de même les normes internes constituent pour le juge international ou, plus largement, pour toute personne qui invoque un principe général de droit dans l'ordre international, l'indice d'une solution raisonnable que, faute d'autres directives, il est possible de transposer d'un système juridique dans l'autre.

(22) Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préc., p. 210.

(23) Conseil de Préfecture de Rennes, 4 juillet 1953,

(24) Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préc., p. 138.

La justification que l'on peut donner du recours aux principes généraux de droit communs aux Etats est donc plus pratique que théorique - si du moins on envisage le problème sous un angle général car dans certains cas l'appel aux principes est expressément prévu par un texte de droit international (Statut de la Cour Internationale de Justice par exemple) (25).

C'est parce que, en définitive, la situation se présente, sur le plan international "de la même manière" que dans l'ordre interne, parce que les problèmes "se ressemblent", que l'on va recourir aux solutions tirées des droits étatiques ; et c'est parce que plusieurs sujets du droit des gens sont concernés que ces solutions ne pourront pas, en principe, être empruntées à tel ou tel droit national déterminé mais devront résulter de la confrontation de l'ensemble des réponses apportées par les droits nationaux à une question identique. Il faut donc recourir à un raisonnement par analogie que l'on peut essayer de décomposer.

Sect. 2 - Le raisonnement par analogie.

Malgré les certitudes que donne l'analyse déductive, qui, dans la mesure du possible, a été employée jusqu'à présent, il est difficile de partir des sentences pour reconstituer les raisonnements par lesquels le juge en arrive à utiliser un principe général de droit (et cela est vrai, a fortiori, pour les diplomates) car les décisions arbitrales ou juridictionnelles donnent, pour la plupart, peu d'indications sur ce point. Néanmoins, en utilisant les indices fournis par quelques rares sentences on peut tenter de reconstituer la démarche qui pousse, dans un cas concret, un interprète à faire application d'un principe. Après une description rapide du mécanisme de l'analogie (Paragr. 1), on étudiera de façon un peu plus précise une question qui divise la doctrine : le degré de "généralité" des principes (Paragr. 2).

(25) V. infra, 3ème partie, titre I, chapitre 2.

Paragr. 1. Le mécanisme de l'analogie.

Une convention, la résolution adoptée par une organisation internationale, une sentence arbitrale constituent en même temps des sources de droit international et des actes juridiques. Destinés à produire des effets de droit ils sont adoptés dans des formes solennelles et une trace écrite en est conservée ; la preuve de leur existence est donc facile à administrer et les problèmes posés par leur application sont essentiellement des problèmes d'interprétation.

Au contraire la mise en oeuvre des sources non écrites de la légalité posent des problèmes beaucoup plus difficiles à résoudre ; qu'il s'agisse de la coutume ou des principes généraux de droit leur existence résulte non d'actes juridiques, c'est-à-dire d'actes destinés à créer des effets de droit, mais de simples faits que le juriste prend en considération, rapproche les uns des autres, analyse et dont il tire des règles de droit.

" Les actes qu'on retrouve à l'origine d'une norme avait un tout autre objet que de la faire naître. C'est seulement par un raisonnement, par une démarche logique de l'esprit, partie de ces actes, que la norme peut être découverte " (26).

Cette "démarche logique de l'esprit", lorsqu'il s'agit d'appliquer un principe général de droit, c'est le raisonnement par analogie.

Exceptionnelles sont les décisions arbitrales ou juridictionnelles qui ont "qualifié" le mode de raisonnement suivi par le juge pour transposer des principes communs aux ordres juridiques internes des Etats en droit international. Dans son opinion dissidente souvent citée sur les affaires du Sud-Ouest africain, le juge TANAKA qui présente une véritable théorie des principes généraux de droit précise cependant :

" Au départ, les principes généraux sont censés être des principes de droit privé dégagés grâce à la méthode du droit comparé et

(26) Michel VIRALLY, La pensée juridique, préc., p. 149.

" applicables par analogie à des questions de caractère internatio-
 " nal. Ces principes, qui sont par nature communs à toutes les
 " nations, revêtent le caractère de jus gentium. Relevant initiale-
 " ment du droit privé et ayant le caractère de jus gentium, ils peu-
 " vent être incorporés au droit international pour être appliqués
 " par analogie à des questions de caractère "international" (27).

Le dictionnaire Larousse définit le raisonnement par analogie comme celui "qui consiste à conclure de la ressemblance de certains objets à quelques égards à leur ressemblance à d'autres égards". Et telle est bien en effet la démarche de l'interprète concluant à l'applicabilité dans un cas particulier d'un principe général de droit. Cet élément de ressemblance - de ressemblance et non d'identité car la sphère des relations internationales est différente de celle des relations intra-étatiques - est fondamental dans le raisonnement par analogie : si deux situations ne présentent pas de points communs, ne se ressemblent pas, il est inutile de pousser plus loin l'analyse : on ne saurait, sans forcer leur mission, appliquer de principes généraux de droit.

Tous les auteurs qui se sont penchés sur le problème du raisonnement par analogie permettant d'aboutir à l'application des principes généraux dans la sphère des rapports internationaux ont mis l'accent sur la nécessité d'une ressemblance effective entre les deux situations analysées et tous pourraient faire leur la formule de G.-F. de MARTENS :

" L'analogie offre une source féconde de décision dans les affaires
 " des nations. C'est l'application de ce qui a été réglé pour de cer-
 " tains ^{cas} à l'égard d'autres cas semblables, et qui n'ont pas encore
 " été déterminés. On sent que toute la force et la justesse de l'ana-
 " logie reposent sur la ressemblance effective des cas que l'on com-
 " pare et sur lesquels on fonde l'induction " (28).

Sur ce point du reste un certain nombre de sentences confirment l'importance de l'élément de ressemblance entre les situations

(27) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec.1966, op. diss. TANAKA, pp.295-296. C'est nous qui soulignons.

(28) G.-F. de MARTENS, Précis du droit des gens moderne de l'Europe, préc., p.170.

de droit interne dans lesquelles le principe est appliqué et l'hypothèse dans laquelle on veut en faire application en droit des gens :

" 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 de 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 du droit privé commun . . . " (29).

Passant en revue les procédés d'interprétation judiciaire en droit international public, Charles de VISSCHER, dans sa définition de l'analogie, insiste d'emblée sur les rapports de ressemblance existant entre l'origine et l'aboutissement du raisonnement. Pour le maître belge, les deux notions de principes généraux et d'analogie sont tellement étroitement liées qu'elles sont presque inséparables et que les principes sont dans son esprit assimilés au raisonnement qui leur donne leur consistance :

" L'analogie, écrit-il, est un procédé de raisonnement qui permet à l'interprète d'étendre une norme qui régit certains rapports à des rapports nouveaux juridiquement semblables à ceux que visait son contenu originaire. Elle est essentiellement l'expression d'une tendance assimilatrice qui pousse la pensée à rapprocher, malgré des dissemblances extérieures, des situations qu'unit entre elles l'identité de raison juridique. Le rôle qu'elle tient dans l'interprétation est, par ce côté, semblable à celui des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (article 38 du Statut de la C. I. J.). Comme eux, elle tend à élargir la sphère d'application du droit en assurant, par un appel à un principe commun sous-jacent, un traitement situations qui relèvent d'exigences juridiques identiques. Dans

(29) Affaire de l'indemnité russe (Russie - Turquie), C. P. A. (Président C. E. LARDY), 11 novembre 1912, préc., R.S.A.N.U. XI, p. 446. C'est nous qui soulignons. V. aussi affaire Dix (Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla) : "governments like individuals . . ." ("les gouvernements comme les individus . . ."), R.S.A.N.U. IX, p. 121 (date non précisée) ; affaire Olivia (Commission mixte Italie - Vénézuéla), sentence rendue par l'Umpire RALSTON : "A nation like an individual is bound by its contracts" ("Une nation comme un individu est tenue par ses contrats . . ."), R.S.A.N.U. X, p. 600s. (date non précisée) ; affaire Gentini (même Commission), sentence rendue par l'Umpire RALSTON, *ibid.* p. 558 (date non précisée) ; Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1954, p. 52 ; Usine de Chorzów, C.P.J.I., série C, n° 15 (II), duplique polonaise, pp. 416-417, etc.

" l'un et l'autre cas, il s'agit de dégager au-delà des particularités
 " de l'espèce, la ratio legis. Peu importe que ce mouvement de
 " pensée prenne la forme d'une extension donnée à une règle de
 " droit international positif ou que, par un effort d'abstraction et
 " de généralisation, il puise sa solution dans un fonds commun de
 " principes admis in foro domestico. Conduite par un besoin ra-
 " tionnel d'égalité juridique et d'unité, l'interprétation, dans l'un
 " et l'autre cas, s'élève à une généralisation de règles nouvelles"
 (30).

Parti de l'idée de similitude, qui apparaît donc bien comme le point de départ du raisonnement par analogie, Charles de VISSCHER semble estimer que la généralisation en est le point d'arrivée. Quoiqu'il n'en constitue pas l'aboutissement à proprement parler (car il faut ensuite appliquer la règle générale ainsi dégagée au cas d'espèce), il est certain que cet effort de généralisation est l'élément central, le pivot, du raisonnement par analogie.

Mais c'est la nécessité de passer par la phase de généralisation qui donne aux principes généraux leur caractère propre - le raisonnement dont ils sont l'aboutissement n'est pas en effet une simple extrapolation à partir d'une disposition particulière et précise d'un texte (analogia legis, Gezetzanalogie) mais un effort pour "dégager, au-dessus des solutions particulières ou fragmentaires, l'esprit général qui anime une institution juridique" (31) (analogia juris, Rechtsanalogie). Et c'est en cela que l'analogie n'est plus un simple raisonnement mais devient un moyen de créer du droit ; c'est le procédé qui donne aux principes généraux leur caractère de source autonome du droit international (v. infra 3ème partie, titre I) (32).

(30) Charles de VISSCHER, Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public, préc., p. 38.

(31) Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international, préc., p. 323.

(32) contra v. Charles ROUSSEAU, Droit international public, préc., p. 372. Pour cet auteur, "l'analogie n'est qu'un procédé de raisonnement utilisé en vue d'atteindre certaines conclusions". Les "conclusions" auxquelles aboutit l'analogia juris, sont, à notre avis, les principes généraux de droit. (C'est en cela que la position de Charles de VISSCHER assimilant le procédé et son résultat nous semble discutable).

Paragr. 2. La "généralité" des principes.

Etant donné l'importance particulière de la phase de "généralisation" dans le processus du raisonnement par analogie et les importantes controverses doctrinales auxquelles a donné lieu l'adjectif "général" dans l'expression "principe général de droit reconnu par les nations civilisées", il n'est sans doute pas superflu d'accorder à ce problème une attention particulière.

Malgré ce qu'ont écrit certains auteurs (33), il ne s'agit pas de la généralité de la reconnaissance puisqu'il existe, comme on l'a vu (v. supra, p.232s.) des principes d'applicabilité restreinte qui n'en sont pas moins des principes "généraux".

1. La généralisation est un des éléments fondamentaux de l'esprit juridique et constitue la base de la "libre recherche scientifique" dont le mécanisme a été expliqué " par François GENY :

" Le plus souvent le droit ne peut être fécondé par la logique qu'au
 " moyen d'une double opération en sens inverse. Il faut d'abord,
 " de la loi ou des règles de droit qui s'en dégagent, remonter au
 " principe supérieur, et de celui-ci ensuite déduire les conséquen-
 " ces. Parfois, la première de ces opérations se réalise si sim-
 " plement qu'elle semble l'effet d'une pure intuition plutôt que le
 " résultat d'une induction proprement dite. Au fond, elle se tra-
 " duit toujours en une conception subjective qui ne pourrait s'ob-
 " tenir que par tâtonnements, si elle n'était, dans la plupart des
 " cas, suggérée, pour ne pas dire imposée, par l'instinct juridi-
 " que ou par la tradition " (34).

Plus récemment, M. BATTIFOL pouvait même parler de

" l'opération (...) que la logique formelle met à la base de tout le
 " travail intellectuel : le discernement dans un objet concret des ca-
 " ractéristiques qui permettent de reconnaître en lui un concept
 " général " (35).

(33) V. par exemple Rudolf B. SCHLESINGER et Pierre BONASSIES, "Le fonds commun des systèmes juridiques", préc., p. 515.

(34) François GENY, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, préc., I, p. 45.

(35) Henri BATTIFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, préc., p. 56.

Rechercher un principe général de droit c'est découvrir dans les règles juridiques internes le principe commun qui les rapproche ; de la diversité il faut faire surgir l'unité, élaguer les branches pour mettre à nu le tronc. Ceci montre bien que les auteurs qui soutiennent l'impossibilité de transposer des principes généraux en droit international commettent une erreur : ce n'est pas telle ou telle règle de droit interne qu'il s'agit de transposer, mais le principe qui sous-tend des règles identiques ou voisines existant dans divers droits étatiques.

" By a principle, or general principle, as opposed to a rule, even a " general rule of law, is meant chiefly something which is not itself " a rule, but which underlies a rule, and explains or provides the " reason for it. A rule answers the question "what" ; a principle " in effect answers the question "why" (36).

Et, lorsque les décisions de justice internationales précisent ce qu'elles entendent par "principe" on retrouve en effet cette idée selon laquelle il s'agit de recourir aux notions qui expliquent la règle, à sa ratio et non à la règle elle-même. Ainsi, à propos des règles de preuves à appliquer par les arbitres internationaux, la Special Claims Commission Etats-Unis - Mexique a précisé :

" Although the Commission cannot give application to rules of " domestic law, it is certainly its duty to undertake to apply com- " mon - sense principles underlying such rules " (37).

De même, en matière de prescription, la Commission mixte Etats-Unis - Vénézuéla a rappelé :

(36) "Par "principe", ou "principe général", par opposition à "règle" même s'il s'agit d'une norme générale, on entend principalement quelque chose qui n'est pas une règle en soi, mais qui la sous-tend, l'explique et en révèle la raison d'être. Une règle répond à la question "quoi", un principe à la question "pourquoi" ; Sir Gerald FITZMAURICE, "The General Principles of International Law Considered from the Stand point of the Rule of Law, R.C.A.D.I., 1957 - II, n° 92, p. 7. V. aussi Michel VIRALLY, "Le rôle des "principes" dans le développement du droit international", préc., p. 531.

(37) "Bien que la Commission ne puisse appliquer de règles de droit interne, il est certainement de son devoir de faire application des principes de bon sens qui sous-tendent ces règles", affaire Naomi Russel, 24 avril 1931, R. S. A. N. U. IV, p. 835.

" It is doubtless true that municipal statutes of limitation can not
 " operate to bar an International claim, But the reason which lies
 " at the foundation of such statutes, that "great principle of peace",
 " is as obligatory in the administration of justice by an international
 " tribunal as the statutes are binding upon municipal courts " (38).

Et le commissaire du gouvernement GAND, dans ses conclusions sur l'affaire n° 41/69, rappelait également à la Cour de Justice des Communautés Européennes que la raison justifiant l'institution de la prescription dans les systèmes juridiques internes des Etats membres comme des pays non-membres étaient également valables en droit européen (39).

"Quand le droit international puise (aux principes généraux de droit), ce n'est pas en important des institutions de droit privé "en bloc, toutes faites et complètement équipées" d'un ensemble de règles" (40). D'ailleurs, procéder autrement aboutirait probablement à réduire à très peu de choses les principes généraux de droit car si l'on rencontre fréquemment, dans les grands systèmes juridiques du monde, des institutions voisines et comparables il est rarissime que les modalités d'application soient identiques. C'est le cas par exemple de l'idée de prescription : partout existe ce "grand principe de paix" mais sa durée, ses modalités, ses effets de détail mêmes varient assez considérablement d'un système juridique à l'autre ; ces variations sont même tellement importantes que les tribunaux internationaux, tout en reconnaissant en général l'existence du principe se sont montrés fort embarrassés pour en faire application (41).

(38) "Il est sans aucun doute exact que les dispositions législatives restrictives de droit interne ne peuvent empêcher une réclamation internationale. Mais la raison (souligné dans le texte) qui existe à la base de ces dispositions, ce "grand principe de paix" est aussi contraignant pour l'administration de la justice par un tribunal international que les lois le sont pour les tribunaux internes", affaire Spader et a., R.S.A.N.U. IX, p. 224 (date non précisée).

(39) C.J.C.E., affaire n° 41/69, ACF Chemiefarma N. V., 15 juillet 1970, Rec. XVI, concl. GAND, p. 726.

(40) Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1950, op. individ. McNAIR, préc., p. 148 ; V. aussi Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt C.I.J., Rec. 1960, op. diss. FERNANDES, p. 136 ; Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt C.I.J., Rec. 1966, op. individ. VAN WYK, p. 170 ; Phosphates du Maroc, C.P.J.I. série C, n° 84, nouvelles observations italiennes. "Assurément, le fait illicite peut revêtir dans chaque branche du droit un aspect particulier ; mais, au-dessus des particularités, les traits fondamentaux restent les mêmes", p. 852, etc.

(41) V. supra, notes n° 38 et 39 ; sur les hésitations de la Cour de Justice des Communautés, v. supra, p. 179, note n° 124. V. aussi T.A.N.U., jugement n° 124, Kahalé, 31 octobre 1968.

Mais, dans la plupart des cas, l'effort de généralisation et d'abstraction ne se heurte pas aux mêmes difficultés que pour la prescription car, comme l'a dit, par exemple, l'avocat général LAGRANGE, devant les juges de Luxembourg dans ses conclusions sur les affaires jointes 3 et 4/54 (ASSIDER et ISA) (42), les différences existant entre les diverses réglementations nationales sont souvent des différences purement techniques, voire même de simples nuances de présentation.

C'est ainsi, par exemple, que le mot "estoppel" est emprunté au droit anglais mais la notion que recouvre ce mot est beaucoup plus précise dans les systèmes juridiques anglo-saxons que celle qui prévaut au droit des gens^{et} qui n'est en réalité, que le reflet de la maxime latine venire contra factum proprium non valet. Et le juge ALFARO dans son opinion individuelle dans l'affaire du Temple de Préah Vihear, était tout à fait fondé à écrire :

" Ce principe (il s'agit de l'estoppel en droit international) est bien
 " celui sur lequel repose la doctrine anglo-saxonne de l'estoppel ;
 " il n'en existe pas moins une différence très importante entre la
 " règle simple et précise adoptée et appliquée dans le domaine in-
 " ternational et les classifications, modalités, variantes et sous-
 " variantes compliquées du système interne " (43).

C'est donc bien l'esprit des règles de droit interne qui forme la substance des principes généraux ; leur formulation n'importe guère. En définitive, on peut se rallier à la description qu'a donnée M. REUTER de la démarche à suivre pour dégager des principes généraux du droit :

(42) 11 février 1955, concl. préc., Rec. I, p. 149.

(43) Temple de Préah Vihear, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1962, op. individ. ALFARO, pp. 39-40. (C'est nous qui soulignons). Dans le même sens, v. I. C. MCGIBBON, "Estoppel in International Law", I. C. L. Q. 1958, p. 477 ; dans l'affaire de la Barcelona Traction (C. I. J. 1964, Rec. p. 6), la C. I. J. a semblé revenir à une conception plus stricte de la notion (v. Christian DOMINICE, "A propos du principe d'estoppel en droit des gens", Mél. GUGGENHEIM, pp. 327-365). Dans certaines sentences arbitrales, on trouve aussi une conception étroite de l'estoppel (cf. affaire Croft, sentence rendue par le Sénat de Hambourg, le 7 février 1856, R. A. I. II, p. 34s).

" La véritable recherche des principes généraux du droit (...) ne
 " peut se satisfaire d'un travail de superposition matérielle qui au-
 " rait pour objet de dégager une règle juridique par le même pro-
 " cessus naïf selon lequel aux yeux de certains philosophes maté-
 " rialistes, l'esprit forgeait les idées : par la surimpression d'ima-
 " ges dans le cerveau. Pas plus qu'on ne dégage les caractères
 " d'une famille en superposant les portraits de plusieurs représen-
 " tants de générations successives, pas plus ne peut-on dégager
 " les principes généraux du droit par l'alignement synoptique d'une
 " douzaine de législations ; c'est l'esprit des législations internes
 " qu'il faut retrouver. C'est donc d'abord, au-delà des particula-
 " rités techniques les réalités sociales et humaines permanentes
 " qu'il faut essayer d'appréhender afin de mesurer leurs inélucta-
 " bles exigences. C'est dans leur permanence, dans leur esprit,
 " "de l'intérieur" qu'il faut examiner les législations. On s'atta-
 " chera donc avant tout à leur mouvement, à leur dynamisme ;
 " ainsi peut-on espérer dégager les tendances profondes qui per-
 " mettent de mettre en lumière les principes généraux du droit "
 (44).

2. Apparemment, la notion de généralité ainsi définie s'oppose à celle de technicité. L'entendre ainsi n'irait pas sans poser de très graves problèmes pour les domaines nouveaux du droit international, qui présentent justement un caractère technique très poussé et qui sont ceux qui ont sans doute le plus besoin de recourir à des principes généraux issus des droits internes des Etats (45).

Il est certain que, si l'on définit les principes comme des "propositions premières consacrées par le droit interne des nations civilisées" (46) ou comme des "règles générales et importantes qui en commandent d'autres" (47), il est difficile d'y intégrer certaines normes de caractère purement technique. Il en est de même si l'on adopte la définition suggérée par M. Géza HERCZEGH :

(44) Paul REUTER, "Le droit au secret et les institutions internationales", préc., p. 59. Pour une idée très voisine à propos de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, v. du même auteur "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit", préc., p. 273.

(45) V. F.A. MANN, "Reflexion on a Commercial Law of Nations", préc., pp. 36-38.

(46) Dictionnaire de la terminologie du droit international, préc., p. 475.

(47) Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., p. 575.

" A principle of law is a norm of general validity and content which
 " is manifested not in a single statutory provision, but invariably
 " by groups of mutually interdependent legal rules " (48).

Si, en effet, la généralité d'un principe tient au fait qu'il sous-tend plusieurs règles positives, il faut laisser en dehors de la catégorie des principes généraux les règles propres aux droits pétroliers internes ou le principe de l'anacostisme, par exemple, qui sont de pure technique juridique et ne sauraient se retrouver dans d'autres catégories de règles.

Mais il n'y a aucune raison de limiter les principes généraux de droit aux règles fondamentales de tout droit (49). Celles-ci en font partie, bien entendu, mais elles ne sont pas les seuls principes généraux dont on puisse faire état : ce qui importe, il faut le redire, ce n'est pas le degré de généralité du principe en tant que tel, mais le fait que ce principe constitue, par lui-même sa justification ; c'est en réalité, parce que les nécessités sociales qui poussent à l'adopter sont partout les mêmes. Une norme, quelle qu'elle soit, ne fait pas son apparition par enchantement dans un ordre social quelconque, elle y est intégrée parce qu'à un moment donné cela est nécessaire. Si, dans tous les ordres juridiques, une règle est adoptée pour répondre à une situation déterminée, cette règle peut-être considérée comme un principe car elle découle logiquement de la situation en cause .

Et l'on peut dire, en définitive, que cela réconcilie les tenants des deux théories de la "généralité" des principes : ceux qui l'attribuent à l'ampleur de la reconnaissance ou ceux qui l'imputent au degré d'abstraction de la règle. Cela surtout donne raison aux auteurs qui insistent sur le fait que l'important est de remonter à l'esprit de la règle, à sa ratio.

A ce point de vue, rechercher un principe général de droit, cela veut dire s'efforcer de dégager "l'esprit des lois".

(48) "Un principe de droit est une norme de caractère et de validité générale qui n'apparaît pas dans une disposition législative isolée mais invariablement dans des groupes de règles mutuellement interdépendantes", Géza HERCZEGH, "General Principles of Law and the International Legal Order", préc., p. 36.

(49) En ce sens, v. Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international, préc., p. 354 qui cite parmi les règles "spéciales" que l'on peut qualifier de principe général, la mise en demeure du débiteur en retard dans le paiement d'une somme d'argent.

CONCLUSION DU CHAPITRE I^{er}

De même lorsque, dans un premier temps, il s'agit de comparer les différents systèmes juridiques du monde, pour vérifier qu'ils ne répudient pas un principe dont on entend faire application, l'"équation personnelle" des interprètes entre largement en ligne de compte, de même, au moment où des droits internes l'on veut faire surgir un principe général de droit applicable en droit international, il est largement fait appel à leur adresse, leur science et leur intuition.

Il leur faut d'une part se demander si le problème posé en droit des gens se présente de la même manière que ceux que l'on rencontre à l'intérieur des Etats. Ils doivent d'autre part examiner les réponses données à ce problème dans les systèmes juridiques nationaux, les débarrasser de leurs différences, en déterminer la raison profonde pour en tirer un principe unique. Comparaison (50) et généralisation apparaissent donc bien comme les deux points fondamentaux du raisonnement par analogie.

Ces opérations effectuées, il faut encore appliquer le principe général ainsi dégagé au problème concret qui est à l'origine de cette démarche de l'esprit aussi sinueuse en théorie que naturelle et intuitive dans la pratique.

(50) Il faut noter que la comparaison se fait à deux niveaux : comparaison entre les différents droits internes (étudiés dans le titre I) et comparaison entre la situation qui donne lieu à l'application d'un principe dans les droits nationaux et en droit des gens, objet du présent titre.

Chapitre II - Les limites de la transposition.

Ainsi que l'écrit M. Frede CASTBERG :

" Les conclusions par analogie ne peuvent jamais créer qu'une
 " présomption en faveur d'une solution déterminée (...). La gé-
 " néralisation sur la base des règles positives du droit ne donne
 " au juriste que ce que l'hypothèse donne au naturaliste. L'hypo-
 " thèse devra être acceptée ou non, selon les résultats auxquels
 " elle conduit. De même que la loi naturelle établie comme hypo-
 " thèse la généralisation du juriste doit être vérifiée. Et cette
 " vérification ne peut guère résulter que de l'appréciation du ré-
 " sultat au point de vue du bien de la société " (1).

Une fois de plus, dans la dernière phase de l'opération de la transposition, celle de l'application du principe général, dégagé selon les méthodes étudiées dans le titre et le chapitre précédents, il est donc fait appel au jugement de l'organe chargé de mettre en oeuvre ce principe. Il lui faut maintenant apprécier si le principe en question correspond au "bien de la société" ou, plus précisément, s'il est compatible avec les caractères propres au droit international (section 1).

Lorsque ce n'est pas le cas, ou si le principe général que l'on peut dégager n'est pas parfaitement adapté aux nécessités particulières de la société internationale, il reste encore une dernière ressource au juge ou à l'interprète quel qu'il soit : il peut baptiser "principes généraux" et appliquer en tant que tel certaines règles de droit interne dont le caractère de principe général est discutable ; il peut, en quelque sorte "tricher" et faire un choix parmi les règles de droit interne, ne retenant que les mieux adaptées (section 2).

Sect. 1 - La nécessité de tenir compte des caractères propres du droit international.

Chaque branche du droit a ses fins propres et les règles juridiques doivent être interprétées compte tenu de ces fins (2). Cela

(1) Frede CASTBERG, "La méthodologie du droit international public", R.C.A.D.I., 1953-I, n° 43, p. 353 ; v. aussi Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international public, préc., p. 331.

(2) V. l'explication très claire du juge TANAKA dans son opinion dissidente sur l'affaire de la Barcelona Fraction Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1970, pp. 122-123.

n'empêche pas l'existence de règles communes aux différentes parties du droit, mais cela implique, des adaptations, des inflexions de la règle de base, du "principe". Ainsi par exemple l'idée selon laquelle nul ne peut être juge de sa propre cause est certainement une des plus répandues dans les droits modernes mais elle ne se traduit sûrement pas de la même manière dans le droit pénal, en droit commercial, dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique ou en droit des gens. De ce fait, la transposition d'un principe juridique d'une branche de droit dans une autre branche est toujours délicate.

Etant donnés les caractères très spécifiques du droit international l'analogie à partir du droit interne doit être maniée avec une prudence toute particulière. La doctrine l'a souligné (3) et la jurisprudence n'a pas manqué d'y insister (4).

Ces données propres au droit des gens, qui tiennent pour l'essentiel à la structure de la société internationale, doivent donc être prises en considération lorsqu'il s'agit de transposer des principes généraux issus des droits nationaux (Paragr. 1). Toutefois la prudence qu'il convient d'observer ne s'impose pas avec la même force selon les domaines dans lesquels on entend appliquer les principes en question (Paragr. 2).

Paragr. 1. Les caractères particuliers du droit interne empêchent souvent la transposition pure et simple de notions de droit interne.

On ne peut que le répéter : si les organes du droit international éprouvent le besoin de se tourner vers les droits internes pour

(3) V. par exemple Jules BASDEVANT, "Règles générales du droit de la paix", R.C.A.D.I., 1936-IV, pp. 501-502.

(4) V. par exemple affaire Fannie F. Dujay (Etats-Unis - Mexique), General Claims Commission, 8 avril 1929, préc., R.S.A.N.U. IV, pp. 455-456 ; Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, op. indiv. DILLARD, p. 158 : "Cette conclusion se trouve renforcée par les analogies (à manier toujours avec prudence) qu'on peut tirer des principes de droit généralement reconnus applicables aux cessions ou transferts de titres..." (c'est nous qui soulignons), etc.

tenter d'en extraire des principes transposables aux relations internationales, c'est parce que ceux-ci sont plus complètement et plus anciennement élaborés que le droit des gens. Mais les imperfections, le relatif "sous-développement" du droit international ne tiennent pas seulement à son caractère récent, ils sont dus surtout aux structures très particulières de la société internationale. La communauté internationale "présente des conditions spéciales, de manière qu'il se forme aussi nécessairement des principes spéciaux, c'est-à-dire des principes qui, précisément ne pourront pas être trouvés dans le droit interne " (5).

C'est donc dans la structure même de la société internationale que le phénomène de la transposition trouve ses limites ; sur ce point les auteurs qui manifestent une certaine réticence à l'égard des principes généraux de droit (6) comme ceux qui en sont les plus ardents défenseurs (7) sont d'accord, quoique, bien sûr, selon les tendances, l'accent sera mis davantage sur la prudence qui s'impose ou sur la hardiesse dont il faut faire preuve.

Les caractères particuliers de la société internationale et du droit qui la régit peuvent aboutir à des résultats variés en ce qui concerne la possibilité de transposer des principes extraits des droits étatiques : ou bien le principe sera purement et simplement banni (1), ou bien son application en droit international nécessitera une adaptation et souvent un assouplissement de ses effets (2), ou bien au contraire l'accent sera mis sur sa nécessité toute spéciale en droit des gens (3).

1. Parfois les conditions qui expliquent l'existence d'une règle en droit interne manquent totalement dans la sphère des relations internationales et sa transposition, même sous forme de principe, paraît exclue.

(5) Frede CASTBERG, "La méthodologie du droit international public", préc., p. 371.

(6) V. par exemple, Charles ROUSSEAU, Droit International Public, préc., p. 378, et quoiqu'il soit moins hostile à l'idée de transposition, Paul REUTER, Droit International Public, p. 57.

(7) Par exemple, Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., p. 582.

L'exemple que l'on donne toujours d'une impossibilité de ce type est l'utilisation en droit international du principe, universellement accepté à l'intérieur des Etats dit-on, selon lequel tout plaideur trouve un juge, alors qu'en droit des gens la soumission d'un litige à une juridiction dépend toujours de l'accord des parties (8). Mais on peut douter que cet exemple soit très bien choisi dans la mesure où, à regarder les choses de près, les réclamations introduites par des particuliers contre l'Etat ne sont pas toujours susceptibles d'être portées devant les juges (9).

D'autres cas ont sans doute une valeur probante supérieure.

Dans l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice dans les affaires du Sud-Ouest africain, celle-ci n'a pas admis l'argument des demandeurs selon lequel elle :

" devrait admettre une sorte d'actio popularis, ou un droit pour
 " chaque membre d'une collectivité d'intenter une action pour la
 " défense d'un intérêt public. Or, s'il se peut que certains sys-
 " tèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit inter-
 " national tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas et la
 " Cour ne saurait y voir l'un des "principes généraux de droit"
 " mentionnés à l'article 38, paragraphe 1 (c), de son Statut " (10).

Ce refus d'admettre la notion d'actio popularis s'explique par le caractère peu intégré de la société internationale. On peut cependant remarquer que le juge KORETSKY, dans son opinion dissidente, partant de la même constatation, est arrivé à une conclusion très exactement inverse (11) ; ici encore le rôle de l'appréciation personnelle de l'interprète reste donc prédominante.

-
- (8) V. les nombreux exemples donnés en ce sens par Bin CHENG, General Principles of Law..., préc., p. 259 et notamment Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I., série B, n° 5, p. 27 ; Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), arrêt n° 12, 1928, C.P.J.I., série A, n° 15, p. 23 ; Détroit de Corfou, exception préliminaire, arrêt, 1948, C.I.J., Rec. 1947-1948, p. 15s. v. aussi Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J., Rec. 1954, p. 19s., les ordonnances rendues par la C.I.J. dans les affaires relatives au traitement en Hongrie d'un avion des Etats-Unis d'Amérique et de son équipage, du 12 juillet 1954 (Rec. p. 99 et p. 103) et dans les affaires relatives aux incidents aériens du 10 mars 1953 et du 7 octobre 1952 en date du 14 mars 1956 (Rec. p. 6 et 9), etc...
- (9) Ainsi, par exemple, en droit administratif français les actes de gouvernement échappent à tout contrôle juridictionnel. En ce sens, v. Sir Humphrey WALDOCK, "General Course on Public International Law", préc., p. 64.
- (10) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1966, p. 47.
- (11) Ibid., p. 242 et 249.

On peut citer d'autres hypothèses dans lesquelles les conditions d'existence d'une règle ne se trouvent pas établies en droit international. C'est le cas par exemple du principe "ejus est interpretari leges cujus condere" dont on a fait remarquer que dans le cas des traités il suppose l'unanimité des parties ce qui en limite très considérablement les possibilités d'application en droit des gens (12).

Pour sa part, M. WINIARSKI après avoir montré que le principe de forum prorogatum ne pouvait être transposé en matière de procès internationaux car il suppose l'existence d'un choix entre juge naturel et juge d'élection, notions étrangères au droit international public, conclut :

" Je crois que la notion de forum prorogatum qui correspond à une
 " réalité vivante en droit interne ne s'adapte aux principes interna-
 " tionaux qu'au prix de modifications telles que l'on peut légitime-
 " ment douter si l'on est vraiment en présence de l'institution bien
 " connue du forum prorogatum, en tout cas cette notion ne remplit
 " pas la même fonction en droit international et l'on est porté à se
 " demander si sa valeur dans le procès devant la Cour est suffisante
 " pour justifier l'adoption de ce terme technique correspondant à
 " des réalités entièrement différentes " (13).

De même la nature particulière du territoire - qui est très liée à la notion de souveraineté - fait qu'il est très difficile d'appliquer dans ce domaine des règles issues du droit privé (celles applicables, par exemple, à la propriété privée). RIPERT a fait remarquer notamment que pour cette raison la notion d'usucapion par exemple ne pouvait recevoir application en ce qui concerne l'acquisition de territoire (14).

2. Dans d'autres cas, la résistance du droit international à l'égard de l'introduction de principes communs aux droits internes est moindre ;

(12) Jaworzina, C. P. J. I., série C, n° 4, discours KRNO, pp. 62-64.

(13) Bohdan WINIARSKI, "Quelques réflexions sur le soi-disant forum prorogatum en droit international", Mél. SPIROPOULOS, p. 452.

(14) Georges RIPERT, "Règles du droit civil applicables dans les rapports internationaux, préc., p. 633, contra, Hersch LAUTERPACHT, General Principles of Law..., préc., p. 91s.

les principes ne sont pas rejetés, ils supposent, appliqués en matière internationale, une transformation plus ou moins profonde qui évite qu'ils entrent en conflit avec une règle propre au droit des gens ou, simplement leur permet de répondre aux besoins spécifiques de la société internationale.

C'est pourquoi, malgré une terminologie parfois identique en droit international et en droit interne, il faut prendre garde de ne pas assimiler abusivement des notions que l'on croit retrouver dans les deux branches : ceci a été bien montré par M. WINIARSKI en ce qui concerne le forum prorogatum, si l'on tient que ce principe existe en droit international (v. supra) ; on a également fait remarquer que certains termes utilisés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités bien qu'apparemment semblables à ceux utilisés en droit privé (signature ad referendum, approbation, adhésion, causes de nullités) avaient en réalité une signification différente (15). Dans le même ordre d'idée, le commissaire du gouvernement ROEMER, a fait remarquer devant la Cour de Justice des Communautés Européennes que la distinction entre actes individuels et actes réglementaires n'avait pas la même fonction en droit communautaire et dans les droits internes des Etats membres ce qui rendait vaine toute tentative de transposition (16). Et c'est toujours pour dénoncer des analogies terminologiques trompeuses que le vice-président BADAWI, dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'avis rendu par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des jugements du Tribunal administratif de l'O. I. T. a insisté sur le fait que

" ... le Tribunal a été nommé Tribunal administratif ne lui confère pas automatiquement les attributions des Conseils d'Etat dans les divers pays. Le Tribunal est administratif parce qu'il n'a d'autres attributions que celles qui concernent l'administration et les fonctionnaires. De sa nature intrinsèque, il n'est rien

(15) V. Milan BARTOŠ, "Transformation des principes généraux en règles positives du droit international", Mémoires de M. ANDRASSY, p. 8s. V. aussi, sur le problème de la transposabilité de la théorie des vices de consentement, Jean-Paul JACQUE, Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, avant-propos de Paul REUTER, Préface de Guy FEUER, L. G. D. J., Paris, 1972, p. 131 s.

(16) C. J. C. E., affaires jointes n° 7/54 et 9/54, Groupement des industries sidérurgiques luxembourgeoises, Rec. II, concl. ROEMER, préc., p. 125.

" d'autre qu'un organe judiciaire avec des attributions limitées
 " qu'il a à exercer de la même manière que tout autre tribunal
 " judiciaire, c'est-à-dire qu'il a à interpréter et à appliquer les
 " dispositions du contrat d'engagement et du Statut du personnel.
 " C'est le Tribunal lui-même qui le dit dans le sixième alinéa de
 " son jugement qui traite de la compétence " (17).

Mais dans ces trois exemples ce n'est pas vraiment l'importation dans le droit des gens d'institutions tirées du droit interne qui est condamnée mais les conséquences trop absolues qui en sont parfois tirées. C'est que, fréquemment, les principes ne peuvent être transposés en droit international qu'au prix d'une adaptation assez considérable.

Droit d'une société peu intégrée, le droit international s'accommode mal du formalisme dont sont entourés certains actes dans l'ordre interne. Dans son arrêt de 1961 dans l'affaire du Temple de Préah-Vihéar, la Cour Internationale de Justice a été très claire à cet égard :

" Quant à la question des formes et formalités, par opposition à
 " la question de l'intention, la Cour considère que, pour citer des
 " exemples tirés du droit privé, il existe des cas où, pour la protection des parties intéressées, ou pour des raisons d'ordre public, ou autres, la loi prescrit à titre impératif certaines formalités qui deviennent donc essentielles à la validité de certains actes, comme par exemple, les dispositions testamentaires ; on en trouverait un autre exemple, parmi beaucoup d'autres possibles, dans la cérémonie du mariage. Mais, s'il en est ainsi dans les cas qui viennent d'être cités (testaments, mariages, etc.), c'est qu'il existe dans ces hypothèses des prescriptions légales impératives, visant les formes et formalités. En revanche, et c'est généralement le cas en droit international qui insiste particulièrement sur les intentions des parties lorsque la loi ne prescrit pas de forme particulière, les parties sont libres de choisir celle qui leur plaît, pourvu que leur intention en ressorte clairement " (18).

Il ne s'agit pas d'"habiller le droit international à la mode

(17) Jugements du Tribunal administratif de l'O. I. T. sur requêtes c. l'UNESCO, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1956, op. diss. BADAWI, p. 136. Le jugement auquel il est fait allusion est le jugement n° 18, LEFF, du 26 avril 1955.

(18) Temple de Préah-Vihéar, exceptions préliminaires, arrêt, C. I. J., Rec. 1961, p. 31.

du droit interne" (19). De même, M. KRYLOV, dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu à propos du Détroit de Corfou a eu recours à la notion de responsabilité pour faute mais "avec une certaine réserve" car, selon lui, "les termes du droit romain et du droit civil et pénal contemporain peuvent être utilisés dans le droit international, mais avec une certaine souplesse et sans faire de distinctions trop subtiles" (20).

Cette souplesse nécessaire du droit des gens a été à maintes reprises soulignée. Dans son arrêt n° 2, la Cour Permanente de Justice Internationale a rappelé qu' "exerçant une juridiction internationale elle n'était pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne" (21). En matière de preuve, de procédure, de compétence, et, d'une façon générale pour tout ce qui concerne le procès international, la Cour de La Haye a souvent rappelé que sa situation n'était pas comparable à celle des tribunaux nationaux (22), reprenant à cet égard une tradition inaugurée par les tribunaux arbitraux (23).

-
- (19) Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C. I. J., Rec. 1962, op. indiv. JESSUP, pp. 410-411.
- (20) Détroit de Corfou, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1949, op. diss. KRYLOV, p. 71.
- (21) Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C. P. J. I., série A, n° 2, p. 34.
- (22) Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires), arrêt n° 12, 1928, C. P. J. I., série A n° 15, p. 23. Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt n° 6, 1925, C. P. J. I., série B, n° 12, p. 19; Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, C. I. J., Rec. 1962, op. diss. WINIARSKI, p. 449. v. aussi Jaworzina, C. P. J. I., série C, n° 4, discours KRNO (Tchécoslovaquie), pp. 83-84; Concessions Mavrommatis, C. P. J. I., série C, n° 7, vol. II, intervention de POLITIS (Grèce), p. 31; Interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927, C. P. J. I., série C, n° 57, Mémoire du Gouvernement hellénique, pp. 143-144, etc...
- (23) V. par exemple, Affaire des frontières de la Guyane française (France-Brésil) sentence rendue par le Conseil Fédéral Suisse le 1° décembre 1900, Pas. I., p. 570; Affaire Faber (Commission Mixte Allemagne - Vénézuéla), sentence rendue par l'Empire DUFFIELD, R.S.A.N.U. X, p. 438s. (date non précisée); affaire William T. WAY (Etats-Unis - Mexique), General Claims Commission, R.S.A.N.U. IV, p. 399. Toutefois, dans l'affaire des biens britanniques au Maroc espagnol, le rapporteur Max HUBER a considéré que "malgré le caractère spécial de l'enquête dont il (avait) été chargé", il devait "s'inspirer des principes gouvernant la procédure judiciaire" (Espagne - Royaume-Uni), 1° mai 1925, R.S.A.N.U. II, p. 650.

Mais la procédure n'est pas le seul domaine dans lequel les principes généraux empruntés aux droits étatiques doivent, pour être transposés en droit des gens, subir un certain nombre de transformations. On a par exemple fait remarquer que la théorie des droits acquis présentait en droit international des caractères très spéciaux bien que son fondement soit identique à celui qui justifie son application au sein des Etats car les problèmes sont en réalité plus complexes dans le premier cas que dans le second (24). De même, si le principe qui est à la base de la notion d'ordre public est commun à l'ordre juridique interne et international, on ne saurait se fonder sur le concept tel qu'il est retenu par les droits nationaux pour déterminer le contenu du jus cogens international car il doit répondre aux besoins d'une société donnée à un moment donné (25). Et l'on pourrait multiplier les exemples, qu'il s'agisse des principes applicables en matière de non rétroactivité (26), de succession (27), de responsabilité (28) ; la prescription (29), les notions de présomption (30), d'estoppel (31) ou d'enrichissement sans cause (32) n'ont pas la même signification en droit interne et en droit des gens. Il n'est pas jusqu'au très universel principe de la bonne

-
- (24) V. F. V. GARCIA AMADOR, 4ème rapport à la C. D. I., 1959, préc., Ann. C. D. I., p. 3.
- (25) V., par exemple, Erik SUY, "The Concept of jus cogens in Public International Law", in Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Grèce), April 3-8, 1966, Papers and Proceedings, II, The Concept of jus cogens in International Law, Genève, 1967, p. 18, 74-75. v. aussi Georg SCHWARZENBERGER "International Jus Cogens ?", ibid., p. 131 s.
- (26) V. Paul TAVERNIER, Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public, préc., p. 305.
- (27) V. par exemple, colons allemands en Pologne, C. P. J. I., série C, n° 3, vol. III (2), consultation KOMARNICKI (jointe au mémoire polonais), p. 720 s., observations de la Prokuratorja generalna (Pologne), p. 913.
- (28) V. par exemple, affaire Georges Finson (Commission Mixte France - Mexique), décision n° 1 rendue par le surarbitre VERZIJL, 19 octobre 1928, R. S. A. N. U. V, p. 419.
- (29) V. parmi beaucoup d'autres exemples, Pêcheries, arrêt, C. I. J., Rec. 1952, op. indiv. ALVAREZ, p. 152 (Certains tribunaux arbitraux ont refusé de faire application de la notion de prescription : affaire des fonds pieux de Californie (Etats-Unis - Mexique), C. P. A., 14 octobre 1902, R. S. A. N. U. IX, p. 13 ; v. aussi C. J. C. E., aff. n° 41/69, A. C. F. Chemiefarma N. V., 15 juillet 1970, préc., Rec. XVI, p. 685).
- (30) V. Ville libre de Dantzig et O. I. T., C. P. J. I., série C, n° 18 II, discours RUNDSTEIN (Pologne), p. 44.
- (31) V. parmi beaucoup d'autres exemples, affaire de la frontière entre l'Argentine et le Chili, sentence rendue par la Reine d'Angleterre le 24 novembre 1966, R. S. A. N. U. XVI, p. 164.
- (32) V. Affaire Dickson Car Wheel Cy. (Etats-Unis - Mexique), General Claims

foi qui, selon certains auteurs, ne doit subir des transformations lorsqu'il est utilisé en droit des gens, dans la mesure où "l'appréciation de la bonne foi des parties implique une appréciation du juge sur la conduite des intéressés", enquête que le droit international supporte assez mal (33).

3. Dans tous les cas cités jusqu'à présent, les traits particuliers du droit international, son "inachèvement", son caractère politisé et fortement individualisé, son formalisme limité, ont conduit les juges ou les arbitres internationaux et les auteurs à insister sur la prudence qui s'impose pour importer des principes généraux communs aux systèmes juridiques des Etats, dans la sphère des relations internationales. Mais, dans d'autres domaines, plus rares il est vrai, ces mêmes caractères particuliers les ont au contraire poussé à affirmer qu'une règle applicable à l'intérieur des Etats, l'était a fortiori en droit des gens.

Dans un article écrit en 1964, le professeur CHAUMONT a fait remarquer, par exemple, que la réception de la notion de service public répondait particulièrement bien aux fonctions des organisations internationales (34).

Mais le recours à l'argument selon lequel un principe juridique interne doit, à plus forte raison, faire droit dans l'ordre international a surtout été le fait des agents et conseils des Etats devant la Cour de La Haye : il constitue évidemment une incitation pour le juge à faire application du principe en cause.

(32 - suite) :

Commission, juillet 1931, R.S.A.N.U. IV, p. 676 (jour non précisé) ; v. aussi Wolfgang FRIEDMANN, The Changing Structure of International Law, préc., p. 206 et Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit, préc., p. 134 s.

(33) Georges RIPERT, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", préc., p. 601.

(34) Charles CHAUMONT, "La signification du principe de spécialité des organisations internationales", Mél. ROLIN, p. 57. Du même auteur, "Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain", préc., pp. 115-178, passim.

Parfois les parties se sont contentées d'affirmer que tel principe, reçu par la généralité des Etats s'imposait "encore plus" en droit international sans se préoccuper d'administrer la preuve de cette prétention (35). Mais il est arrivé assez fréquemment qu'elles expliquent leurs raisons. Dans deux cas au moins une argumentation de ce type a été proposée à la C. P. J. I. Dans l'affaire de la Commission européenne du Danube, M. POLITIS, après avoir montré qu'en droit interne une servitude ne peut s'acquérir que très rarement par prescription a fait valoir que "ces règles du droit privé s'appliquent à plus forte raison aux servitudes internationales, car, à la différence de la propriété, la souveraineté est un principe imprescriptible " (36).

De même, dans l'affaire du Groënland oriental, la réplique danoise affirme que la volonté clairement exprimée suffit à créer un titre de propriété ;

" Il est clair que, s'il en est ainsi en droit privé, le principe doit
 " à plus forte raison s'appliquer dans le droit international, parce
 " que les déclarations officielles de l'Etat ont une publicité bien
 " plus grande et un caractère plus notoire que les déclarations de
 " volonté privées " (37).

Ainsi les caractères propres du droit international sont pris en considération soit pour empêcher la transposition d'un principe de droit interne, soit pour l'encourager, soit pour l'infléchir. Mais, dans de nombreux cas, il ne faut pas l'oublier, les tribunaux internationaux appliquent (ou disent appliquer) purement et simplement le principe et estiment qu'"il n'y a aucune raison d'y déroger" selon la formule utilisée par le Tribunal administratif de la S. d. N. en matière de dépens (38).

(35) V. par exemple Appel contre une sentence du tribunal arbitral mixte hongro-tchécoslovaque (Université Peter Pazmany), C.P.J.I. série C, n° 72, contre-mémoire hongrois, p. 131 (à propos du droit pour les tribunaux de réserver leur décision sur la compétence jusqu'à l'examen du fond).

(36) Compétence de la Commission européenne du Danube, C. P. J. I., série C n° 13 (IV) vol. 1, discours POLITIS, p. 201.

(37) Statut juridique du Groënland oriental, C.P.J.I., série C, n° 63, pp. 737-738. V. aussi Phosphates du Maroc, C.P.J.I., série C, n° 84, mémoire italien, p. 72 (sur l'obligation d'accomplir intégralement les obligations contractuelles de préférence au paiement d'une somme d'argent).

(38) T. A. S. d. N., jugements n° 13 du 7 mars 1934 et 24 du 26 février 1946 ; v. aussi T. A. N. U., jugement n° 31, HARRIS, 21 août 1953.

Paragr. 2. La prudence dans la transposition des principes s'impose à des degrés variables selon les domaines.

Dire que le degré de circonspection qui s'impose dans la transposition des principes de droit interne en droit international est une évidence. Plus les situations réglées par telle ou telle branche du droit des gens s'apparentent aux conditions que l'on retrouve à l'intérieur des Etats, plus il est aisé de s'inspirer des principes prévalant dans les systèmes juridiques étatiques. Au contraire certaines branches du droit des gens sont particulièrement réfractaires à l'application de principes généraux de droit car au sein des Etats aucune activité ne ressemble à celle qu'il faut réglementer. C'est ainsi que fort peu de principes généraux sont applicables à la guerre. Réciproquement certains aspects du droit interne n'ont que des équivalents lointains dans le domaine des relations internationales, faute, par exemple, d'un développement net du droit pénal international, les droits criminels étatiques sont à l'origine de peu de principes généraux de droit ; la plaidoirie de BASDEVANT dans l'affaire des phosphates du Maroc explique bien pourquoi :

" Il n'est pas plus admissible de parler (...) de délit permanent
 " international. On a voulu, par là, transporter dans l'ordre in-
 " ternational un concept de droit pénal que je n'entends pas exami-
 " ner, ni encore moins discuter (...).
 " Attention ! Cette transposition ne peut être faite sans tenir compte
 " des différences souvent profondes entre l'ordre juridique interne
 " et l'ordre juridique international. Quelle est la branche du droit
 " interne qui présente de plus grandes différences avec le droit in-
 " ternational que le droit pénal, le droit pénal qui est un droit d'au-
 " torité établi dans chaque Etat selon ses conceptions propres, le
 " droit pénal que l'on rencontre dans tous les Etats mais dont nous
 " n'avons pas l'équivalent dans l'ordre juridique international ?
 " Cette réflexion suffit pour vous montrer combien il est périlleux
 " de faire cette transposition - déjà en elle-même si périlleuse
 " pour l'application de la disposition de l'article 38, paragraphe 3 -
 " de faire cette transposition en partant du droit pénal. Il est dan-
 " gereux d'emprunter au droit pénal des concepts qu'on transporte-
 " rait dans une matière où l'on ne mettrait plus en face l'un de l'au-
 " tre un individu poursuivi au pénal et un Etat qui assure la représ-
 " sion, mais deux Etats. Le droit pénal, droit de hiérarchie et de
 " subordination peut difficilement inspirer le droit international,
 " droit d'égalité et de coordination " (39).

(39) Phosphates du Maroc, C. P. J. I., série C, n° 85, pp. 1060-1061.

Cette gradation dans la possibilité de recourir aux principes généraux est particulièrement manifeste aujourd'hui car "la société internationale est composée de plusieurs catégories de sujets qui ne sont pas forcément identiques sous tous les angles " (40) et les règles applicables à telle catégorie de sujets ne sont pas forcément identique lorsqu'il s'agit d'autres sujets.

D'une manière générale, on peut affirmer que la transposition des principes est plus délicate lorsqu'il s'agit de régler des litiges purement inter-étatiques que lorsque les parties sont des personnes privées ou même des organisations internationales. "Ce n'est pas à dire que les Etats souverains sont au-dessus du droit, mais le droit tient compte du fait qu'il ne s'agit pas de particuliers ou de personnes morales de droit privé " (41).

Deux catégories de situations peuvent se présenter : celles qui mettent en présence un Etat ou une organisation internationale (on pourrait dire une "personne publique internationale"), d'une part et une personne privée (agissant directement sous le couvert de la protection diplomatique) d'autre part; et celles dans lesquelles seuls sont impliqués Etats et organisations internationales. Dans cette dernière hypothèse il est plus difficile de faire appel à des principes issus des droits nationaux, à l'exception sans doute des principes de droit constitutionnel pour certains problèmes internes aux organisations internationales (v. supra, p. 145s). D'une manière générale, on a fait remarquer que les difficultés relatives à la transposition des principes tenaient au fait que les rapports entre Etats sont, le plus souvent, "des rapports de pure coordination entre des entités souveraines "

" Mais le droit international contemporain comprend à côté des
 " règles traditionnellement appelées à régir les rapports entre
 " Etats par des méthodes de coordination, d'autres branches,

(40) Gérard COHEN-JONATHAN, Les concessions en droit international public, préc., p. 591.

(41) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, op. dissid. FITZMAURICE, p. 267.

" d'autres variétés de règles qui concernent des rapports entre
 " Etats soumis à un principe d'autorité ou même des rapports
 " concernant directement des particuliers (fonctionnaires, admi-
 " nistrés, etc.). Ces relations internationales qui se situent tou-
 " tes dans le cadre des organisations internationales, présentent
 " une grande analogie de structure avec les relations juridiques
 " régies par le droit interne, et c'est précisément à leur propos
 " que les principes généraux du droit interne peuvent être appli-
 " qués de manière beaucoup plus large " (42).

Ceci est encore plus exact en ce qui concerne le droit communautaire
 (voir supra, p. 175 s.)

Cette ressemblance plus grande entre la structure des or-
 ganisations internationales et la structure étatique, si elle facilite les
 rapprochements, n'autorise pas pour autant la transposition pure et
 simple de n'importe quel principe de droit interne. On a fait remar-
 quer, par exemple, que le syndicalisme revêtait, du fait des caractè-
 res particuliers de la fonction publique internationale, une signification
 fort différente de celle qu'elle a dans l'ordre interne et que la grève
 par exemple n'y était ni utilisée ni admise (43).

De même, s'il ne fait aucun doute que les rapports entre
 Etats et personnes privées, lorsqu'ils sont soumis au droit international,
 sont beaucoup plus largement régis par les principes généraux de droit
 que les relations purement inter-étatiques (44), la transposition est ra-
 rement pure et simple. Ainsi, à propos des procès de Nuremberg,
 M. DONNEDIEU DE VABRES précise :

(42) Paul REUTER, "Le droit au secret et les institutions internationales", préc.,
 pp. 58-59. V. aussi Jean-Paul JACQUÉ, Eléments pour une théorie de
 l'acte juridique en droit international public, préc., p. 37s., quoique cet
 auteur se montre extrêmement réservé sur la possibilité de toute trans-
 position des notions de droit interne en droit des gens.

(43) Mohammed BEDJAOUI, "Le syndicalisme des fonctionnaires internationaux",
A. F. D. I. 1957, pp. 435-448. Il faut noter que si cette remarque reste
 exacte dans l'ensemble, on peut recenser, depuis que cet article a été ré-
 digé un certain nombre de grèves au sein des organisations internationa-
 les et particulièrement parmi les fonctionnaires des Communautés Euro-
 péennes.

(44) Alejandro ALVAREZ l'avait noté dès 1934 (observations sur le rapport
 VERDROSS relatif aux "Principes généraux comme source du droit inter-
 national", préc., Ann. I. D. I. 1934, p. 503). V. aussi, à propos des con-
 trats "quasi-internationaux" Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage
 suisse ...", préc., p. 298 et J. H. W. VERZIJL, International Law in
 Historical Perspective, A. W. Sijthoff, Leyden, vol. I, 1968, General
 Subjects, p. 59.

" Nous avons admis que ce principe (de la légalité des délits et des
 " peines) doit, en droit international être l'objet d'une interprétation
 " large, que l'application littérale de la règle Nullum crimen, nulla
 " poena sine lege, n'y est pas de mise. Mais nous n'entendons pas,
 " par ces réserves, répudier l'idée de justice élémentaire qui en
 " est la base : savoir qu'un homme ne doit pas être puni pour des
 " faits dont il ne pouvait, au moment de leur commission, soupçon-
 " ner le caractère délictueux " (45).

De même, la notion de domicile qui, à première vue, paraît tellement liée à celle de personne privée et même, peut-être, d'individu, n'est pas importée telle quelle en droit des gens. A cet égard une sentence arbitrale au moins a été particulièrement explicite, celle rendue par G. KAECKENBEEK dans l'affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise :

" Le but de cette notion est essentiellement différent des buts que
 " se proposent les notions de domicile du droit public (fiscal, élec-
 " toral, etc.) de pays déterminés, ou même la notion de domicile
 " en droit international privé. Toutes ces notions, quoiqu'elles
 " donnent lieu à l'emploi du même mot, diffèrent entre elles consi-
 " dérablement, précisément en raison des buts différents qu'elles
 " poursuivent. C'est pourquoi aucune d'elles ne peut être détermi-
 " nante pour la solution de notre question. Seule une notion modé-
 " lée sur les nécessités du droit international public en matière de
 " changement de nationalité par suite de cession territoriale peut
 " entrer en ligne de compte " (46).

Trop conscient des différences, l'arbitre a peut-être sous-estimé ici ce qui rapprochait les diverses acceptions de la notion de domicile. De toute manière, il est frappant de constater dans les deux derniers exemples cités que, même dans des domaines qui se rapprochent beaucoup du droit interne, les principes généraux subissent une transformation, une simplification et une adaptation, en passant dans le droit international ; ils sont au fond "réduits" à leur plus simple expression" afin d'être plus facilement adaptés aux nécessités des relations internationales.

(45) H. DONNEDIEU DE VABRES, "Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international", R. C. A. D. I., 1947 I, n° 70, p. 531.

(46) Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Allemagne-Pologne), 10 juillet 1924, R. S. A. N. U. I, p. 407 (v. aussi p. 413).

Néanmoins, pour certains principes, cette transformation n'a pas lieu et ils paraissent transposés en droit international en restant identiques à ce qu'ils étaient dans les droits étatiques. Le juge TANAKA dans son opinion dissidente sur les affaires du Sud-Ouest africain l'a affirmé très nettement à propos des Droits de l'Homme :

" Dans le cas de la protection des droits de l'homme sur le plan international, au contraire, il ne s'agit pas de savoir si l'on peut reconnaître la valeur juridique d'un fait juridique identique dans le domaine interne et dans le domaine juridique international (...). Les droits de l'homme qu'il s'agit de protéger sont partout les mêmes ; ils ne sont pas le produit d'un système juridique particulier dans la hiérarchie de l'ordre juridique (...). Il n'existe qu'un seul et même droit valable pour tous les types de sociétés humaines que leurs rapports résultent d'une hiérarchie ou d'une coordination (...). En réalité tout droit de l'homme est un et valable sur le plan international comme sur le plan national "(47).

Là encore il y a peut-être une part d'exagération dans la mesure où, si l'on peut en effet admettre que les droits de l'homme sont des principes communs à tous les ordres juridiques, leurs modalités d'application et leur degré de précision varient à la fois dans les divers systèmes juridiques nationaux et de plus que l'on se place sur le plan international ou sur le plan étatique. Mais, si l'exemple n'est pas absolument convaincant, l'idée est certainement exacte : certains principes tiennent, en quelque sorte, à la nature des choses et se retrouvent identiques quelle que soit la sphère dans laquelle ils interviennent. Il en est ainsi, par exemple, de la notion de juridiction, de celle de res judicata ou de l'adage lex posterior priori derogat. Ceci ne veut pas dire que ces principes soient plus contraignants que les autres ; ils sont seulement plus constants, leur contenu ne se prête pas à des adaptations selon l'ordre juridique dans lequel l'on se trouve et du reste celles-ci ne sont pas nécessaires.

(47) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, pp. 296-297.

En réalité, l'examen des transformations, plus ou moins importantes, subies par les principes communs lorsqu'ils sont utilisés en droit international permet de retrouver les trois catégories de principes mentionnées plus haut (p. 131 s.) : "applicables aux Etats" ils subissent des transformations importantes car le contexte dans lequel ils sont utilisés est très différent de leur environnement habituel en droit interne ; "applicables aux personnes privées", ils se prêtent plus facilement à une transposition en droit des gens, car si les conditions dans lesquelles ils se trouvent diffèrent, ils régissent les mêmes sujets de droit ; "inhérents aux caractères d'une institution donnée " enfin, ils restent à peu près immuables quelle que soit la branche du droit où on les retrouve.

Sect. 2 - Le choix du principe applicable.

Le problème étudié dans la section précédente était celui de l'adaptation d'un principe en droit des gens en fonction des structures particulières de ce droit. Mais jusqu'à présent il ne s'agissait pas de savoir quel principe utiliser : un principe existant pouvait faire droit sur le plan international ou ne le pouvait pas ; seuls ses effets changeaient parfois du fait de la transposition. Mais il arrive que l'interprète ait le choix entre plusieurs principes généraux (paragr. 1) ou même qu'il s'appuie délibérément sur les règles d'un système juridique déterminé sans se préoccuper de leur caractère de véritables principes généraux (paragr. 2), en fonction de l'idée qu'il se fait des besoins de la société internationale.

Paragr. 1. Le choix entre plusieurs principes.

Les auteurs ont souvent fait remarquer que le juge interne avait parfois le choix entre plusieurs principes applicables et souligné que dans ce cas il s'efforçait d'aboutir à un compromis, et devait faire preuve d' "esprit de finesse" (48).

(48) V. notamment Jean BOULANGER, "Les principes généraux du droit en droit positif", préc., p. 62, pour le droit privé et Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préc., p. 161.

Le problème du choix entre plusieurs principes contradictoires, ou, en tout cas difficilement conciliables, se pose davantage encore en droit international. La subjectivité de l'interprète est en effet abondamment mise à contribution à toutes les étapes du raisonnement qui aboutit à la mise en oeuvre d'un principe dans un cas concret. Le plus souvent, le choix d'un principe est conditionné par l'élément de comparaison choisi dans le droit interne ; mais selon que l'on estime que la situation internationale à régler dans le droit des gens "ressemble" à telle institution du droit interne plutôt qu'à telle autre, le principe sera différent.

Dans son opinion individuelle jointe à l'avis sur la Namibie, le juge DILLARD a fait valoir que, contrairement à l'argumentation sud-africaine il convenait d'appliquer les principes généraux applicables aux cessions ou transferts de titres et non ceux qui font droit en matière de novation (49). Dans la même affaire, le juge DE CASTRO a estimé :

" La Charte ne semble pas se situer dans le cadre de la convention
 " sur le droit des traités. Pour l'interpréter, on ne doit pas appli-
 " quer par analogie les règles du droit interne sur les contrats,
 " mais plutôt les règles sur l'interprétation des lois et statutes"
 " (50).

C'est d'ailleurs en matière d'interprétation que le choix entre divers principes se pose le plus souvent car selon le mode d'interprétation retenu les résultats auxquels on peut aboutir peuvent être fort différents. Il ne s'agit plus ici d'une question de référence à telle institution plutôt qu'à telle autre puisque les règles d'interprétation font partie des principes "immuables" quel que soit l'ordre juridique dans lequel on en fait application. "L'invocation de règles et principes

(48 suite) :

Dans la jurisprudence française on peut citer comme exemples, l'arrêt Dame de la Murette (T. C. 27 mars 1952, Leb. 626) dans lequel la contradiction entre le principe de la séparation des pouvoirs et celui selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne des libertés individuelles et de la propriété privée a été résolue en faveur du premier, et l'arrêt Dehaene (C. E., 7 juillet 1950, Leb. 426) dans lequel le Conseil d'Etat a tenté de concilier les principes de la continuité des services publics et le droit de grève.

(49) Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1971, op. indiv. DILLARD, p. 158.

(50) Ibid., op. indiv. DE CASTRO, p. 184).

d'interprétation déguise en réalité la faculté du juge d'apprécier librement les considérations d'après lesquelles il entend établir les effets concrets d'une norme conventionnelle'(51).

Dans d'autres cas enfin la possibilité de choisir entre plusieurs principes juridiques tient au fait que les règles de droit interne sont en train d'évoluer au moment où le problème se pose de leur transfert en droit international (v. supra p. 206s.). L'opposition entre l'opinion dissidente d'ANZILOTTI et l'exposé de l'avocat de la Belgique RUELLE, dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie est extrêmement caractéristique :

" La théorie de l'abus de droit, si intéressante pour le développement du droit des gens, se trouve ici illustrée par un cas type"
" (RUELLE) (52).

" La théorie de l'abus de droit est extrêmement délicate, et j'hésiterais beaucoup à l'appliquer dans une matière telle que la juridiction obligatoire de la Cour. Le vieil adage, si en harmonie avec l'esprit du droit international : Qui jure suo utitur neminem laedit, me semble ici tout à fait à sa place " (ANZILOTTI) (53).

Cette dernière remarque montre bien que l'organe du droit international appelé à choisir entre divers principes se prononcera en faveur de celui qui lui paraît le mieux adapté à l'esprit des rapports en cause, bonne occasion pour le juge ou l'arbitre de mener une véritable "politique jurisprudentielle" (54) (v. infra, 3ème partie, titre I, chapitre 1).

Paragr. 2. L'influence prédominante et voulue d'un droit national.

Déjà l'examen des influences qui s'exercent sur les juges

(51) Max SØRENSEN, Les sources du droit international, préc., p. 221.

(52) Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C. P. J. I., série C, n° 88, exposé RUELLE, p. 400.

(53) Ibid., arrêt, 1939, C. P. J. I., série A/B, n° 77, op. diss. ANZILOTTI, p. 98. KOSTERS dans ses observations écrites sur le rapport VERDROSS ("Les principes généraux comme source du droit des gens") a souligné la contradiction existant entre les deux principes; Ann. I. D. I., 1932, p. 303.

(54) En ce sens, Julius STONE, "Non liquet and the Function of Law in the International Community", E. Y. B. I. L., 1959, p. 133.

et les arbitres internationaux, lorsqu'ils cherchent si un principe existe effectivement, a permis de constater leur tendance généralisée à s'inspirer avant tout de leur droit national (v. supra, p. 250 s.) mais il s'agissait alors d' "influences subies". Dans certains cas, c'est délibérément que l'organe appelé à faire usage d'un principe général dans des circonstances données, accorde une place prépondérante aux règles en vigueur dans tel ou tel Etat, en fonction de leur meilleure adéquation au but à atteindre.

Dans l'arrêt du 17 décembre 1970 par lequel elle a accepté de vérifier la légalité des textes communautaires en fonction des principes constitutionnels communs aux Etats membres, la Cour de Justice des Communautés Européennes a très nettement montré que ce contrôle devait être effectué en fonction des buts et des caractères propres à l'organisation en rappelant :

"qu'en effet le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect ;
 " que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté " (55).

Cette conception téléologique de l'application des principes généraux n'est pas propre à la Cour de Luxembourg. Elle inspire plus ou moins consciemment la plupart des juges et des arbitres internationaux. Et l'adéquation des principes aux conditions de la vie internationale apparaît comme une des conditions de leur réception dans le droit des gens (56). Certains auteurs mettent tout particulièrement l'accent sur le caractère "progressiste" que doit présenter le principe pour mériter d'être considéré comme un principe général de droit applicable aux relations internationales (57). Cette condition est particulièrement

(55) C. J. C. E., aff. n° 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, 17 décembre 1970, Rec. XVI, p. 1135. (C'est nous qui soulignons).

(56) V. Alejandro ALVAREZ, Le droit international nouveau dans ses rapports avec la vie actuelle des peuples, Pedone, Paris, 1959, p. 430.

(57) V. F. I. KOZEVNIKOV, "Les principes et les normes généralement reconnus du droit international", article résumé in L'U. R. S. S. et les pays de l'Est, 1960, n° 4, p. 57. (Il n'est cependant pas certain que l'auteur vise bien les principes généraux de droit).

importante, semble-t-il, aux yeux des juges communautaires qui, très attachés aux progrès du droit de l'Europe des Neuf, donnent souvent la préférence à un principe qui n'est reconnu expressément que par deux ou trois pays si son inclusion dans le droit communautaire leur paraît souhaitable et en harmonie avec les buts définis par les Traités de Paris et de Rome (58). A cet égard, et bien qu'aucun droit n'ait de préséance sur les autres, il n'est pas douteux que les juges se tournent d'abord vers le droit français puisque, la terminologie juridique des traités étant très certainement d'inspiration française, il est logique de penser que les principes qu'il contient correspondent particulièrement bien aux objectifs que s'étaient fixés les rédacteurs des traités (59).

L'influence du droit administratif français, que les juristes de ce pays ont souvent tendance à regarder comme un objet d'exportation, n'est d'ailleurs pas limitée au droit communautaire. Il n'est pas douteux qu'il imprègne assez profondément la jurisprudence des tribunaux administratifs ou des commissions de recours des organisations internationales où siègent très fréquemment des membres du Conseil d'Etat, mais cette influence, très forte dans les jugements des Commissions de Recours des "organisations coordonnées", et du Tribunal administratif de l'O. I. T. est moins visible dans ceux du Tribunal administratif des Nations Unies, différence qui tient sans doute à la composition des juridictions. De toute manière, ainsi que l'a noté Mme. BASTID :

" Comme cette technique juridique (du contrôle juridictionnel de l'administration) a été particulièrement développée en droit

(58) V. Pierre PESCATORE, "Les objectifs de la Communauté Européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice", préc., pp. 325-363, passim ; Paul REUTER, Organisations européennes, PUF 1965, p. 252, et "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit", préc., p. 273 ; C.J.C.E. affaire n° 14/61, Koninklijke Nederlandsche Staalfabrieken NV, Concl. LAGRANGE, préc., Rec. VIII, p. 539.

(59) En ce sens v. Pierre MATHIJSEN, Le droit de la C. E. C. A., préc., pp. 140-141. V. aussi C. J. C. E., affaires n° 3/54 et 4/54, ASSIDER et ISA, 11 février 1955, Concl. de l'avocat général LAGRANGE : "Nous nous permettons de commencer par le droit français puisqu'aussi bien l'influence du droit administratif français, et notamment du recours pour excès de pouvoir, a été prédominante dans la rédaction du Traité" (C. E. C. A.), R. D. P., 1955, p. 583.

" français et que la doctrine en France a exposé les principes de la
 " jurisprudence dans des ouvrages très répandus, on peut être tenté
 " de parler d'une certaine influence française à cet égard. Mais il
 " faut relever que si les conseils des parties ont parfois utilisé les
 " ouvrages de droit administratif français ou la jurisprudence du
 " Conseil d'Etat et si les avocats généraux ont procédé de même à
 " la Cour de la C. E. C. A., aucune décision ne s'appuie expressé-
 " ment sur les précédents français " (60).

Cet effacement des principes généraux du droit administratif français, lorsqu'ils sont utilisés par une juridiction internationale, tient surtout à la composition de celle-ci dans laquelle il arrive - et c'est le cas surtout pour le Tribunal administratif des Nations Unies - que siègent des membres peu avertis des subtilités du droit élaboré au Palais-Royal. Il n'en reste pas moins que, pour une bonne part, les règles appliquées par les tribunaux administratifs internationaux ont un lien de parenté avec les principes du droit administratif français qui ressemble souvent à une filiation (61).

Il est arrivé également que les parties, devant la Cour de La Haye, invoquent des principes tirés de la jurisprudence du Conseil d'Etat (62), mais les arrêts n'en ont jamais fait une application expresse.

A propos des contrats conclus entre un Etat et une personne privée étrangère enfin, certains auteurs ont fait valoir l'intérêt qu'il y aurait à transposer certaines solutions mises au point par le droit administratif français.

" Les problèmes que le Conseil d'Etat français a eu à résoudre,
 " écrit M. Prosper WEIL, sont en effet souvent très voisins de
 " ceux auxquels le droit administratif des contrats cherche en tâ-
 " tonnant une solution. Ici comme là, on retrouve la nécessité
 " d'assurer la protection du cocontractant sans pour autant négli-
 " ger l'indispensable pouvoir de l'Etat de sauvegarder à chaque
 " moment, en dépit des stipulations contractuelles, l'intérêt gé-
 " néral dont il a la charge, ici comme là, la protection du cocontrac-
 " tant n'est pas seulement requise dans son intérêt propre, mais

(60) Suzanne BASTID, "Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", préc., pp. 481-482.

(61) V. les nombreux exemples donnés par Francis WOLF, "Le Tribunal Administratif de l'O. I. T.", préc., pp. 56-58; v. aussi supra, pp. 156-162.

(62) Jaworzina, C. P. J. I., série C n° 4, discours MRCZOWSKI, p. 42 (mention de trois arrêts du Conseil d'Etat); Interprétation du Statut du territoire de Memel, C. P. J. I., série C n° 59, Duplique SIDZIKAVSKAS (Lithuanie), pp. 368-370, etc.

" aussi pour lui permettre de ne pas interrompre le service ou les
 " prestations conformes à l'intérêt de l'Etat et de sa population.
 " La dialectique de la stabilité et du mouvement est la même dans
 " les deux cas, et l'on ne voit pas pourquoi le droit international des
 " contrats ne mettrait pas à profit les situations nuancées et très
 " adaptées à la pratique que la jurisprudence française a élaboré au
 " fil des années " (63).

La doctrine française n'est pas seule à insister sur les ressemblances existant entre contrats "quasi-internationaux" et contrats administratifs (64) mais là encore il faut noter d'une part que certains auteurs ont insisté sur le fait qu'il n'y avait aucune raison de faire appel spécialement au droit administratif français (65) et d'autre part que, dans la sentence de l'Aramco, les arbitres ont écarté les prétentions de l'Arabie Séoudite selon laquelle ce droit avait une valeur universelle et devait recevoir application ; ils ont estimé que la concession litigieuse n'avait aucun point de contact avec la France et que les règles développées par le Conseil d'Etat répondaient à des nécessités propres à la France (66). (La même sentence recourt cependant largement au droit administratif français pour déterminer la nature de la concession (67)).

Au demeurant, le droit administratif français n'est pas le seul système juridique à exercer (plus ou moins nettement) une influence prédominante dans certaines branches du droit international. Ainsi, la même sentence rendue dans le litige opposant l'Aramco à l'Arabie Séoudite précise que

" Pour la détermination de la loi applicable aux matières qui ne
 " relèvent pas de la loi expressément choisie par les parties (...),
 " le Tribunal arbitral, s'inspirant des tendances les plus avancées
 " du droit international privé dans le domaine de l'autonomie de la
 " volonté décide d'adopter les solutions dominantes dans les juris-
 " prudences de la Grande-Bretagne et de la Suisse " (68).

-
- (63) Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", préc., p. 203. Du même auteur, v. aussi "Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats", préc., p. 13.
- (64) V. A. FATOUROS, Government Guarantees to Foreign Investors, préface de Wolfgang FRIEDMANN, Columbia University Press, 1962, p. 196. Wolfgang FRIEDMANN, "The Uses of "General Principles" in the Development of International Law", préc., p. 290 s., etc.
- (65) V. notamment Alfred VERDROSS, "Protection of Private Property Under Quasi-International Agreements", préc., p. 356.
- (66) Sentence du 23 août 1958, préc., R.C.D.I.P., 1963, pp. 351-352.
- (67) Ibid., p. 306 s.
- (68) Ibid., p. 314.

Dans cette espèce, il est vrai, conformément à la Convention d'arbitrage le Tribunal arbitral devait trancher le litige "conformément au droit (qu'il jugerait) applicable, dans la mesure où il s'agit de questions en dehors de la juridiction de l'Arabie séoudite".

Dans d'autres domaines du droit international, c'est le système anglo-saxon qui exerce une influence prépondérante. La notion de pouvoirs implicites, par exemple, se rattache essentiellement à la théorie des "implied powers" admise dans la constitution des Etats-Unis (69) ; l'inculpation de "complot" qui a constitué l'un des chefs d'accusation aux procès de Nuremberg, est issue du droit anglais (70) ; bien que le principe soit beaucoup plus vague en droit des gens que dans la common law (v. supra, p. 302), c'est sûrement à celle-ci que la notion d'estoppel est empruntée, etc... Le gouvernement allemand a également fait valoir devant la Cour Permanente de Justice Internationale, à propos de l'affaire de Chorzów (compétence) que "le système du droit civil anglo-américain (en matière de compensation extra-judiciaire) semble le plus approprié au droit international public" (71).

Ces exemples montrent que les organes du droit des gens s'inspirent souvent presque exclusivement d'un seul droit. Réciproquement, certains systèmes juridiques, ou certaines de leurs institutions sont parfois expressément écartées par le juge ou l'arbitre, soit qu'ils soient tenus pour trop primitifs (v. supra, p.171), soit que sur un point donné ils semblent inadaptés.

Paradoxalement, alors qu'en bonne logique ce devrait être les règles applicables qui dictent la solution à donner à un problème donné, il arrive souvent que le choix des principes généraux de droit à

(69) V., par exemples, Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1954, p. 471 ; T. A. N. U., jugement n° 4, HOWRANI et a., 25 août 1951, etc.

(70) V. H. DONNEDIEU DE VABRES, "Le procès de Nuremberg devant les principes généraux du droit pénal international", préc., p. 529.

(71) Usine de Chorzów, C.P.J.I. série C, n° 13 (I), Mémoire allemand, pp. 142-143.

utiliser soit fonction du but à atteindre selon l'organe chargé de le résoudre. A cet égard il est des formules employées dans les sentences qui ne trompent pas et qui ressemblent à de véritables "actes manqués". "La prescription (...) mérite en droit international d'être admise" (72) ; "Il doit être de principe en matière internationale " (73) ; ou même "il est juste d' (appliquer un principe)" (74) etc... montrent clairement que l'arbitre applique des principes généraux en vue du résultat qu'il se fixe ; ces expressions constituent moins l'affirmation de l'existence d'une règle, que le souhait de l'appliquer.

La souplesse qui caractérise le raisonnement des personnes chargées de déterminer l'existence de principes généraux de droit et d'en faire application n'est pas sans danger : les risques d'arbitraire s'accroissent et les parties à un litige peuvent difficilement évaluer les chances de succès d'une action devant un tribunal ; cependant, dans l'état actuel de son développement, le droit international a moins à redouter de ce pragmatisme qu'il n'aurait à craindre d'une rigidité excessive : il s'agit de le développer plus que de le fixer, de le façonner plus que de le figer. Quant aux risques de voir les juges abuser de leurs pouvoirs, ils sont minimes : les "personnes publiques de droit des gens" et surtout les Etats, jaloux de leur souveraineté, ont de nombreux moyens de se garder de l'arbitraire du juge ; celui-ci ferait d'ailleurs un bien mauvais calcul si, voulant brûler les étapes, il faisait appel à des principes qui ne correspondent pas aux besoins de la société internationale : même si sa sentence était respectée, il est fort à craindre qu'elle décourage les Etats de soumettre dorénavant leurs différends au règlement juridictionnel ou arbitral.

Dans ces conditions le choix des principes généraux, leur application et leur inflexion en fonction des buts à atteindre paraît à la fois satisfaisante et nécessaire.

(72) Affaire Sarrapoulos, sentence rendue par le T. A. M. France-Bulgarie, le 14 février 1927, Rec. T.A.M. VII, p. 47. (C'est nous qui soulignons).

(73) Affaire de Lamu (Allemagne - Grande-Bretagne), sentence rendue par le Baron Lambermont le 17 août 1889, Pas. I., p. 338.

(74) Affaire Lavarello (Italie - Portugal), sentence rendue par J. HEEMSKERK, le 12 mars 1893, Pas. I., p. 420.

CONCLUSION DU TITRE II

"Souplesse", "empirisme", "pragmatisme", "intuition" ; ces termes qui caractérisent la mise en oeuvre des principes et, tout particulièrement, le mécanisme de leur transposition du droit interne en droit des gens, sont des notions peu familières au juriste. C'est peut-être ce qui explique la difficulté d'expliquer ce phénomène sur le plan théorique et la résistance de nombreux internationalistes pour admettre que des principes issus du droit interne puissent, même transformés, faire droit dans la sphère des relations internationales (v. supra, chapitre I, section 1, de ce titre).

On peut tenter de surmonter la difficulté et chercher une explication en recourant à la notion d' "acculturation", familière aux sociologues.

Une "acculturation" a été définie comme "toute greffe d'une culture sur une autre culture " (1) ; une "acculturation juridique" est la greffe d'une institution propre à un ordre juridique sur un autre ordre juridique. Bien que l'expression soit utilisée en général pour définir les emprunts effectués par un système national à un autre système national (par exemple la transplantation du Code civil suisse dans la Turquie d'Ataturk), rien ne s'oppose à ce que l'on en fasse application au problème des principes généraux car il s'agit très précisément d'un phénomène du même ordre : une notion propre aux ordres juridiques internes va être transposée en droit international et, comme cela se produit pour toute acculturation,

" l'institution d'importation, entée sur un système différent va
 " en subir l'influence ; elle y perdra quelques-uns de ses carac-
 " tères originaires en acquerra de nouveaux, nous aurons finale-
 " ment un hybride " (2).

(1) Jean CARBONNIER, Sociologie juridique, Armand Colin, Paris, 1972, p. 166.

(2) Ibid., p. 172.

De même, il semble que, pour que l'acculturation d'un principe dont l'existence a été constatée dans les droits nationaux réussisse, il faille que ce principe s'adapte à ce nouveau système et, du même coup, perde certains de ses caractères originaires. C'est en effet ce qui se produit.

CONCLUSION DE LA 2ème PARTIE

Intellectuellement, et de façon plus inductive que déductive, il est possible de dégager un certain nombre d'étapes distinctes dans le phénomène de la transposition d'un principe tiré des droits internes en droit international :

1. D'abord l'interprète, l'organe du droit des gens, chargé de mettre en oeuvre le principe, recherche dans le droit qu'il connaît - la plupart du temps le droit national de son pays - une règle susceptible de s'appliquer.
2. Il la confronte alors à tous les grands systèmes juridiques du monde pour s'assurer qu'y existent des normes analogues, selon les méthodes du droit comparé.
3. C'est ensuite que commence l'opération de transposition proprement dite qui consiste en un raisonnement par analogie :
 - a). il faut s'assurer que les circonstances dans lesquelles la règle est employée dans les droits étatiques "ressemblent" à la situation à laquelle on entend l'appliquer en droit international ;
 - b). cette vérification faite, il convient de remonter jusqu'au fondement des règles en vigueur dans les différents droits internes, d'en dégager le principe commun, la ratio.
4. Il ne reste plus alors qu'à appliquer ce principe général au cas concret en s'assurant qu'il est compatible avec les structures et les règles propres au droit international. Eventuellement, il peut être nécessaire de faire subir au principe une inflexion pour l'adapter à ces structures et à ces règles.

Pratiquement, il arrive que l'on puisse déceler dans les sentences internationales la trace de certaines de ces étapes, jamais

de l'ensemble. En fait, tout se passe comme si le principe était essentiellement déterminé en fonction de la solution à atteindre, sans méthode stricte, avec, parfois, quelques allusions à son existence dans les systèmes juridiques étatiques ; et cet empirisme se traduit souvent par l'invocation d'un adage très général auquel sa formulation latine tient lieu de respectabilité et de gage de sa généralité, le postulat étant que le droit romain constitue le fonds commun des diverses familles de droit existantes.

Dans l'immense majorité des cas l'existence du principe et sa transposabilité (aspects souvent amalgamés) sont simplement affirmées, que ce soit par la Cour de La Haye (1), par celle de Luxembourg (2), par les Tribunaux Arbitraux Mixtes institués en 1919 (3), par les Commissions de Conciliation de 1947 (4) ou les diverses Cours arbitrales plus ou moins institutionnalisées (5), par les tribunaux administratifs des organisations internationales (6) ou par les organes non contentieux du droit international (7). Bien souvent même, les tribunaux en font une application implicite et l'on peut dire qu'ils constituent une source générale et implicite de la légalité internationale, même lorsqu'ils ne sont pas expressément mentionnés (8).

Le fait que les tribunaux internationaux n'éprouvent pas, la plupart du temps, le besoin de se justifier lorsqu'ils font appel à des principes généraux de droit montre bien que l'application de ceux-ci ne se heurte, en fait, à aucune objection ; cette impression est confirmée par l'attitude des Etats qui n'ont jamais contesté une sentence parce qu'elle était établie sur des principes issus des droits internes. Mais le mutisme des décisions internationales sur la méthode permettant d'aboutir à l'application d'un principe général rend particulièrement difficile la détermination de la source de droit utilisée. C'est pourquoi il convient de définir maintenant la nature juridique des principes généraux afin d'établir leur originalité par rapport aux autres sources du droit des gens.

(Voir notes pages suivantes)

Notes de la page 322 :

- (1) En ce sens, Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préc., p. 212 ; C. W. Wilfred JENKS, Prospects of International Adjudication, préc., p. 305. V. notamment Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C. P. J. I., série B, n° 10 : "le principe allant de soi ...", p. 20 ; service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, C. P. J. I., série B, n° 11 : "il est certain que ..." (res judicata), p. 29 ; Emprunts brésiliens, arrêt n° 14, 1929, C. P. J. I., série A, n° 20 : "le principe bien connu selon lequel ...", p. 119 ; Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1954 : "Suivant un principe de droit bien établi et généralement reconnu ...", p. 52 ; Temple de Préah Vihear, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1962 : "c'est une règle de droit bien établie...", p. 26 ; Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1972 : "il est de l'essence des décisions judiciaires d'être motivées ...", p. 210 ; Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C. P. J. I., série A, n° 17, op. diss. EHRlich : "il est généralement reconnu...", p. 76 ; affaire franco-hellénique des phares, arrêt, 1934, C. P. J. I., série A/B n° 62, op. indiv. SEFERIADES : "Il y a un principe général de droit qu'on ne saurait oublier...", p. 49 ; Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1971, op. diss. FITZMAURICE : "principe juridique incontestable...", p. 264. Les parties, quoique s'attachant davantage à prouver l'existence et l'applicabilité d'un principe, ont également procédé parfois par voie d'affirmation, ex. : "Communautés" gréco-bulgares, C. P. J. I., série C, n° 18 (I), exposé bulgare : "il est de principe constant...", p. 417, etc.
- (2) En ce sens, Erik J. PETERSEN, De la contribution possible du droit anglais au développement des principes généraux du droit communautaire, préc., p. 16 ; Paul REUTER "Le recours de la Cour de Justice des Communautés à des principes généraux de droit", préc., p. 273 ; V. par exemple, C.J.C.E. affaire n° 57/69, Azienda Colori Nazionali - ACNA SpA, 14 juillet 1972, Rec. XVIII, p. 948 "les principes généraux de droit n'imposent pas..."
- (3) En ce sens, v. Rudolf BLÜDHORN, "Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes créés par les traités de Paris", préc., p. 194 ; V. aussi les affaires du Lusitania (Etats-Unis - Allemagne), sentence rendue par la Mixed Claims Commission établie par le Traité de Berlin du 10 août 1922 et faisant fonction de T. A. M., 1° novembre 1923, R. S. A. N. U. VII, p. 37 "rules (...) so obviously sound and firmly established..."
- (4) En ce sens, Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, "General Principles as Applied by the Conciliation Commissions Established Under the Peace Treaty with Italy of 1947", préc., v. les exemples cités passim et la p. 872. V. par exemple, Commission de Conciliation Etats-Unis - Italie, aff. d'Annolfo, décision n° 174, R. S. A. N. U. XIV, p. 326 : "It is well established that..." (25 juin 1957).
- (5) V. notamment : Affaire du blocus de Montevideo (Grande-Bretagne - Argentine), sentence du président du Chili, 1° août 1870 : "It is a principle of universal jurisprudence that...", Pas. I., p. 67 ; Affaires des navires Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C. H. White et Kate and Anna (Etats-Unis - Russie) C. P. A. (arbitre T. M. C. ASSER), sentence préparatoire sur un

Suite des notes de la page 322 :

incident de procédure, 19 octobre 1901, R.S.A.N.U. X, p. 60 : "Chaque partie a indiscutablement le droit..." ; affaire de la dette publique ottomane (articles 46 et 47 du Traité de Lausanne), sentence rendue par Eugène BOREL, le 18 avril 1925, R.S.A.N.U. I, p. 545 : "En règle générale..." ; affaire Goldenberg (Allemagne - Roumanie), sentence rendue par Robert FAZY, le 27 septembre 1928, R.S.A.N.U. II, p. 909 : le respect des droits acquis "fait sans aucun doute partie des principes généraux admis par le droit des gens" ; affaire Dillon (Etats-Unis - Mexique) General Claims Commission, 3 octobre 1928, R.S.A.N.U. IV, p. 371, op. indiv. commissaire américain NIELSEN : "No principle of domestic or international law would sanction..." ; affaire The Eagle Star and British Dominions Insurance Cy Ltd. (Grande-Bretagne - Mexique) Commission de Réclamations, 23 avril 1931, Rec. Décisions Com., p. 35 : "it is evident that..." ; affaire Campbell (Royaume-Uni - Portugal), sentence rendue par le Compte CARTON de WIART, le 10 juin 1931, R.S.A.N.U. II, p. 1145 s., : "il est de principe admis..." ; affaire International Fisheries Cy. (Etats-Unis - Mexique), General Claims Commission, juillet 1931, op. diss. commissaire américain NIELSEN, R.S.A.N.U. IV, p. 745 : "the same principles of inescapable logic..." ; affaire relative aux institutions, sociétés et associations visées à l'article 5 de l'accord conclu entre les gouvernements britannique et italien, concernant la disposition de certains biens en Libye, décision du Tribunal arbitral établi par la résolution 388 (V) du 15 décembre 1950 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, présidé par M. Hugo WICKSTRÖM, 27 juin 1955 (argument libyen), R.S.A.N.U. XII, p. 388 : "il est un principe juridique universel..." ; affaire du lac Lanoux (Espagne - France), 16 novembre 1957, R.S.A.N.U., XII, p. 305 : "il est un principe général de droit bien établi..." etc...

- (6) En ce sens, Suzanne BASTID, "Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", préc., p. 480 ; V. aussi T. A. N. U. jugement n° 15 Robinson, 11 août 1952 : "il est évident que..." ; jugement n° 108, Khamis, 18 octobre 1967 : "le principe bien établi selon lequel..." ; T. A. O. I. T. : jugement n° 179, Varnet, 8 novembre 1971, "selon une règle générale du droit..." ; et jugement n° 185, Ozorio, 8 novembre 1971, "la règle générale du droit...", etc...
- (7) V. Cour de la Martinique, 15 juillet 1841, Robert et Maupertuis, S. 1843, I. 842, Kiss. n° 1158 : "il est un principe immuable..." ; avis juridique du secrétariat des Nations Unies ; Statut du Conseil de Sécurité et du Conseil Economique et Social pendant la période entre l'entrée en vigueur des amendements à la Charte augmentant le nombre des membres de chacun de ces Conseils et l'élection de nouveaux membres par l'Assemblée Générale, 6 juillet 1965, Ann. Jur. N. U., 1965, p. 239 : "c'est un principe généralement accepté...", etc...
- (8) En ce sens, Wolfgang FRIEDMANN, "The Changing Structure of International Law", préc., p. 192.

Troisième partie

LA NATURE JURIDIQUE DES PRINCIPES
GENERAUX

L'étude de "l'utilisation des principes généraux de droit" effectuée dans la première partie de ce travail a montré que leur emploi en droit international et, si l'on veut, "transnational", est très répandu ; la deuxième partie s'est efforcée de retracer le raisonnement de l'interprète - le plus souvent, le juge ou l'arbitre - pour découvrir et mettre en oeuvre ces principes. Mais de ceux-ci seule une définition a priori a été donnée en introduction, en fonction de celle que l'on admet en général pour les principes généraux rencontrés en droit interne (voir supra, p. 8).

Jusqu'à présent, cette définition se trouve largement vérifiée. On trouve bien en droit international des règles :

- non écrites, puisqu'elles sont dégagées à partir de la confrontation des droits nationaux des Etats ;
- de caractère juridique, puisque les juges et les arbitres internationaux s'appuient sur ces règles pour sanctionner les comportements des sujets du droit des gens qui ne les respectent pas ;
- générales et impersonnelles; dans la mesure où elles ont vocation à être appliquées dans un nombre indéterminé de situations semblables (mais contrairement à certaines sources du droit international, elles ne sont révélées qu'à propos de cas concrets) ;
- faisant un large appel à la subjectivité de l'interprète (la très large latitude de choix et même d'adaptation qui est laissée aux juges, aux diplomates ou aux auteurs, ne permet aucun doute sur ce point) ;
- sur lesquelles enfin des juristes de formations diverses peuvent se mettre d'accord (ce dernier caractère est plus discutable :

s'il est vrai en théorie, qu'aucun système n'est privilégié ; en pratique, il n'en est, bien souvent, pas ainsi).

On peut donc définir les principes généraux de droit comme les règles générales dégagées empiriquement de la concordance des solutions données à un problème juridique par les droits des divers Etats du monde, et transposées à la sphère des relations internationales.

C'est en fonction de cette définition que l'on tentera de déterminer la nature juridique de ces principes. Cependant, un problème préalable doit être examiné.

Certains auteurs ont en effet prétendu que les principes généraux de droit, s'ils étaient une source du droit international, n'étaient pas que cela et constituaient un système juridique autonome : le droit des contrats "quasi-internationaux".

- Les principes généraux constituent-ils un système juridique autonome ?

Partant de la constatation que les rares sentences arbitrales connues réglant les différends entre un Etat et un cocontractant privé étranger font très largement appel aux principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis plus haut, et se fondant sur des raisons d'opportunité, une partie de la doctrine en a tiré la conclusion que les principes généraux constituaient le droit des contrats quasi-internationaux - ou devaient le constituer (sur ce point les formules employées restent floues et il est difficile de déterminer si ces auteurs se placent au point de vue de la lex lata ou de lege ferenda).

Dans un article publié en 1957, lord McNAIR a popularisé cette thèse, déjà avancée par quelques auteurs isolés (1) :

(1) V. notamment J. E. S. FAWCETT, "The Legal Character of International Agreements", B. Y. B. I. L. 1953, pp. 381-391.

" It is submitted, écrivait-il, that the legal system appropriate
 " to the type of contract under consideration is not public inter-
 " national law, but shares with public international law a common
 " source of recruitment and inspiration, namely "the general
 " principles of law recognized by civilized nations " (2).

Son raisonnement était à peu près le suivant : les parties à ces contrats sont en général embarrassées en ce qui concerne le droit applicable, le droit local, dans les pays peu développés étant souvent mal adapté aux problèmes posés par les transactions commerciales importantes ou les concessions d'exploitation des ressources naturelles ; de même que le droit international public proprement dit s'est construit, largement et avec profit à partir des principes généraux, de même le droit des contrats quasi-internationaux aurait beaucoup à gagner s'il y avait recours.

Ces arguments ont été repris et systématisés depuis lors, notamment par M. LALIVE qui estime que les principes généraux applicables à ces contrats constituent une source commune au droit international, aux droits internes et au droit transnational, et forment un système juridique autonome (3). Et M. SEYERSTED, pour sa part, indique qu'il préfère également considérer que le droit applicable aux relations entre organisations inter-gouvernementales et personnes privées est constitué par les principes généraux de droit plutôt que par le droit international public à proprement parler.

" If we use the international law formula, we would be turning the
 " individuals into subjects of international law and expanding the
 " field of international law beyond its distinctive function : to

(2) "On peut estimer que le système juridique approprié à la catégorie de contrats dont il est question n'est pas le droit international public mais partage avec celui-ci une source d'inspiration de même origine, à savoir "les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", Arnold McNAIR, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", préc., p. 6.

(3) Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse...", préc., p. 297 ; V. aussi "Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company", I. C. L. Q., 1964, p. 1010.

" govern relations between sovereign communities (...) while in
 " actual fact we are creating a new legal system, the main sub-
 " stance of which is drawn from municipal rather than international
 " law " (4).

Sur le plan de la logique pure, il n'y a aucune raison de ne pas admettre l'existence de ce tiers ordre juridique, et l'on a fait remarquer à juste titre que le fait que les principes généraux de droit constituent une source du droit des gens n'empêche pas qu'ils existent aussi comme source principale d'un autre ordre juridique (5). Mais au point de vue pratique, on voit mal à quoi avance cette construction très abstraite.

" En se prononçant pour l'application aux contrats en question du
 " "droit transnational" ou des "principes généraux", on avance fi-
 " nalement aussi peu dans la connaissance effective des règles de
 " droit qu'en préconisant la soumission de ces contrats à la lex
 " contractus. On sacrifie au nominalisme sans progresser le moins
 " du monde " (6).

Du reste, on l'a déjà dit (v. supra p. 174s.), le souci premier des défenseurs de l'autonomie du tiers-ordre qui est d'éviter l'accession de l'individu à la vie juridique internationale paraît être une préoccupation assez vaine.

Il paraît plus commode, plus conforme à la réalité d'admettre que certains contrats conclus entre un Etat et une personne privée

(4) "Si l'on se rallie à la formule du droit international, cela revient à conférer à des individus le statut de sujets du droit international et à étendre le champ du droit international en dehors de sa fonction propre : régir les relations entre communautés souveraines (...) alors qu'en réalité, l'on crée un nouveau système juridique dont la substance est pour l'essentiel empruntée au droit interne et non au droit international", Finn SEYERSTED, "Applicable Law in Relations Between Intergovernmental Organizations and Private Parties", préc., p. 540. V. aussi C. Wilfred JENKS, The Proper Law of International Organizations, préc., p. 152s.

(5) Finn SEYERSTED, *ibid.*, p. 541 ; contra Prosper WEIL, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", préc., p. 184, mais nous comprenons ce dernier auteur lorsqu'il affirme qu'il est impossible de parler d'ordre juridique lorsque "les sources en sont communes à d'autres systèmes de droit" ; pourquoi pas ?

(6) Prosper WEIL, *ibid.*, p. 184.

étrangère sont régis par le droit international, quitte à souligner que dans cette matière, très nouvelle, les principes généraux constituent la source essentielle dont les praticiens et les juges devront faire application (7). Du reste, le droit interne ne comporte-t-il pas lui-même plusieurs "branches" ? et dans le droit interne, le droit administratif, c'est-à-dire celui qui régit les relations des personnes publiques avec les personnes privées, n'a-t-il pas, davantage que les autres branches, recours à des principes généraux ? pourquoi ne pas admettre qu'il en est de même en droit international ?

Au demeurant, d'un point de vue pratique et concret, ce problème n'a pas une importance fondamentale.

" It matters not very much whether an arbitral tribunal purports
 " to apply international law or the general principles since the
 " latter are part of the former, and the arbitral process is not
 " affected in the slightest by a dispute as to whether the contract
 " is governed by international law or the general principles, or
 " whether the latter be regarded as a system or not " (8).

En ce qui concerne le problème étudié, seule importe l'originalité de cette source ; or que les principes généraux de droit constituent dans certains cas un ordre autonome ou non, ils sont toujours issus des droits internes, c'est-à-dire d'un autre ordre juridique et c'est la raison pour laquelle, par souci de ne pas compliquer inutilement les problèmes, il n'y a guère d'inconvénients à se placer exclusivement sur le plan du droit international. Il suffit de préciser que par "droit

(7) En ce sens, Prosper WEIL, *ibid.*, p.184s. et F.A. MANN, " The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", B. Y. B. I. L., 1959, pp. 34-57.

(8) " Il n'importe guère de savoir si un tribunal international est censé appliquer le droit international ou les principes généraux puisque ces derniers font partie de celui-là, et le déroulement de l'arbitrage n'est pas affecté le moins du monde par la querelle pour déterminer si le contrat est régi par le droit international ou les principes généraux, ou si ces derniers doivent être considérés comme un système ou non", D. P. O'CONNELL, International Law, II p.1063.

international" il faut entendre ici " droit des gens " au sens classique du terme et droit "transnational", dans la mesure du moins où les rapports entre un Etat ou organisation internationale et une personne privée sont régis notamment par les principes généraux de droit.

Dans le cadre ainsi défini, les principes généraux de droit apparaissent d'une part comme une source " autonome ", " primaire " et " objective " du droit international (titre I), d'autre part, comme une source " supplétive " et " transitoire " (titre II).

Titre I

Une source autonome, primaire et objective

A propos de décisions arbitrales ayant admis l'intervention de l'Etat national des actionnaires dans un litige international, le juge AMMOUN, dans son opinion individuelle sur l'affaire de la Barcelona Traction (deuxième phase), a pu écrire :

" Et ce ne fut pas la première ni l'unique fois qu'une règle du droit
 " des gens a été considérée par les uns comme une norme coutu-
 " mière, par d'autres comme un principe de droit reconnu par les
 " nations, par d'autres enfin comme un principe tiré directement
 " de l'idée de droit. On ne résoudreait évidemment pas le problème
 " en se contentant de dire que les frontières entre ces diverses con-
 " ceptions demeurent estompées ou indécises. Il en est ainsi de la
 " règle de l'épuisement des recours internes qui fait l'objet de la
 " quatrième exception préliminaire dans l'affaire actuelle, et que
 " l'on fonde tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre des deux premières
 " conceptions. D'autre part, le principe de la protection des droits
 " de l'homme (...) a été considéré comme pouvant constituer, en
 " même temps, une norme juridique au titre des trois sources prin-
 " cipales du droit des gens, savoir : les conventions internationales,
 " la coutume internationale et les principes généraux de droit " (1).

Ces remarques mettent bien l'accent sur les incertitudes tant de la doctrine que de la pratique en ce qui concerne les domaines respectifs, et la définition même des différentes sources du droit international.

C'est à tenter de démêler ce problème que s'attache le présent titre, ou plus exactement à essayer d'établir quelle est la place qu'occupent les principes généraux de droit, tels qu'ils ont été définis, par rapport à la coutume, aux principes généraux du droit international, aux traités, à la jurisprudence, à l'équité ou au droit naturel, autant de

(1) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1970, op. indiv. AMMOUN, p. 302.

notions avec lesquelles on les a abusivement confondus et dont on a dit qu'ils dépendaient.

En fait, les principes généraux de droit ne se confondent avec aucune de ces notions et ne relèvent d'aucune autre source. Ni coutumes, ni principes généraux du droit international, ni jurisprudence, ils apparaissent comme une source autonome (Chapitre 1). Par ailleurs ne tirant leur validité d'aucune autre source, le problème se pose de savoir quel est leur fondement (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} - Une source autonome.

Parce que les tribunaux internationaux, et en premier lieu la Cour mondiale, ont utilisé des expressions très générales et vagues pour qualifier certaines règles de droit (1) ; parce que, en face des actes juridiques définis comme des "manifestations de volonté, imputables à un ou plusieurs sujets de droit international et destinées à créer une norme à laquelle le droit international rattache la création de droits et d'obligations" (2), il existe d'autres sources du droit des gens aux contours plus flous ; parce que, enfin, les internationalistes sont traditionnellement divisés en écoles de pensée irréconciliables qui les poussent souvent à préférer l'élaboration de solutions théoriques correspondant à leurs préférences doctrinales, à l'examen sans préjugé de la réalité, les notions de coutume, de principes généraux du droit international, de règles jurisprudentielles, et de principes généraux de droit ont souvent été amalgamées en un groupe indistinct.

Il n'est pas douteux qu'il existe certains points communs entre ces notions. Si les actes juridiques sont des manifestations de volonté, c'est-à-dire des "procédés" destinés à créer du droit, la coutume et les principes généraux du droit international ou de droit, sont des "processus" (3) ; c'est-à-dire qu'ils n'impliquent pas la formation instantanée de règles du droit international mais nécessitent l'intervention d'un interprète qui collecte un certain nombre de données préexistantes et, par une opération intellectuelle appropriée, découvre la règle derrière le fait. Dans les trois cas enfin, si la volonté des sujets du droit international apparaît parfois, celle-ci n'est jamais destinée à créer la règle.

Mais là s'arrêtent les ressemblances, et il est nécessaire de distinguer soigneusement les principes généraux de droit de la coutume d'une part (section 1), des principes généraux du droit international, d'autre part (section 2) et de montrer par ailleurs que malgré l'importance de l'intervention du juge dans la mise en oeuvre des principes, ceux-ci ne sont pas de simples créations de la jurisprudence (section 3).

(1) V. supra, p. 81 et pp. 85-86.

(2) Jean-Paul JACQUE, Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, préc., p. 181.

(3) En ce sens, Jacques DEHAUSSY, Les actes unilatéraux comme source du droit international, Cours I. H. E. I. 1966-67, ronéoté, p. 5

Sect. 1 - Les principes généraux de droit et la coutume.

On a souvent fait valoir que la ligne de démarcation entre la coutume et les principes généraux de droit n'est pas nette. Ainsi RUELLE, avocat de la Belgique dans l'affaire Oscar Chinn, soumise à la Cour Permanente de Justice Internationale posait un certain nombre de questions :

" Quels sont les principes généraux du droit dont parle l'article 38
 " du Statut de la Cour, en même temps que de la coutume interna-
 " tionale ? La Cour, est-il dit, applique, à côté du droit conven-
 " tionnel, la coutume et les principes généraux de droit reconnus
 " par les nations civilisées. Y a-t-il une différence entre l'un et
 " l'autre de ces éléments du droit ? Quelles sont les conditions
 " requises pour permettre d'affirmer l'existence d'un principe
 " général de droit par rapport à telle matière ?" (4).

Quarante ans plus tard, ces questions demeurent d'actualité et la réponse qu'il convient d'y donner oppose toujours les juristes. Certains, se fondant sur les points communs aux deux notions, les assimilent l'une à l'autre (paragr. 1), alors qu'en fait elles sont nettement distinctes (paragr. 2).

Paragr. 1 - Certaines théories nient la différence entre coutumes et principes généraux de droit.

La démonstration la plus convaincante de l'assimilation entre principes généraux de droit et coutumes reste probablement celle de Georges SCELLE. Pour lui :

" Les soi-disant principes généraux du droit sont des coutumes gé-
 " nérales qui se dégagent des rapports internationaux comme de
 " l'activité législative, réglementaire, judiciaire, administrative
 " des autorités étatiques. En tant qu'ils peuvent affecter les rap-
 " ports internationaux, tous ces actes aboutissent par leur sponta-
 " néité, leur parallélisme, leur répétition, à dégager une règle
 " d'action ou de "compétence", une "pratique générale acceptée
 " comme étant le droit" par les nations civilisées " (5).

(4) Oscar Chinn, C. P. J. I., série C n° 75, exposé RUELLE, pp. 282-283.

V. aussi Bin CHENG, General Principles of Law..., préc., p. 23.

(5) Georges SCELLE, Manuel élémentaire de droit international public, préc., p. 401.

Et, si l'alinéa 1 (b) du Statut de la Cour de La Haye vise à la fois les coutumes spéciales et les coutumes générales, l'alinéa c), pour sa part ne vise que les coutumes absolument générales nécessaires à tous les ordres juridiques.

Une telle théorie repose sur un double postulat : d'une part droit interne et droit international ne constituent pas deux ordres juridiques distincts ; c'est le "monisme" ; d'autre part, il existe des règles nécessaires dans toute société ; c'est l'"objectivisme". Ces deux présupposés ressortent clairement de cette autre citation :

" Un adepte de la doctrine moniste ne peut voir dans les principes
 " généraux de l'article 38 qu'un phénomène d'élaboration coutumiè-
 " re du droit des gens.
 " Le fait que ces principes sont communs à un grand nombre de sys-
 " tèmes juridiques codifiés, permet en effet de supposer qu'il s'agit
 " là de règles nécessaires à la vie de toute société politique.
 " Il nous paraît conforme à la réalité des choses de voir dans la
 " concordance des principes d'un grand nombre de législations un
 " phénomène de coutume parce que nous y trouvons en effet les
 " éléments de la coutume : l'autonomie de l'acte - règle ; sa répé-
 " titon concordante ; sa double acceptation, dans chaque ordre
 " juridique, d'abord, dans l'opinion commune ensuite " (6).

Cependant, bien qu'elle soit apparemment logique et cohérente cette explication est fort discutable. En effet, même en partant des mêmes présupposés que l'auteur de ces propositions, sur un point au moins elles ne paraissent pas acceptables : comment expliquer en effet que des règles apparues dans l'ordre interne - ordre subordonné - puissent donner naissance à une règle dans l'ordre supérieur ? Certes, si la règle existe AUSSI en droit international, il peut s'agir d'une norme objective ; mais qu'en est-il si ce n'est pas le cas ? Or, dans les deux premières parties de cette recherche on a rencontré de nombreux principes généraux déduits exclusivement des droits internes. Par ailleurs, et même dans la mesure où le système "scellien" permet de

(6) Georges SCELLE, "Essai sur les sources formelles du droit international", Rec. GENY III, p. 424.

répondre à cette objection, il n'en reste pas moins qu'en pratique certaines de ces "coutumes générales" sont issues des droits internes, d'autres, directement du droit international, différence qu'il faut mettre en évidence même si, ensuite, l'on intègre les deux notions dans une même catégorie.

Quoiqu'il en soit la thèse de Georges SCELLE a un grand mérite : l'assimilation entre coutumes et principes généraux y est voulue, délibérée, "doctrinale". Tel n'est pas le cas bien souvent. Pour certains auteurs, en effet, cette assimilation ne résulte pas d'une attitude réfléchie mais d'une analyse superficielle de la jurisprudence ou du souci d'introduire à tout prix une simplification artificielle dans un domaine qui s'y prête mal.

KOPELMANAS, pour lequel n'existent que trois sources de droit, la coutume, la loi et la jurisprudence, nie, pour sa part, l'existence même des principes généraux de droit :

" Il ne faut pas hésiter à dire que le troisième paragraphe de l'article 38 ne signifie au fond rien du tout et qu'en dehors du droit conventionnel et du droit coutumier, le Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale ne reconnaît la jurisprudence en tant que source formelle du droit qu'en cas d'accord entre les Parties " (7).

La jurisprudence internationale, il est vrai, encourage cette tendance à la confusion entre coutume et principes généraux et les doutes que l'on peut avoir en ce qui concerne l'existence autonome des principes généraux de droit. Si les formules très vagues auxquelles fait appel la Cour de La Haye autorisent toutes les interprétations, certaines opinions personnelles de ses membres portent la marque du désarroi des juges face à ces notions. Ainsi, ALFARO, écrit, à propos de l'estoppel :

(7) Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38, 3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale", préc., p. 307. On retrouve cette même tentation de nier l'originalité des principes généraux de droit chez Clive PARRY, The Sources and Evidences of International Law, préc., p. 90.

" Tout en m'abstenant de discuter le point de savoir si le principe
 " de l'effet obligatoire des propres actes d'un pays à l'égard des
 " droits en litige avec un autre Etat fait ou non partie du droit in-
 " ternational coutumier, je n'hésite pas à affirmer que ce principe,
 " reconnu dans le monde entier depuis le temps des Romains, est
 " un des principes généraux de droit reconnus par les nations civi-
 " lisées", applicables et souvent appliqués par la Cour Internatio-
 " nale de Justice en vertu de l'article 38, paragraphe 1 (c), de son
 " Statut " (8).

Et, dans l'affaire de la Barcelona Traction, le juge AMMOUN marque, pour sa part, sa perplexité en ce qui concerne la nature juridique de la protection diplomatique :

" Le droit de l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes,
 " décisions, omissions ou mesures contraires au droit international
 " imputés à un autre Etat étant indéniable, il serait utile d'en re-
 " chercher la nature ou le fondement juridique pour en déduire les
 " conséquences de droit et la portée d'application que soulève la
 " présente affaire. La question sur laquelle il y aurait intérêt à
 " se prononcer consisterait à se demander si la protection diploma-
 " tique découlerait (sic) d'un principe général de droit reconnu par
 " les nations (art. 38, paragr. 1 c) du Statut de la Cour) ou bien
 " d'une coutume internationale (paragr. 1 b) dudit article " (9).

Dans ces deux exemples, les juges ALFARO et AMMOUN se contentent de souligner que le problème de la nature juridique se pose au sujet des deux institutions étudiées et qu'ils ne peuvent répondre à la question de savoir s'il s'agit de principes généraux de droit ou de coutumes. Dans d'autres cas, les membres de la Cour mondiale ont pris beaucoup plus franchement position et commis une erreur, en fonction du moins de la définition donnée plus haut des principes généraux de droit. A titre d'exemples, on peut citer les opinions dissidentes de deux juges de la Cour Permanente, le Jonkheer VAN EYSINGA et URRUTIA, à propos de la règle de l'épuisement des recours internes :

" On a dit que la Cour, écrit le premier, tenue aux termes de l'ar-
 " ticle 38 du Statut de la Cour, d'appliquer les principes généraux

(8) Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1962, op. indiv. ALFARO, p. 43.

(9) Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1970, op. indiv. AMMOUN, p. 301. V. aussi supra, p. 331, un autre extrait de cette opinion.

" de droit reconnus par les nations civilisées, devrait, partant,
 " appliquer la règle de l'épuisement des instances nationales.
 " Cette obligation n'est pas niée " (10).

et URRUTIA, peu de temps après, a abondé dans le même sens (11). Or, la règle de l'épuisement des recours internes est par son essence même internationale ; elle ne saurait trouver son origine dans les droits internes des Etats ; il ne peut s'agir que d'une coutume internationale.

Il faut noter que la réciproque n'est pas vrai et que l'on ne peut trouver d'exemples de normes qui "par essence" appartiendraient à l'ordre international puisque celui-ci a une vocation générale (v. supra, p. 4). Il y a là d'ailleurs un motif supplémentaire de confusion entre les notions de principes généraux de droit et de coutume car si tout principe a vocation à devenir une coutume internationale, il n'en va évidemment pas de même de mouvement inverse (v. infra, titre 2, chapitre 2).

Paragr. 2 - Il est impossible d'assimiler principes généraux de droit et coutume.

A ces motifs de confusion entre principes généraux de droit et coutume qui tiennent à l'imprécision de la jurisprudence et au caractère "transitoire" des principes, s'en ajoutent d'autres du fait des ressemblances que ces deux notions présentent sous certains aspects.

Ni les principes généraux de droit, ni la coutume ne supposent l'existence d'un support formel ; ce sont des règles à l'état latent, de formation "spontanée" ; c'est-à-dire qu'elles résultent de la constatation et de la systématisation de certains faits. Leur ressemblance à cet égard est telle que l'on a pu dire qu'elles résultaient d'un même

(10) Chemin de fer Panevezys - Saldutiskis, arrêt, 1939, C. P. J. I., série A/B, n° 76, op. diss. VAN EYSINGA, p. 40.

(11) Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C. P. J. I., série A/B n° 77, op. diss. URRUTIA, p. 104.

"processus" (12). D'une certaine manière, on a pu dire aussi, s'agissant des principes du droit interne, que coutumes et principes généraux de droit présentaient tous deux un élément psychologique alors que l'élément matériel ferait défaut pour ces derniers :

" Dépourvues de cet apport d'ordre concret qui confère à la règle
 " coutumière le minimum de précision nécessaire à toute règle de
 " droit, les croyances dont procèdent certains principes généraux
 " restent à l'état de sentimens diffus, ne sont en définitive que des
 " données justement qualifiées de brutes, qui ne pourront accéder
 " à la vie juridique qu'après avoir subi une transformation " (13).

On peut même aller plus loin, en tout cas en ce qui concerne les principes généraux de droit applicables en droit des gens. Comme la coutume, ils comportent à la fois un élément psychologique et un élément matériel qui "ne sont pas autre chose que les données extérieures grâce auxquelles il est permis de reconnaître que la règle (...) en tant que règle non extériorisée autrement, existe et agit " (14).

Mais si la coutume et les principes généraux de droit se manifestent l'un et l'autre par un élément psychologique et un élément matériel, les différences apparaissent lorsqu'il s'agit de déterminer en quoi consistent ces éléments .

En ce qui concerne l'élément matériel, dans les deux cas, on pourrait admettre la définition donnée en 1965 par le Tribunal arbitral appelé à se prononcer sur l'interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie : "seule une pratique constante, effectivement suivie et sans changement peut devenir génératrice d'une règle de droit international coutumier " (15) ou d'un principe général de droit. Mais, alors que "les seuls actes générateurs de la coutume internationale sont les actes émanés des organes

(12) Alfred VON VERDROSS, "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", préc., p. 49.

(13) Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, préc., p. 237. V. aussi D. P. O'CONNELL, International Law, préc., p. 7.

(14) Roberto AGO, "Droit positif et droit international", préc., p. 50.

(15) Sentence du 17 juillet 1965, R. G. D. I. P., p. 484.

juridiques ayant compétence dans l'ordre international et provenant, selon les cas, d'organes étatiques ou d'organes inter-étatiques" (16), les actes qui peuvent être à l'origine des principes généraux de droit sont au contraire les actes juridiques ou les pratiques coutumières internes qui sont exclusivement destinées à faire droit dans l'ordre interne. Ce n'est pas l'origine de la règle qui diffère (puisque la loi ou la jurisprudence internes peuvent fort bien être à l'origine d'une coutume internationale comme d'un principe général de droit), mais sa "destination". La règle coutumière résulte d'une série de pratiques ayant des effets dans l'ordre international ; le principe général de droit est le résultat de la confrontation de normes internes ne comportant aucun caractère d'extranéité.

Quant à l'élément psychologique (dont on a parfois mis en doute la nécessité) (17) il consiste, pour la coutume dans "le sentiment" des Etats "de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique" (18) ; pour les principes généraux de droit il s'agit d'un double phénomène très différent. D'une part, le caractère obligatoire de la norme dans l'ordre interne est indispensable : ce sont des principes généraux de droit reconnus par les Etats ; d'autre part lorsqu'un organe du droit international la met en oeuvre il doit avoir acquis la conviction que le principe en question est applicable aux rapports internationaux à la suite du raisonnement par analogie que l'on a tenté de décrire dans la deuxième partie de cette recherche. (L'apport de l'interprète dans la recherche de la règle est donc plus important dans le cas des principes que dans celui de la coutume : pour celle-ci il constate à la fois l'existence de l'élément matériel et celle de l'élément psychologique ; pour ceux-là il constate l'élément matériel mais apprécie l'application du principe dans l'ordre international (v. infra, section 3).

(16) Charles ROUSSEAU, Droit international public, préc., I, p. 329. (C'est l'auteur qui souligne).

(17) V. Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, préc., I, p. 94s.

(18) Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C. I. J., Rec. 1969, p. 44.

De constatations comparables, M. Ulrich SCHEUNER a déduit que les principes généraux de droit constituaient la partie du droit coutumier dont l'origine est dans le droit interne (19). Cette présentation adroite, ménage toutes les théories et, reconnaissant que principes et coutume constituent une même notion, met bien l'accent sur ce qui les sépare.

Il paraît cependant difficile de se rallier à cette formule de compromis : d'une part les différences entre principes généraux de droit et coutume sont telles qu'il paraît normal de les distinguer plus nettement ; leur origine, leur nature, leur fonction même (v. infra, titre II, chapitre I) divergent. D'autre part et surtout cette présentation ne rend pas compte de la spécificité de la notion de principes généraux de droit attestée notamment par la rédaction de l'article 38, paragr. 1 du Statut de la Cour Internationale de Justice : pourquoi avoir distingué coutume et principes et les avoir répartis en deux alinéas s'il s'agit d'une notion unique ? (20). Il ne faut pas oublier, par ailleurs, que la distinction a été reprise par de nombreux traités et par la jurisprudence (v. supra, p. 99s.)

Pour ces raisons, nombreuses, il semble donc bien établi que la coutume et les principes généraux de droit, correspondant à des notions distinctes, constituent des sources autonomes du droit des gens. Cette autonomie ne signifie du reste aucunement qu'outre les ressemblances signalées, ces deux sources n'aient pas des liens multiples et importants, que ce soit en ce qui concerne leur fondement, leur place respective dans la hiérarchie des sources du droit international, et même la transformation des principes généraux de droit en principes coutumiers. Tous ces problèmes seront étudiés dans les chapitres qui suivent.

(19) Ulrich SCHEUNER, "L'influence du droit interne sur la formation du droit international", préc., p. 144.

(20) En ce sens, v. par exemple, Charles ROUSSEAU, Droit international public, préc., I, p. 374 et Alfred VON VERDROSS, "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", préc., p. 47.

Sect. 2 - Les principes généraux de droit et les principes généraux du droit international.

Le terme " principes " est aussi commode que vague ; c'est d'ailleurs la difficulté de le définir nettement qui en rend l'emploi particulièrement aisé. Le Dictionnaire de la terminologie juridique publié sous la direction de BASDEVANT distingue sept sens différents dont cinq pour l'expression "principes du droit international" dont il sépare les "principes de droit" et les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" (p. 472s.).

Les discussions entre internationalistes sur les différentes catégories de principes généraux applicables en droit international partent en général de la signification de l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour mondiale. Même en adoptant ce point de départ et en simplifiant au maximum, il n'est pas possible de distinguer moins de quatre thèses en présence - encore l'une d'entre elles comprend-elle deux variantes distinctes : certains auteurs considèrent que l'article 38-1 (c) du Statut vise exclusivement les principes généraux du droit international qui sont définis soit comme des extrapolations effectuées à partir des deux autres sources du droit des gens, soit comme de grandes règles de comportement pour les Etats, règles qui apparaissent à première vue comme politiques (1).

- pour d'autres, il s'agit à la fois des principes généraux de droit et du droit international (2) ;

- pour certains, ces principes doivent être définis plus largement encore et comportent les principes inhérents à tout système juridique (3) ;

- les autres, enfin, estiment que l'article 38 ne vise que les principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis, et eux seuls (4).

- 1). Les principes généraux visés par l'article 38 comportent les principes généraux du droit international, eux seuls :

Bien que les thèses regroupées ici se divisent en deux variantes quant à la définition de l'expression " principes généraux du droit international ", il est possible de les examiner conjointement car les arguments invoqués dans l'un et l'autre cas se recoupent en grande partie. Pour les auteurs qui s'y rallient il s'agit avant tout d'affirmer leur hostilité au phénomène de la transposition lui-même et à ses prémisses : la recherche des principes généraux dans les ordres internes des Etats (v. supra, p.197s et 274s). Ces arguments, inspirés par un dualisme strict et un volontarisme sourcilleux ont déjà été présentés de façon assez détaillée et il n'est pas utile d'y revenir (21) .

A ce point de vue, il faut reconnaître que cette thèse trouve l'appui de quelques sentences internationales. En premier lieu il faut citer le fameux arrêt rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire du Lotus :

" Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs " (22) .

Cette jurisprudence est restée cependant, relativement isolée.

Les tenants de l'assimilation entre principes de l'article 38-1 (c) et principes du droit international font également valoir un

(21) Outre les références données p. 198 et 276 v. I. I. LUKASHUK, "Sources of Present Day International Law" in Contemporary International Law, Gregory TUNKIN, éd., Progress Publishers, Moscou, 1969, p. 186.

(22) Lotus, arrêt n° 9, 1927, C. P. J. I., série A n° 10, p. 18.

argument de texte : si, disent-ils, avant 1945, l'on pouvait, à la rigueur soutenir que les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" étaient issus des droits internes, cela n'est plus possible depuis que fut spécifié, en tête de cette disposition, que "La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international, les différends qui lui sont soumis, applique..." ; dès lors les sources énumérées ensuite ne peuvent être, selon eux, que des sources du droit international.

Cette argumentation n'est guère convaincante. D'une part la portée de la modification de 1945 n'est certainement pas bien grande : la Cour Permanente s'était toujours considérée comme un organe du droit international (23). D'autre part et surtout dire que les principes généraux de droit sont issus des droits internes, ne signifie pas que l'on applique des règles de droit interne. Il y a là une fausse logique : encore une fois il ne s'agit pas d'importer des règles de droit interne purement et simplement dans le droit international ; le fait que des règles soient reconnues par les droits nationaux n'est que la preuve, la manifestation de l'existence possible d'un principe, ce n'est qu'à la suite d'un processus logique qui, bien souvent, modifie assez profondément la substance de la règle, que l'on pourra réellement appliquer dans l'ordre international le principe, qui est devenu alors une norme du droit des gens.

Force est d'admettre cependant que la pratique et la jurisprudence internationales ne démentent pas toujours les arguments des partisans de l'assimilation des principes généraux de l'article 38 aux principes du droit international. Dans les affaires du Sud-Ouest africain, la Cour mondiale a refusé d'admettre la conformité au droit international de l'actio popularis car

" s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent
" cette notion, le droit international, tel qu'il existe actuellement

(23) En ce sens, v. supra, p. 63. V. aussi, l'arrêt Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C. P. J. I., série A, n° 7, dans lequel la Cour parle du "Droit international et de la Cour qui en est l'organe", préc., p. 19.

" ne la reconnaît pas et la Cour ne saurait y voir l'un des "principes généraux de droit" mentionnés à l'article 38, paragr. 1 (c) " de son Statut " (24).

Du même coup, il semble que la Cour a reconnu que pour entrer dans la catégorie des principes généraux de droit de l'article 38, une règle devait avoir fait l'objet d'une réception spécifique en droit international. Mais la portée de cet arrêt très discuté est difficile à analyser car la Cour dit : "s'il se peut que CERTAINS systèmes reconnaissent cette notion ..." ; du même coup est réservée l'hypothèse dans laquelle l'ensemble des systèmes juridiques connaîtraient cette notion, la seule à retenir pour les principes d'applicabilité générale (v. supra, p. 232s.)

Si l'on admet cependant que les principes de l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour sont les "principes généraux du droit international", il reste à se demander ce qui les caractérise. A cet égard il existe une coupure assez nette entre les juristes des pays de l'Est et les auteurs occidentaux.

Pour la plupart de ces derniers, les principes du droit international sont ceux que l'on peut dégager de l'esprit des traités et de la coutume. De même qu'en droit interne les principes généraux du droit civil ou du droit administratif sont en général considérés comme les résultats de la généralisation par l'interprète des règles posées par les lois ou les coutumes (25), de même les principes généraux du droit international seraient l'aboutissement d'un raisonnement consistant à extraire les principes sous-jacents aux conventions ou à la coutume (26). Mais, dans ce cas, les principes généraux de droit visés par l'article 38 du Statut de la juridiction de La Haye sont simplement des coutumes présentant un très grand degré de généralité et ils ne constituent pas une source autonome. Le professeur VIRALLY fait remarquer à cet égard :

(24) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1966, p. 47.

(25) V. par exemple Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative ou Germain WATRIN, "Forces centrifuges dans le droit contemporain", Mél. TROTABAS, p. 481s.

(26) En ce sens, v. parmi beaucoup d'autres, Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international public, préc., p. 259s.

" Les principes généraux du droit sont considérés par certains
 " comme une source particulière du droit. Il suffit de traduire
 " "source du droit" par "mode de formation du droit" pour se
 " convaincre qu'il n'en est rien. Ce sont, en réalité, des règles
 " d'une très grande généralité d'application, qui se retrouvent
 " dans de nombreuses parties d'un ordre juridique et peuvent donc
 " être considérées comme le dominant dans son ensemble. Elles
 " sont découvertes par déduction, à la suite d'une étude de l'ordre
 " juridique tout entier (27), considéré dans son esprit, c'est-à-
 " dire dans les valeurs qu'il consacre. Les "principes généraux
 " du droit" représentent par conséquent, des règles coutumières
 " dont les caractères très particuliers découlent de l'importance
 " du travail d'abstraction auquel il faut se livrer pour les rendre
 " apparentes " (28).

Au contraire, comme cela a été dit plus haut, les principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis, sont nettement distincts de la coutume.

Rien, bien sûr, n'empêche d'utiliser ce raisonnement par déduction dans l'ordre international, mais les principes auxquels il aboutit, ne constituent pas une source autonome et, dans ces conditions, on comprend mal ce qui différencie les coutumes de l'alinéa b) et les principes de l'alinéa c) de l'article 38, paragr. 1 du Statut de la Cour Internationale de Justice. "Or on sait que c'est un principe fondamental d'interprétation que tout texte doit être interprété de façon à avoir une signification et que doit être exclue une interprétation qui le dépouillerait de sa valeur " (29). On a d'ailleurs fait remarquer que, alors que la première convention de La Haye de 1899 déclarait que, pour déterminer sa compétence, le Tribunal arbitral devait appliquer "les principes du droit international " (article 48), cette

(27) Il n'y a aucune raison, croyons-nous, pour que cette étude porte obligatoirement sur l'ordre juridique "tout entier" ; elle peut très bien n'envisager que les règles concernant un domaine précis ; cela ne change rien au résultat atteint : il s'agira toujours de règles coutumières ; simplement leur caractère général sera moindre.

(28) Michel VIRALLY, La pensée juridique, préc., p. 171.

(29) Charles ROUSSEAU, Droit international public, préc., I, p. 374. Dans le même sens, v. notamment Max HABICHT, "Le pouvoir du juge international de statuer ex aequo et bono", R. C. A. D. I., 1934-III, n° 49, p. 286. V. aussi les auteurs cités dans la note suivante.

expression fut remplacée en 1907 par "les principes du droit" (article 73) ; ceci montre bien qu'il existe, à côté des principes généraux du droit international, d'autres principes qui en sont nettement distincts (30).

C'est vraisemblablement pour répondre à ces critiques que les auteurs qui, pour des raisons doctrinales, maintiennent cependant que les principes de l'article 38 sont les principes généraux du droit international ont tenté de les individualiser nettement en mettant l'accent sur leurs caractères propres. Si on laisse de côté, pour l'instant les théories qui font de ces principes des normes de jus cogens (v. infra, titre II, chapitre 1), il s'agit essentiellement des thèses soutenues par la très grande majorité de la doctrine socialiste :

" Soviet scholarship, after World War II, began to stress, as
 " another fundamental source of law, basic concepts and princi-
 " ples of international law. These could be viewed as the Soviet
 " interpretation of the general principles of law of article 38,
 " par. 1 (c) of the Statute of the International Court of Justice (...)
 " The general principles of law became for most Soviet theorists
 " a series of "basic laws, norms and concepts" of legal, political,
 " ideological and ethical content. The great majority of these
 " principles have their origins, in one way or another, either in
 " traditional international law or in treaty law, and thus have been
 " accepted universally " (31).

(30) Jules BASDEVANT, "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 500 ; v. aussi Louis CAVARE, Le droit international public positif, 3ème éd. mise à jour par Jean-Pierre QUENEUDEC, Pédone, 1967, p. 241.

(31) "La doctrine soviétique, après la seconde guerre mondiale, commença à mettre l'accent sur une autre source de droit fondamentale, les concepts et les principes de base du droit international. C'est ainsi que l'on pourrait décrire l'interprétation soviétique des principes généraux de droit de l'article 38, paragr. 1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice (...). Les principes généraux de droit devinrent alors pour la plupart des théoriciens soviétiques une série de "règles, normes et concepts de base" au contenu juridique, politique, idéologique et éthique. La grande majorité de ces principes trouvent leurs origines, d'une manière ou d'une autre ou bien dans le droit international coutumier ou dans le droit conventionnel et ont ainsi reçu une acceptation universelle", Jan F. TAISKA and Robert M. SLUSSER, "Treaties and Other Sources of Order in International Relations : the Soviet View", A. J. I. L., 1958, p. 723. (Ce sont les auteurs qui soulignent). V. aussi la description que donne Géza HERCZEGH (qui ne se rattache pas à ce courant) de la doctrine socialiste dominante, General Principles of Law and International Legal Order, préc., p. 22s. et Gregory I. TUNKIN, Droit international public, Problèmes théoriques, préc., p. 123 s.

Quoique certains auteurs aient pris soin d'indiquer que ces principes doivent être suffisamment précis pour présenter le caractère de véritables règles de droit (32), il s'agit parfois de principes avant tout politiques, dont la portée doit être appréciée plutôt de lege ferenda. Parmi les principes le plus souvent mentionnés, on peut citer l'interdiction de l'agression, la coexistence pacifique, la coopération mutuelle, ou même la souveraineté ou la bonne foi ; les principes de Bandoung ou ceux proclamés ensuite par les Nations Unies auraient, d'une manière générale ce caractère.

Il va de soi que, dans la mesure où l'article 38 du Statut de la Cour énumère des sources de DROIT - ce qui n'est pas douteux - il exclut du même coup les règles de conduite politique (33) ; mais il paraît très excessif de considérer qu'aucun de ces principes ne possède un caractère juridique. Le doyen COLLIARD a bien mis en évidence leur caractère "mixte", "politico-juridique" ou "économico-juridique" (34) et insisté sur l'applicabilité et le caractère contraignant de certains d'entre eux (35), mais on ne saurait, pour autant, considérer qu'ils constituent les principes que doit appliquer la Cour mondiale conjointement avec les traités et les coutumes, car ils ne diffèrent pas, par leur nature, de ces dernières. Sans doute, n'exigent-ils pas forcément que la pratique sur laquelle ils sont établis ait couvert un long laps de temps (36) mais la durée est de moins en moins considérée comme un élément indispensable à l'existence d'une règle coutumière ; et, en définitive, rien ne les distingue de la coutume, même pas la nécessité d'un travail d'abstraction plus important, comme

(32) V. Géza HERCZEGH, *ibid.*, p. 78-90 et V. OTRATA, "Sur la notion de principes communs et fondamentaux", Résumé in L'U. R. S. S. et les pays de l'Est, 1961, pp. 58-59.

(33) En ce sens, par exemple, Claude-Albert COLLIARD, Institutions Internationales, Dalloz, Paris, 4ème éd., 1967, p. 263 et Cours de droit international public, Les cours de Droit, Paris, 1969-1970, p. 148.

(34) *Ibid.*, p. 149 et 151.

(35) "A propos du "Droit international public" de Charles ROUSSEAU", R. G. D. I. P., 1971, pp. 350-351.

(36) En ce sens, v. Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C. I. J., Rec. 1969, op. diss. KORETSKY, pp. 157-158.

c'était le cas pour les principes "extrapolés" à partir des règles existantes du droit international (v. supra, p. 345) (37).

Il apparaît donc que les "principes du droit international", quelle que soit leur définition, sont distincts des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" mais s'apparentent au contraire aux règles coutumières.

- 2). Les principes généraux mentionnés par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Mondiale comportent à la fois les principes généraux du droit international et les principes issus des droits internes.

La thèse selon laquelle les principes généraux de droit recouvrent à la fois la catégorie des principes issus des droits nationaux et celle des principes du droit international est extrêmement répandue parmi les auteurs occidentaux (38). Toutefois, malgré leur accord apparent, ceux-ci développent des théories voisines mais différentes. Une lecture attentive de leurs ouvrages permet de les classer en trois "sous-groupes" que des nuances séparent.

Pour les uns, les plus nombreux, l'article 38-1 (c) vise en effet les principes généraux de droit interne et ceux qui appartiennent en propre au droit international. C'est le cas du professeur VERDROSS dont la pensée a beaucoup évolué sur ce point : alors que, dans un premier temps, il fut un défenseur ardent de l'idée selon laquelle les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées

(37) Le professeur Charles CHAUMONT fait remarquer qu'assimiler les principes généraux de droit de l'article 38 aux principes de la Charte des Nations Unies est également superflu, puisque, "bien évidemment, le juge est lié, comme tout organe des Nations Unies, par les règles fondamentales énoncées par les articles 1 et 2 de la Charte (...). D'ailleurs, parmi ceux-ci, il en est qui ont un contenu juridico-politique qui dépasse la compétence ou les moyens d'action de la Cour Internationale de Justice", "Cours général de droit international public", préc., pp. 457-458.

(38) C'est aussi le cas de quelques auteurs socialistes, ainsi le Hongrois B. VITANYI (cité par Géza HERCZEGH, General Principles of Law and International Legal Order, préc., p. 22) ou le Soviétique D. B. LEVIN (cité par Gregory TUNKIN, Droit international public, Problèmes théoriques, préc., p. 124.

ne pouvaient être que les principes extraits de l'esprit des institutions internes (39), il pense maintenant :

"Aus diesen "travaux préparatoires" sowie aus dem Wortlaut des Art. 38 Abs 1 (c) ergibt sich, das der Gerichtshof auf zwischenstaatliche Streitigkeiten niemals die übereinstimmenden innerstaatlichen Rechtsnormen als solche, sondern nur allgemeine Rechtsgrundsätze anwenden kann, welche die Grundlage des übereinstimmenden innerstaatlichen Rechts bilden, insofern diese auf den zwischenstaatlichen Bereich anwendbar sind, oder die in anderer Weise von den "zivilisierten Staaten" anerkannt werden " (40).

Nombreux sont les auteurs qui partagent cette opinion ; c'est le cas notamment d'ANZILOTTI qui estime cependant que la Cour ne doit faire appel aux principes issus des droits internes qu'en dernier ressort (41), de M. Benoît JEANNEAU (42) ou du professeur Charles ROUSSEAU. Ce dernier présente cependant les choses un peu différemment puisqu'il pense que les principes généraux de l'article 38 sont d'une part les principes spéciaux à l'ordre juridique international et d'autre part les principes communs à l'ordre juridique interne et à l'ordre juridique international, mais en fait, il entend par

(39) "Règles générales du droit international de la paix", R. C. A. D. I. 1929-V, n° 30, notamment pp. 302-303 ; "Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", (Rapport à l'I. D. I., 1932), préc., notamment p. 289 ; "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale" (1935), préc., notamment p. 223. Déjà en 1934 cependant, VERDROSS a écrit : "les principes généraux du droit applicables dans les relations internationales ne sont pas seulement ceux qui se trouvent à la base du droit interne, mais encore d'autres tirés directement de la nature du droit international public lui-même" ("Les principes généraux du droit et les droits des gens", R. D. I., 1934, p. 498) mais il ne s'agissait pas d'analyser l'article 38, paragr. 3 du Statut de la C. P. J. I.

(40) "Des travaux préparatoires comme du texte même de l'article 38-1 (c), il apparaît que la Cour ne peut jamais utiliser les normes de droit commun internes reçues dans chaque Etat comme telles, mais seulement les fondements du droit commun qui constituent les bases des normes juridiques reconnues à l'intérieur des Etats pour autant que celles-ci soient utilisables pour un litige international ou bien celles qui d'une autre façon sont reconnues par les nations civilisées", Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1937, préc., p. 124. V. aussi, "Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public", Mél. GUGGENHEIM, p. 525 ; Kann die Generalversammlung der Vereinten Nationen das Völkerrecht weiterbilden ? ", Z. a. ö. R. V., 1966, pp. 690 - 697 ; et "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", (1938), préc., p. 49s., article qui marque sans doute le tournant de la pensée du professeur autrichien.

(41) Dionisio ANZILOTTI, Cours de droit international, préc., pp. 117-118.

(42) Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative française, préc., p. 213s.

cette expression les principes issus des droits internes et transposés en droit international, c'est-à-dire, les "principes généraux de droit" tels qu'ils ont été définis (43).

Quant au professeur REUTER s'il paraît également penser que les principes généraux de droit sont à la fois les principes du droit international public et les principes communs à tous les droits nationaux, il prend bien soin de préciser que les premiers sont en fait des règles coutumières, il est donc difficile de l'inclure parmi les tenants de cette explication de l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour mondiale (44).

Pour une autre partie de la doctrine, cette disposition vise à la fois les principes issus des droits nationaux et ceux qui sont communs aux systèmes juridiques internes et au droit international (45). D'autres internationalistes enfin voient dans les "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", à la fois les principes généraux de droit communs aux droits étatiques et ceux que l'on retrouve dans tout ordre juridique quel qu'il soit, se rapprochant ainsi des auteurs étudiés infra (n° 3) (46).

On ne saurait, ici encore, sous-estimer les raisons sur lesquelles s'appuient les auteurs qui considèrent que l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour recouvre plusieurs catégories de principes. Avant tout, il n'est pas douteux que l'on trouve dans la jurisprudence internationale et, notamment dans les décisions et avis de la Cour mondiale des arguments en ce sens et que celle-ci a parfois qualifié de "principes généralement acceptés"(47) ou de "principes généraux et bien

(43) Droit international public, préc., p. 379s.

(44) Droit international public, P.U.F. 1968, p. 56s.; v. aussi, s'agissant des principes utilisés par la C. J. C. E., "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux du droit", préc., p. 265s. et 281.

(45) V. notamment Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit, préc., passim.

(46) V. par exemple, Manley HUDSON, La Cour Permanente de Justice Internationale, éd. française établie par le Baron d'HONINCTUM, Pédone, Paris, 1936, p. 619; D. P. O'CONNELL, International Law, préc., I, p. 13; et, peut-être, André BLONDEL, "Les principes généraux de droit devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice", préc., passim.

(47) Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C. I. J., Rec. 1957, p. 142 ("une fois la Cour valablement saisie d'un

reconnus" (48) des règles spécifiques à l'ordre juridique international mais elle n'a jamais, semble-t-il, rattaché expressément ces règles à l'article 38 de son Statut.

Le professeur AKEHURST a fait valoir un autre argument, très "pratique", dans le sens de la thèse analysée ici : si, dit-il, l'article 38-1 (c) a été introduit dans le Statut, c'est, essentiellement, pour permettre au juge de statuer, en dépit des silences du droit international ; dès lors "the greater the number of meanings which the phrase possesses, the greater the chance of finding something to fill gaps in treaty law and eustomary law " (49). L'argument ne serait pas sans valeur s'il était impossible de recourir aux principes généraux du droit international en l'absence d'autorisation expresse ; mais ce n'est pas le cas : tout système juridique autorise le juge - et, en général, l'y oblige - à régler une situation nouvelle en fonction de généralisations successives des règles existantes jusqu'à ce que soit découverte une solution au problème qui lui est soumis, c'est l'office même des juges. Dès lors, cette théorie ne se justifie pas par des arguments de commodité.

Rien non plus ne la rend admissible en théorie pour les mêmes raisons que celles présentées précédemment : il n'est pas satisfaisant pour l'esprit de regrouper dans une même catégorie d'une part des principes que rien ne distingue des règles coutumières - sinon leur plus grand degré de généralité -, d'autre part une notion dont la spécificité est maintenant bien établie, alors surtout que la coutume est expressément mentionnée dans l'alinéa précédent du texte analysé.

(47, suite) :

différend, l'action unilatérale de l'Etat défendeur dénonçant tout ou partie de sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour").

(48) Détroit de Corfou, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1949, p. 22 (principe de la liberté des communications maritimes, obligation, pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats).

(49) " plus grand sera le nombre des sens que possède cette phrase, plus nombreuses seront les chances de trouver "quelque chose" pour combler les lacunes du droit conventionnel et coutumier", Michael AKEHURST, A Modern Introduction to International Law, préc., p. 51.

- 3). Les principes généraux de droit sont les principes que l'on retrouve dans tout système juridique.

Cette troisième théorie est à la fois plus large - en ce que les "principes" recouvrent à la fois tous les ordres juridiques - et plus étroite - car les principes doivent présenter un caractère de généralité extrêmement grand - que les précédentes. Elle a été exposée avec clarté par M. Bin CHENG :

" It is of no avail to ask whether these principles are general principles of international law or of municipal law, for it is precisely of the nature of these principles that they belong to no particular system of law and are common to them all. The general principles of law envisaged by article 38-1 (c) of the Statute of the World Court are indeed the fundamental principles of every legal system " (50).

M. SEYERSTED partage cette opinion (51) ainsi que, et cela mérite d'être souligné, le professeur TUNKIN. Celui-ci, en effet, après avoir longtemps soutenu que l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour visait les principes fondamentaux du droit des gens, essentiellement les principes de la coexistence pacifique (v. supra note n°31) semble avoir changé d'avis et, dans un article écrit en 1971, il estime :

" However, article 38-1 (c) of the Statute of the I. C. J. does not speak of the "general principles of international law" but of the "general principles of law". The direct logic consequence is that what is meant here are principles of law in general, principles common to national legal systems and to international law " (52).

(50) "Il n'est d'aucune utilité de se demander si ces principes sont des principes généraux de droit international ou de droit interne, car ces principes, par leur nature, n'appartiennent justement à aucun système juridique particulier et sont communs à tous. Les principes généraux de droit visés à l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour mondiale sont en fait les principes fondamentaux de tout système juridique", Bin CHENG, General Principles of Law . . . , préc. , p. 390. V. sur ce point la critique du livre de Bin CHENG par Elihu LAUTERPACHT, B. V. B. I. L. , 1953, p. 545.

(51) Finn SEYERSTED, "Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties", préc. , p. 527.

(52) Gregory TUNKIN, "General Principles of Law" in International Law , préc. , p. 526. "Cependant, l'article 38-1 (c) du Statut de la C.I.J. ne parle pas des "principes généraux du droit international" mais des "principes généraux de droit". La conséquence directe et logique en est qu'il vise les principes de droit en général, principes communs aux systèmes nationaux et au droit international".

La jurisprudence fournit, sans aucun doute, ici encore, quelques exemples propres à étayer cette conception. Ainsi, le juge TANAKA (qui paraît partager avec M. AKEHURST l'idée que plus nombreux sont les sens attribués à l'expression utilisée par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour, plus opératoire elle se révèle...) a-t-il écrit à propos de l'alinéa c) :

" Il y a lieu d'attribuer à l'épithète "généraux" le sens qu'elle revêt dans les expressions théorie générale de droit, the general theory of Law, die Allgemeine Rechtslehre, ce sens étant :
" communs à toutes les branches du droit " (53).

Cette idée paraît aussi sous-jacente dans plusieurs décisions de la Cour elle-même dont la plus nette en ce sens est l'arrêt rendu dans l'affaire de l'Usine de Chorzów (fond) :

" La Cour constate que c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation ^{de} réparer" (54).

Et, chaque fois qu'ils l'ont pu, les tribunaux internationaux n'ont pas manqué de souligner que tel principe, appliqué en droit des gens l'était aussi dans les droits internes des Etats (55).

Il apparaît donc certain que les juridictions et les arbitres internationaux utilisent des principes fondamentaux, indispensables à tout système juridique mais, là encore, on ne peut que se rallier à l'opinion du professeur VERZIJL qui après avoir effectué la même constatation, écrit :

(53) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C. I. J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 295 (C'est l'auteur qui souligne).

(54) Arrêt n° 13, 1928, C. P. J. I., série A, n° 17, p. 29.

(55) V. par exemple affaire du Lord Nelson (Grande-Bretagne - Etats-Unis), Sentence du surarbitre FROMAGEOT, 1° mai 1914, R. S. A. N. U. VI, p. 34 (les dommages-intérêts doivent compenser le lucrum cessans et le damnum emergens) ou C. J. C. E., aff. 8/55 Fédération Charbonnière de Belgique, 29 nov. 1956, Rec. II, p. 305 (règle d'interprétation selon laquelle les normes établies par un traité ou une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens), etc.

" there is not, to my mind, much sense in raising them to the rank
 " of a separate category of source of the law since treaty and
 " customary law must necessarily already be impregnated with
 " them " (56).

- 4). Les principes généraux de droit sont exclusivement les principes
 issus des droits internes.

Par éliminations successives, on en arrive donc à affirmer
 que la seule conception pleinement satisfaisante est celle qui voit dans
 les "principes reconnus par les nations civilisées", les principes issus
 de la concordance des droits nationaux et transposés dans la sphère des
 relations internationales, et seulement ceux-ci (57).

" Il y a lieu de penser que les principes visés dans l'article 38,
 " n° 3, ne sont pas les principes généraux qu'on peut dégager des
 " traités ou de la coutume, car, si ce texte les visait, il serait
 " superflu. En effet, la Cour, appelée par l'article 38, n° 1 et 2,
 " à appliquer les traités et la coutume, doit rechercher les princi-
 " pes qu'impliquent ces traités et cette coutume, et en faire appli-
 " cation ; ce n'est pas, de sa part, faire appel à une source natio-
 " nale du droit, mais appliquer la méthode juridique aux données
 " qu'elle puise à la source traités et à la source coutume (...)
 " Pour que l'article 38, n° 3, ait une portée propre, il faut qu'il
 " vise autre chose que ces principes de l'ordre juridique interna-
 " tional découlant des traités et de la coutume. Or, l'interprète
 " peut difficilement admettre que cette disposition n'ait pas de por-
 " tée propre " (58).

Dépassant le cadre de l'analyse du Statut de la Cour mondiale, on peut
 d'ailleurs affirmer que, d'une manière générale il existe bien une ca-
 tégorie de règles qui n'ayant jamais, ou rarement, été appliquées en
 droit des gens ne peuvent être assimilées, ni à la coutume elle-même,

(56) "Il n'y a, à mon avis, guère de raison de les élever à la dignité de catégorie
 distincte de sources du droit étant donné que le droit conventionnel et cou-
 tumier doit, obligatoirement être d'ores et déjà imprégné de ces principes"
 J. H. W. VERZIJL - International Law in Historical Perspective, I,
General Subjects, préc., p. 62.

(57) Sur l'impossibilité d'assimiler ces principes au droit naturel ou à l'équité,
 v. infra, chapitre 2, section 2.

(58) Jules BASDEVANT, "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 498.

ni aux principes généraux du droit international qui en sont un avatar, ni aux principes inhérents à tout droit puisque ces derniers sont également, par définition, partie intégrante du droit des gens.

A cet égard, il faut prendre soin de ne pas confondre ces principes fondamentaux, indispensables à tout système juridique avec la catégorie des principes généraux de droit, dégagée plus haut et qualifiée de "principes découlant des caractères d'une institution donnée" (supra p. 133). Il s'agit de deux notions distinctes. On peut le montrer par un exemple : l'existence de juridictions n'est pas indispensable pour qu'un système de règles puisse être qualifié de juridique ; le droit des gens, pendant longtemps s'en est passé ; mais, à partir du moment où ont été créées des juridictions dont la fonction était de juger les différends entre sujets du droit international, il en est résulté un certain nombre de conséquences et de principes que l'on a tout naturellement puisés dans les droits internes qui connaissent la notion de juridiction depuis des temps très reculés.

De nombreux auteurs, en général occidentaux, partagent cette conception et estiment que les principes généraux de droit sont ceux qui sont transférés par analogie des droits internes en droit des gens, notamment le professeur VERDROSS, dans les débuts de sa réflexion sur ce point (v. supra, note n° 39), MM. SØRENSEN (59), VALLINDAS (60), VIRALLY (61), Sir Humphrey WALDOCK (62) et, sans doute, M. REUTER (v. supra, note n° 44). En ce qui concerne la doctrine d'Europe de l'Est, elle se montre, dans l'ensemble, hostile à cette idée. Une place à part doit cependant être faite à M. Géza HERCZEGH dont l'ouvrage consacré à l'étude des principes généraux de droit contient à cet égard des idées qui se rapprochent beaucoup de la thèse défendue ici, en distinguant principes du droit international et principes de l'article 38 du Statut (63) dont il n'admet cependant pas qu'il s'agit d'une source "primaire" (v. infra, chapitre 2, section 1).

(59) Les sources du droit international, préc., p. 123s.

(60) Petros G. VALLINDAS, "General Principles of Law in the Hierarchy of the Sources of International Law", Mél. SPIROPOULOS, 1957, p. 430.

(61) "The Sources of International Law", préc., p. 144s.

(62) "General Course on Public International Law", préc., p. 68.

(63) General Principles and the International Legal Order, préc., pp. 55-56. Dans le même sens P. I. LUKIN, Sources du droit international, Moscou, 1960, p. 100 (en russe - cité de l'ouvrage précédent p. 24 et 95).

Ces principes généraux de droit se distinguent donc des principes du droit international à de très nombreux points de vue. Leur origine est distincte puisque les uns seront recherchés par l'interprète dans l'"esprit" des règles que l'on retrouve dans l'ensemble des systèmes juridiques nationaux, alors que les autres sont déduits des normes existantes du droit des gens. Le processus de leur mise en oeuvre est différent : dans le cas des principes généraux du droit international il s'agit seulement d'une déduction, "raisonnement qui permet au juge" (et l'on pourrait dire à l'interprète en général) "de conclure d'un principe du droit international à l'existence d'une règle nationale relative à un cas imprévu, parce qu'il la considère comme impliquée par le principe" (64) ; dans celui des principes généraux de droit il s'agit d'un raisonnement par analogie. Et la fonction même des deux catégories de principes est différente, contrairement à ce que l'on a écrit parfois (65) ; certes dans les deux cas, il s'agit en général de combler des lacunes du droit international, mais le résultat auquel on aboutit diffère profondément : les solutions fournies par les principes généraux du droit international sont, par nature, traditionnelles : il s'agit au fond pour le droit des gens de "persévérer dans son être" ; ces principes ne peuvent pas innover, ils "synthétisent, au contraire, tout un patrimoine de solutions juridiques depuis longtemps admises et appliquées" dans l'ordre international (66) ; par définition, en revanche, les principes généraux de droit, tels qu'ils ont été définis, enrichissent le droit des gens de règles nouvelles puisées dans des systèmes juridiques plus complets ; à ce point de vue, ils sont indiscutablement "progressistes".

(64) Lucien SIORAT, Le problème des lacunes..., préc., p. 361.

(65) V. Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative française, préc., p. 215.

(66) Michel VIRALLY, "Le rôle des "principes" dans le développement du droit international", préc., p. 543.

Sect. 3 - Les principes généraux de droit et la jurisprudence.

Autonomes par rapport à la coutume et aux principes généraux du droit international, les principes généraux de droit existent aussi indépendamment de la jurisprudence.

Ce point a cependant été contesté, plus fréquemment encore que les deux précédents. Et il n'est pas douteux en effet que les décisions juridictionnelles ou arbitrales constituent souvent le support matériel par lequel se manifestent les "principes" (paragr. 1).

Cependant, malgré les multiples liens existant entre la jurisprudence et les principes généraux de droit, il s'agit, ici encore, de deux notions distinctes et autonomes l'une par rapport à l'autre (paragr. 2).

Paragr. 1 - Les points de contact entre les notions de principes généraux de droit et de jurisprudence.

A bien des points de vue, l'enquête menée jusqu'à présent sur les principes généraux de droit a été largement axée sur la tradition contentieuse de ces principes. Et l'on peut remarquer que le problème de leur nature juridique s'est posé aux yeux de la doctrine quand le Statut du principal organe juridictionnel de la société internationale les a mentionnés. Dès lors la tentation est grande d'affirmer que la notion de principes généraux de droit est inconcevable en dehors de l'intervention du juge. Et cette thèse a en effet été souvent défendue. Elle est clairement exprimée par le professeur CHAUMONT qui, après une profession de foi volontariste, ajoute :

" On est donc amené à conclure que les principes généraux n'existent pas en soi, à titre préalable et au niveau du droit international, avant l'intervention même du juge " (67).

(67) Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public", préc., p. 462. De façon moins nette, v. aussi, Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international public, pp. 275-276.

D'autres auteurs, moins catégoriques ont simplement affirmé que seul le juge peut, en fait, donner vie aux principes, en faire une application concrète. Bien qu'elle concerne en partie le problème du fondement de la force obligatoire des principes généraux de droit, une phrase de M. Torsten GIHL mérite d'être citée à cet égard car elle enferme adroitement le lecteur dans un difficile et faux dilemme :

" It may be asked to which of these two types - the parties as
 " legislators or the tribunal as legislator - article 38(3) in the
 " Statute most closely corresponds (...). On the one hand, the
 " regulation refers to a certain set of rules whose existence in
 " the positive law of civilized nations should be possible to prove
 " on objective grounds, and they are so far not the result of the
 " creative activity of the tribunal. On the other hand, their appli-
 " cation within international law, where, as has been said, they
 " do not belong, is dependant upon the decision of the tribunal,
 " which is, however, confined within certain limits by the quali-
 " fication "recognized by civilized nations". The idea of the exis-
 " tence of "the general principles of law" independant of the judi-
 " cial application is purely of the nature of natural law " (68).

A certains points de vue, ces thèses sont exactes. Les sentences arbitrales ou juridictionnelles constituent en effet l'un des moyens par lesquels les règles non écrites du droit des gens se manifestent (69). A cet égard, l'expression source "formelle" est

(68) "On peut se demander auquel de ces deux modèles - les parties comme législateurs ou le tribunal comme législateur - l'article 38(3) du Statut correspond le plus étroitement (...). D'un côté cette règle se réfère à un ensemble de normes dont l'existence dans le droit positif des nations civilisées devrait pouvoir être démontrée sur une base objective, et elles ne sont, à cet égard, pas le résultat de l'activité créatrice du tribunal. D'autre part, leur application en droit international, auquel, comme on l'a dit, elles n'appartiennent pas, dépend de la décision du tribunal qui est cependant tenue à certaines limites par la précision "reconnus par les nations civilisées". L'idée que l'existence des "principes généraux de droit" puisse être indépendante de leur application contentieuse ressort du droit naturel", Torsten GIHL, International Legislation (An Essay on Changes in International Law and International Legal Situations), traduit du Suédois par J. CHARLESTON, Oxford University Press, 1937, p. 107. V. aussi Frede CASTBERG, La méthodologie du droit international public, préc., p. 357.

(69) Contra, Géza HERCZEGH, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations...", préc., p. 30.

d'ailleurs très ambiguë car, dans la mesure où une source formelle est "ce qui extériorise, ce qui exprime les règles de droit et qui permet de s'y référer avec certitude" (70) il semble difficile de nier que la jurisprudence entre dans cette catégorie. Sans qu'il soit utile d'entrer plus avant dans cette délicate querelle, il ne fait en tout cas aucun doute que les principes généraux de droit, comme les coutumes, peuvent être "mis en forme" grâce à l'intervention du juge. Mais de cette constatation on ne saurait déduire que les principes constituent une source matérielle de la jurisprudence (71), ou bien il faudrait admettre que toutes les règles de droit, qui constituent la substance des jugements sont des sources matérielles de la jurisprudence ce qui n'a guère de sens.

D'autre part, comme on l'a vu, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation tant au niveau de la recherche de l'existence du principe (v. supra p. 250s.) qu'à celui de sa transposition dans le droit international (v. supra p. 272s.) et dans certains cas il peut même choisir d'appliquer tel principe plutôt que tel autre (v. supra p. 310s.) (72). Dire que le rôle du juge est d'autant plus grand que la "loi" lato sensu est moins développée est un lieu commun. Dans la société internationale où le législateur est diffus et la réglementation écrite parcellaire, ceci est plus vrai encore que dans beaucoup de domaines et il est normal que l'intervention des arbitres ou des juridictions internationales aient souvent une influence déterminante, sinon sur l'existence intrinsèque, du moins sur la formulation des principes généraux de droit.

En fait l'inclusion d'un principe dans les motifs d'une sentence internationale confère à celui-ci une sorte de "respectabilité", en consacre l'existence de manière particulièrement nette. La valeur

(70) Dictionnaire de la terminologie du droit international, publié sous la direction de Jules BASDEVANT, préc., p. 571. V. infra conclusion du présent titre.

(71) En ce sens, v. James Leslie BRIERLY, "Règles générale du droit de la paix", préc., p. 77.

(72) En ce sens, v. Hans KELSEN, The Law of the United Nations, Stevens, Londres, 4e éd., 1961, p. 533 ; Julius STONE "Non liquet and the Function of Law in the International Community", préc., p. 133, et même, Alfred von VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence, préc.", p. 205.

de cette "consécration" n'est cependant pas constante : plus le prestige du tribunal arbitral ou de la juridiction qui se sera appuyée sur le principe sera grand, mieux celui-ci sera établi ; les conditions dans lesquelles il aura été reçu ont aussi leur importance :

" The acceptance of a general principle by a unanimous court or
 " by an imposing majority of the judges will ; unless (which is im-
 " probable when such a measure of agreement is reached by an
 " international bench) the principle is utterly wrong or inapplicable,
 " be a clear and perhaps an important gain for the law (...). But a
 " welter of conflicting concurring and dissenting opinion invoking
 " or refraining from invoking different general principles, or
 " disagreeing concerning the conditions of their application, may
 " discredit the whole process of recourse to general principles of
 " law as means of determining and measuring international obliga-
 " tions " (73).

Par ailleurs plus souvent un principe sera employé, plus nombreuses et diverses seront les juridictions qui y font appel, plus sa consécration sera grande, mais, du même coup, il perdra sa nature même de principe général pour, insensiblement, devenir une coutume (v. infra, titre II, chapitre 2).

Multiples, forts, puissants les liens entre principes généraux de droit et jurisprudence, ne suffisent cependant pas à autoriser l'assimilation entre les deux concepts : le juge utilise les principes ; ceux-ci bénéficient de leur formulation dans les sentences ; mais on ne peut prétendre pour autant que les deux notions se confondent.

(73) "L'acceptation d'un principe général de droit par une cour unanime ou par une majorité de juges imposante, constituera une conquête claire et peut-être importante pour le droit, à moins que le principe soit néfaste ou inapplicable (ce qui est improbable quand un tel accord se dégage dans une enceinte juridictionnelle internationale) (...). Mais un trop-plein d'opinions individuelles ou dissidentes opposées qui se fonderaient sur des principes généraux ou les écarteraient, ou différeraient quant à leurs conditions d'application, pourrait discréditer le procédé même du recours aux principes généraux pour déterminer et régler les obligations internationales", C. Wilfred JENKS, Prospects of International Adjudication, préc., p. 314.

Paragr. 2 - Les principes généraux de droit ne sont pas des règles jurisprudentielles.

On peut discuter longuement sur le pouvoir qu'a le juge international et, d'une manière générale, toute juridiction, de créer du droit. On peut admettre qu' "une analyse de l'activité ordinaire de n'importe quel juge montrera qu'il applique couramment des règles qui n'étaient pas formulées auparavant" (74), ne serait-ce que d'une manière limitée et résiduelle selon la thèse de François GENY de la "libre recherche scientifique" (75) comme l'a fait parfois la jurisprudence internationale et notamment une sentence très remarquable rendue par un tribunal arbitral dans l'affaire de l'Eastern Extension, Australasia an China Telegraph Cy. Ltd. (76). On peut au contraire rejeter cette idée catégoriquement (77) ou penser simplement que la créativité est peu compatible avec la mission de juger car "l'audace révolutionnaire n'est guère la qualité qui caractérise le juge-modèle, et moins que tout autre le juge international" (78).

Quelle que soit la position que l'on adopte, l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice et les clauses comparables insérées dans divers traités d'arbitrage, ne constituent pas une autorisation donnée au juge de "créer" du droit contrairement à ce que l'on a parfois prétendu, KOPELMANAS allant jusqu'à affirmer que cette disposition constitue "un blanc-seing donné au juge international" (79).

(74) Max HABICHT, "Le pouvoir du juge international de statuer ex aequo et bono", préc., p. 292.

(75) V. par exemple François GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, préc., II, p. 77s. et, pour une analyse critique André DECENCIERE-FERRANDIERE, "Essai critique sur la justice internationale", R. G. D. I. P., 1934, p. 159s.

(76) Grande-Bretagne - Etats-Unis ; Sentence rendue par FROMAGEOT, 9 novembre 1923, R. S. A. N. U., VI, p. 112s. (v. surtout pp. 114 - 115).

(77) V. Michel VIRALLY, La pensée juridique, préc., "le juge n'est pas maître du droit," p. 167.

(78) Frede CASTBERG, "La méthodologie du droit international", préc., p. 375.

(79) Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale", préc., p. 303.

A l'encontre de cette position, on peut invoquer en premier lieu deux arguments tirés du texte même de l'article 38 : la Cour y est-il dit "applique" les principes généraux de droit - "applique" et non pas "créé" ... (80). Par ailleurs, les rédacteurs du Statut ont pris grand soin de distinguer les règles de droit elles-mêmes qu'ils ont énumérées sub. litt. a à c, et la doctrine et la jurisprudence qui, placées sur le même plan, ne sont que des "moyens auxiliaires de détermination" de ces règles (81) ; or si les principes généraux de droit ne sont pas autre chose que la jurisprudence, on s'explique mal cette répétition et surtout la différence fondamentale dans la rédaction adoptée : l'alinéa c énumère des règles, l'alinéa d des méthodes pour en établir l'existence.

En réalité le juge (ou l'arbitre) international ne crée pas les principes, il les déclare, ou, pour employer une expression sans doute plus exacte et qui rend mieux compte de l'importance de son intervention : il les formule.

Cette thèse de la fonction déclarative de la jurisprudence vis-à-vis des principes généraux de droit est d'ailleurs conforme à celle exprimée le plus souvent en ce qui concerne le droit interne. " Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi" (82). Sans doute la jurisprudence interne peut-elle assouplir les principes généraux que le juge dégage des réglementations existantes, il ne peut en créer de toute pièce ; il en est l'"inventeur" au sens étymologique du terme, pas le créateur, et ceci est vrai tant en droit privé (83) qu'en droit administratif (84).

Si donc l'on ne peut confondre principes généraux du droit interne et jurisprudence à plus forte raison doit-il en être ainsi en ce

(80) En ce sens, Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit, préc., p. 173.

(81) P.-V., notamment p. 334, 336 et 584.

(82) MONTESQUIEU, Esprit des lois, livre XI, chapitre 6.

(83) V. Jean BOULANGER, "Les principes généraux du droit en droit positif", préc., p. 67.

(84) V. Benoît JEANNEAU, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, passim. contra : Germain WATRIN "Forces centrifuges dans le droit contemporain", Mél. TROTABAS, p. 491.

qui concerne les principes généraux de droit en droit international qui présentent des caractères encore beaucoup plus particuliers (en fait l'équivalent des principes généraux que l'on rencontre en droit interne sont, sur le plan international, les principes généraux du droit interne qui n'impliquent aucun phénomène de transposition).

Le rôle du juge, lorsqu'il applique un principe général de droit n'est pas de dire ce qui, selon lui, devrait être la solution du litige, mais ce qu'elle doit être, compte tenu des règles existantes. Il ne peut laisser son imagination vagabonder ou se fier à son seul sens de la justice ; il doit constater la réunion d'un certain nombre d'éléments (existence du principe in foro domestico, dans tous les grands systèmes juridiques du monde, similitude de situations entre les cas dans lesquels celui-ci est appliqué en droit interne et le problème qu'il doit résoudre, non contradiction avec les règles propres du droit international) ; il ne peut donc se décider qu'en fonction de critères objectifs, qu'il lui appartient d'apprécier, certes, mais qui enserment sa liberté d'action dans des limites qu'il ne peut franchir (85).

Mais compte tenu des constatations effectuées dans la seconde partie de cette recherche en ce qui concerne la part fondamentale qui revient à l'intuition du juge ou de l'arbitre à la recherche d'un principe général de droit et l'empirisme de sa mise en oeuvre, on peut se demander si cette explication n'est pas trop théorique et coupée de la réalité. Il n'en est rien si l'on tient compte de la véritable fonction du juge dans tout système de droit. Aussi complètes et cohérentes que soient les règles existantes, le juge n'est pas un ordinateur chargé de les appliquer mécaniquement, à un degré plus ou moins grand, sa subjectivité intervient toujours lorsqu'il règle un différend et, en ce qui concerne la Cour mondiale, M. SØRENSEN a fait remarquer qu'il en était ainsi même lorsqu'elle devait appliquer des conventions, "que ce

(85) V. notamment Alfred von VERDROSS, "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", préc., p. 48 et Sir Humphrey WALDOCK, "General Course on Public international Law", préc., p. 57. (Sur les garanties ainsi données, v. supra p. 199s.)

soit pour déterminer les formes que les engagements internationaux peuvent assumer, leurs effets éventuels pour les Etats non contractants ou leur rang en cas d'incompatibilités " (86).

En réalité la fonction du juge en ce qui concerne les principes généraux de droit, est la même que celle qu'il assume pour la coutume. Dans ce cas aussi, sa subjectivité intervient, la règle ne s'impose à lui avec la même force que le texte d'un traité ; il doit réunir avec l'aide des parties les éléments qui lui permettent d'en constater l'existence et acquérir la conviction qu'elle est applicable dans l'espèce qui lui est soumise (87). Or personne n'a jamais prétendu que les coutumes n'existaient que par l'intervention du juge et l'on considère à juste titre que coutume et jurisprudence sont deux notions distinctes. Pourquoi en irait-il autrement en ce qui concerne les principes généraux de droit ?

Du reste, si les sentences arbitrales et les arrêts des juridictions internationales sont les supports concrets grâce auxquels il est le plus facile de constater l'existence d'un principe général de droit, ils ne sont pas les seuls. La doctrine, autre "moyen auxiliaire de détermination des règles de droit" en fait parfois état (v. supra, p. 36s.) et utilise souvent des raisonnements par analogie avec les règles communes aux droits internes, raisonnements qui, comme on l'a vu, constituent le coeur même des principes généraux tels qu'ils ont été définis (v. par exemple supra p. 243s.), et les Etats eux-mêmes, dans leurs rapports non contentieux ont invoqué les principes (v. supra, p. 40s.).

De cette existence des principes généraux de droit indépendamment de la jurisprudence, on trouve un bon exemple dans l'opinion dissidente du juge AMMOUN à propos de l'affaire FASLA :

(86) Max SØRENSEN, Les sources du droit international, préc., p. 83.

(87) Sur le rôle du juge dans la mise en oeuvre des coutumes, v. Max SØRENSEN, *ibid.*, p. 84s., Charles de VISSCHER, Théories et réalités..., préc., p. 173 et Sir Humphrey WALDOCK, "General Course on Public International Law", préc., p. 64.

" Il est vrai, écrit-il, que le statut et le règlement du Tribunal Administratif ne comportent pas de disposition établissant ce principe et déterminant ses modalités d'application. Néanmoins, le Tribunal de l'O. N. U. ne pouvait l'ignorer (...)" (88).

Sans doute le vice-président de la Cour continue-t-il en indiquant que le Tribunal a d'ailleurs appliqué ce principe dans dix-sept affaires antérieures mais les termes qu'il emploie montrent clairement que pour lui le principe s'impose au juge qui, loin de le créer, ne dispose d'aucun choix pour le mettre en oeuvre.

Tout concourt donc pour montrer que jurisprudence et principes généraux de droit pour avoir de nombreux points de contact n'en constituent pas moins deux notions distinctes et autonomes. Comment d'ailleurs en irait-il autrement ? le principe est général par définition, la jurisprudence spéciale par nature; elle ne vaut que pour un cas donné (article 59 du Statut de la Cour) ; "c'est la concrétisation et non pas la généralisation qui caractérise la fonction judiciaire " (89).

Et si organiquement les principes généraux de droit se confondent parfois avec la jurisprudence, conceptuellement une telle confusion n'est pas concevable.

(88) Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1973, op. diss. AMMOUN p. 250. (C'est nous qui soulignons).

(89) Max SØRENSEN, Les sources du droit international, préc., p. 156.

CONCLUSION DU CHAPITRE I^{er}

Proclamer l'autonomie des principes généraux de droit par rapport à des notions auxquelles on les assimile souvent, la coutume et les principes généraux du droit international - notions qui n'ont d'ailleurs aucune autonomie l'une par rapport à l'autre - ne signifie pas, bien entendu, que les principes généraux issus des droits nationaux, seuls existent et seuls soient utilisés par la Cour mondiale et les autres organes du droit des gens.

L'individualisation d'une notion, l'effort de classification que l'on a tentés dans ce chapitre, ne visent pas à la négation de l'existence des autres catégories de principes généraux rencontrés et qui toutes se rattachent à la coutume. Il n'est pas douteux en effet que les principes généraux du droit international sont nombreux et précieux pour les juges qui préféreront souvent les invoquer que de faire appel aux principes généralement reçus en droit interne dans la mesure où le raisonnement par analogie conduit à des innovations plus grandes qu'une simple déduction. Il n'est pas moins indiscutable que les grands principes généraux proclamés lors des conférences internationales ou par les organisations intergouvernementales, s'ils n'ont pas encore reçu à l'heure actuelle d'application contentieuse faute de contenu juridique suffisamment précis, sont destinés "à guider les Etats dans leurs relations " (90).

Tous ces principes existent, mais ce sont soit des principes coutumiers, soit des règles de "déontologie" internationale (91) ; ils ne se confondent pas avec les principes généraux de droit malgré l'ambiguïté de certaines formules jurisprudentielles.

(90) Claude-Albert COLLIARD, Cours de droit international public, préc., p. 152.

(91) Ibid., p. 153.

De même, quoique l'on puisse fortement mettre en doute l'existence d'un pouvoir créateur appartenant au juge, la dernière section de ce chapitre ne consistait pas à nier que la jurisprudence soit une source de droit - non plus qu'à le démontrer - mais simplement à mettre en lumière l'autonomie des principes généraux de droit par rapport à la jurisprudence.

Autonomes car distincts des autres modes de création du droit, les principes généraux de droit apparaissent également comme des sources primaires.

Chapitre 2 - Une source primaire et objective

On peut qualifier de source "primaire" une catégorie de normes qui se suffisent à elles-mêmes, qui n'ont pas besoin de prendre appui sur une règle de nature différente pour créer des droits et des obligations ; au contraire une source dérivée tire sa validité d'une règle qui lui est extérieure. Ces deux notions sont familières aux européens et la distinction est courante en droit communautaire entre les règles posées par les traités constitutifs eux-mêmes (source primaire) et les normes dérivées, règlements, décisions, directives, etc... D'une façon générale, on peut dire que les résolutions des organisations internationales sont toujours des règles dérivées, dont la force contraignante dépend de la Charte ou de la valeur coutumière qu'elles acquièrent ; de même les sentences, considérées individuellement (et non la jurisprudence qui pose d'autres problèmes), confèrent aux parties des droits et des obligations mais seulement parce que celles-ci ont donné au tribunal un pouvoir de décision par le compromis qu'elles ont signé (dans l'ordre interne, ce pouvoir découle de la loi ou de la Constitution) - ce sont aussi, à bien des points de vue, des sources dérivées.

Mais dire qu'une source est autonome - c'est-à-dire qu'elle présente des caractères suffisamment originaux pour qu'il soit impossible de l'assimiler à un autre mode de formation du droit, est une chose ; dire qu'elle est "primaire" en est une autre.

C'est pourquoi il est nécessaire de se demander maintenant si les principes généraux de droit sont créateurs de droits et d'obligations parce que les traités ou la coutume leur confèrent ce pouvoir.

En fait il semble qu'ils possèdent ce pouvoir en quelque sorte "en eux-mêmes" (section 1) ; c'est pourquoi se pose le délicat problème des fondements de la validité des principes généraux (section 2).

Sect. 1 - La validité des principes généraux de droit ne repose ni sur le droit conventionnel, ni sur le droit coutumier.

Manque d'imagination, prudence ou souci de ne pas innover, les juristes aiment en général réduire les problèmes à un petit nombre autour desquels tournent les discussions doctrinales, faire entrer l'inconnu dans des catégories bien déterminées, expliquer ce qui est nouveau sur la base de raisonnements traditionnels, "mettre du vin nouveau dans de vieilles outres". C'est peut-être ce réflexe qui a conduit la plupart des auteurs qui se sont intéressés aux principes généraux de droit à en rechercher le fondement dans les sources du droit des gens dont l'existence n'est mise en doute par personne. Le professeur GUGGENHEIM a clairement posé le problème en ces termes :

" La question se pose (...) de savoir si, indépendamment de cette
 " norme conventionnelle (l'article 38 du Statut de la Cour mondiale),
 " il existe une règle du droit des gens selon laquelle les principes
 " généraux du droit feraient partie de l'ordre juridique internatio-
 " nal à côté du droit conventionnel et du droit coutumier. Si tel
 " était le cas, l'article 38, ch. 1, litt. c du Statut de la Cour n'au-
 " rait qu'un caractère déclaratoire et non constitutif. La preuve
 " de l'existence d'une telle règle de droit pourrait être faite, si
 " le droit international coutumier s'était incorporé les principes
 " généraux de droit dans leur totalité. La validité juridique des
 " principes généraux de droit pourrait alors être basée sur le droit
 " coutumier comme c'est le cas pour le droit conventionnel. Si
 " toutefois cette preuve ne réussissait pas, il se pourrait encore
 " que certains principes généraux au moins fassent partie de l'en-
 " semble des normes du droit international coutumier " (1).

Base conventionnelle (Paragr. 1) ou fondement coutumier
 (Paragr. 2), telle semble être l'alternative.

(1) Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, préc., I, p. 297.
 (C'est l'auteur qui souligne). Nous ne pensons pas que la validité du
 droit conventionnel puisse être basée sur le droit coutumier.

Paragr. 1 - L'article 38-1 (c), alibi des positivistes.

A la suite de LAUTERPACHT, de nombreux auteurs ont soutenu que l'adoption de l'article 38 paragr. 3 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale, sonnait le glas du positivisme juridique (2) et le juge AMMOUN s'est fait l'écho de cette thèse dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire du Plateau Continental :

" La disposition de l'article susvisé, selon laquelle la Cour appli-
" que "les principes généraux de droit reconnus par les nations",
" répugne au point de vue volontariste (...) et autorise expressé-
" ment le juge, qu'il convie à l'emploi de la méthode analogique,
" à dégager des normes autres que celles fondées sur le consen-
" tement formel ou tacite des Etats " (3).

Or, en dépit de ces prédictions, la doctrine positiviste a réussi à "absorber" l'article 38 dans lequel elle a même trouvé une justification et un alibi lui permettant de dissimuler une partie de ses incohérences.

En principe, on peut penser que les principes généraux de droit qui, même s'ils sont reconnus par les Etats dans leur ordre interne, ne sont aucunement acceptés par ceux-ci dans la sphère des relations internationales, sont profondément étrangers aux vues volontaristes selon lesquelles le droit international est exclusivement fondé sur la volonté expresse ou tacite des Etats, d'autant plus que les tenants de cette école sont en général également les plus fougueux champions d'un dualisme rigide.

En dépit de ces positions de principe, on a souvent fait remarquer que "malgré leur nihilisme doctrinaire, ils (les positivistes) reviennent inconsciemment à la reconnaissance effective d'un

(2) V. Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources..., préc., notamment p. 17s et 297s., James Leslie BRIERLY, The Law of Nations, Oxford, Clarendon Press, 6e éd. par Sir Humphrey WALDOCK, 1963, p. 63; L. OPPENHEIM, International Law, a Treatise, 8e éd. par H. LAUTERPACHT, 1958, I, p. 30, Charles de VISSCHER, "Contribution à l'étude des sources du droit international", R. D. I. L. C., 1933, p. 405.

(3) Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J., Rec. 1969, pp. 136-137.

juste objectif, si réduite en puisse être la portée" (4). Déjà au XVIII^e siècle les premiers "positivistes" ne pouvaient résister à la tentation de recourir à des règles empruntées au droit interne, en dépit de leurs positions doctrinales (v. supra p. 23 et 26).

" When we turn to modern international law, we are confronted
 " once more with the same picture of alternate rejection and adoption
 " of the recourse to private law, its repudiation in form going hand
 " with its adoption in substance, although under a name more gene-
 " ral and apparently less objectionable " (5).

On parle alors de "conceptions générales du droit", de "doctrines générales", de "principes inévitables" mais on n'en revient pas moins, en fait, à des analogies de droit privé (6). Ce "détour" pour utiliser les principes issus des droits étatiques est rendu inutile par l'adoption de l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Mondiale, qu'une grande partie des auteurs positivistes interprète, à juste titre, comme autorisant expressément l'emploi des principes généraux communs aux divers systèmes juridiques nationaux (7).

ANZILOTTI a été, de tous les juges à la Cour Permanente de Justice Internationale, celui qui a sans doute fait le plus fréquemment appel aux principes généraux de droit. Non seulement, comme

(4) François GENY, Méthodes d'interprétation et sources..., préc., p. 98.

(5) "Si l'on se tourne vers le droit international moderne, on se trouve confronté une fois de plus avec la même situation consistant tour à tour à rejeter et à adopter le recours au droit privé, le reniement formel allant de pair avec son adoption en fait, bien que celui-ci soit qualifié d'un nom plus général et moins inadmissible en apparence", Hersch LAUTERPACHT, Private Law Sources..., préc., p. 18.

(6) V. les nombreux exemples donnés par Hersch LAUTERPACHT, *ibid.*, p. 185 et 297s. et par Jean SPIROPOULOS qui cite notamment NIPPOLD et JELLINEK, Théorie générale du droit international, L. G. D. J., Paris, 1930, p. 97s. Dionisio ANZILOTTI lui-même, dans son Cours de droit international, préc., voit par exemple dans les principes généraux la source de l'obligation de réparer en droit international (p. 529).

(7) V. cependant les réticences d'une partie de la doctrine positiviste - surtout les auteurs des pays de l'Est - pour admettre cette définition des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", supra, notamment p. 197s. et 274s.

on l'a noté, il a, par deux fois (v. supra p. 89 et p. 98) (8), expressément mentionné les principes mentionnés par l'article 38 du Statut, mais il a également parfois eu recours implicitement à des principes généraux de droit (9). De même les juges à la Cour actuelle, ressortissants des pays de l'Est, n'ont pas hésité, eux aussi, à se fonder sur des principes issus des droits internes des Etats (v. supra, p. 93).

Cet empressement de la part des positivistes à utiliser les principes généraux de droit n'est aucunement paradoxal : le recours à ces principes est prévu par un traité, le Statut de la Cour, acte qui a été expressément accepté par les Etats et ce n'est pas sans raison qu'ANZILOTTI, dans son opinion dissidente sur l'affaire des Prises d'Eau à la Meuse, a écrit, à propos du principe inadimpleti non est adimplendum : "Il s'agit, en tout cas, d'un de ces "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" que la Cour applique en vertu de l'article 38 de son Statut" (10). La base de la validité des principes est clairement désignée : c'est un traité international.

"La différence entre le droit international général et le Statut de la Cour consiste donc en ce que dans le premier vaut la règle in dubio pro libertate et que dans le second, au contraire, le cas douteux se résout en recourant à l'analogie ou aux principes généraux du droit, et c'est seulement si ces sources elles aussi font défaut que l'on affirmera l'inexistence de toute obligation " (11).

-
- (8) Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C. P. J. I., série A, n° 13, op. diss. ANZILOTTI, p. 27 ; Prises d'Eau à la Meuse, arrêt, 1937, C. P. J. I., série A/B n° 70, op. diss. ANZILOTTI, p. 50 (principe inadimpleti non est adimplendum).
- (9) Exemples : Oscar Chinn, arrêt, 1934, C. P. J. I., série A/B n° 63, op. diss. ANZILOTTI, pp. 113-114 (force majeure) ou Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C. P. J. I., série A/B n° 77, p. 98 (qui jure suo utitur neminem laedit, principe préféré à celui de l'abus de droit - préc.)
- (10) V. note n° 8. (C'est nous qui soulignons).
- (11) Dionisio ANZILOTTI, Cours de droit international, préc., I, p. 119. Dans le même sens, v. Gaetano MORELLI, "La théorie générale du procès international", R. C. A. D. I., 1937 - III, n° 61, pp. 343-344 ; A. P. SERENI, Diritto Internazionale, préc., p. 148 (cet auteur admettant, sans le justifier, que les principes généraux de droit peuvent être utilisés entre Etats ayant des systèmes juridiques voisins) ; Julius STONE, Legal Controls of International Conflicts (A Treatise on the dynamics of disputes and war - law), Stevens, Londres, 1959, p. 144.

Mais en dehors d'une telle autorisation conventionnelle les volontaristes rejettent catégoriquement tout recours aux principes généraux de droit quelles que soient les conséquences de cette exclusion. Une remarque de SIBERT est très nette en ce sens ; après avoir admis que le recours au seul droit conventionnel et coutumier pouvait conduire à un déni de justice, il indique que le seul moyen d'y remédier est d'autoriser le tribunal arbitral à "s'inspirer" des principes généraux du droit ou à statuer ex aequo et bono et que,

" A défaut de semblable permission donnée par le texte aux arbitres, ces derniers ne sauraient se prévaloir des "principes généraux du droit" pour en faire la base de leur sentence. Les "principes généraux du droit" ne constituent pas une source du "droit international " (12).

Autrement dit : mieux vaut un déni de justice prononcé selon les règles de l'art qu'une sentence juste qui ferait appel aux principes généraux de droit... C'est peut-être sacrifier beaucoup au dogme.

Dans un cours récent, le professeur CHAUMONT a "rajeuni" sur ce point la doctrine positiviste. Selon lui la volonté des Etats constitue le seul fondement acceptable du droit international et le juge ou l'arbitre ne peut donc recourir aux principes généraux de droit en l'absence d'une autorisation donnée par les parties. Mais cette autorisation semble pouvoir être implicite :

" Le juge, écrit-il, ne peut utiliser les principes généraux du droit interne que comme une méthode d'interprétation servant à déterminer la volonté des parties. Pour le droit international organique (comme dans l'avis consultatif sur le Tribunal administratif des Nations Unies où la Cour a recherché si l'on avait voulu créer un véritable tribunal au sens du droit interne), cette volonté des parties doit être entendue de la volonté des auteurs du traité de base de l'organisation et des textes organiques ultérieurs. On ne pourra interpréter la volonté des parties à l'aide de principes qui leur sont extérieurs, 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'elles ne l'aient prévue et voulue. Or, s'agissant de l'article 38 du Statut de la Cour, il

(12) Marcel SIBERT, Traité de droit international public, préc., p. 431s. (citation : p. 433).

" serait vraiment extraordinaire que cet article, qui exige la "re-
 " connaissance expresse " des parties pour les conventions, l' "ac-
 " ceptation" des Etats pour la coutume, et l' "accord des parties"
 " pour les jugements en équité, ait laissé à la discrétion du juge
 " la détermination des principes qui, de l'avis général, sont une
 " source complémentaire et subsidiaire " (13).

Cette thèse admet donc que le juge peut recourir aux principes généraux de droit si, et seulement si, les dispositions conventionnelles adoptées par les Etats constituent un indice certain de la volonté de ceux-ci de modeler les institutions qu'ils créent sur le droit interne. Il semble que M. CHAUMONT admette donc l'utilisation des principes généraux de droit "inhérents aux caractères mêmes d'une institution donnée" à l'exclusion de tout autre ; ainsi, l'on peut dire que lorsque les Etats créent un "tribunal" ils entendent se référer du même coup aux conséquences qui découlent habituellement de la notion en droit interne, le juge peut donc s'y reporter également. Telle est sans doute aussi l'opinion du professeur SCHWARZENBERGER lorsqu'il écrit : " As law creating - process, these general principles are the direct ou indirect product of treaty law " (14). C'est aussi l'un des arguments invoqués par ANZILOTTI qui après avoir apprécié la portée du principe res judicata à partir de principes tirés de la procédure civile explique qu'il s'y est cru fondé notamment parce que

" Le Statut de la Cour, dans son article 59, se réfère clairement
 " à une théorie traditionnelle et généralement admise sur les limi-
 " tes matérielles de la chose jugée : il n'était donc que naturel de
 " s'en tenir aux éléments essentiels et aux données fondamentales
 " de cette théorie, sauf indication contraire que je ne trouve nulle
 " part, soit du Statut lui-même, soit du droit international " (15).

Il n'est pas douteux que le fait que les termes d'un traité "rappellent" une institution ordinairement rencontrée dans les droits internes des Etats constitue une forte incitation pour le juge à recourir

(13) Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public," préc., pp. 462-463.

(14) "En tant que procédé de création de droit, ces principes généraux sont le produit direct ou indirect du droit conventionnel", Georg SCHWARZENBERGER, "International Jus Cogens ? " in Carnegie Endowment for International Peace - The Concept of Jus Cogens in International Law, préc., p. 130.

(15) Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, C. P. J. I., série A, n° 13, op. diss. ANZILOTTI, p. 27.

aux principes généraux de droit, pas plus qu'il n'est discutable que de telles ressemblances se trouvent plus souvent dans le droit des institutions internationales qu'en droit international général. Mais la thèse de M. CHAUMONT ne rend compte que d'une partie de la réalité : les principes généraux du droit sont utilisés très largement en dehors du "droit international organique" et comportent à côté des principes "tenant aux caractères mêmes d'une institution donnée", d'autres catégories (v. supra, p. 131s.).

D'une façon générale, du reste, les théories positivistes ne recouvrent pas la réalité dans son ensemble et il paraît difficile de considérer que seule une autorisation expresse peut établir la validité du recours aux principes généraux de droit. L'admettre reviendrait à mettre en doute le bien-fondé d'un très grand nombre de décisions arbitrales. C'est pourquoi d'autres auteurs, dont certains positivistes, ont cru pouvoir établir la licéité de l'appel aux principes sur une base coutumière.

Paragr. 2 - La valeur coutumière des principes généraux ?

Comme on l'a vu, l'adoption de l'article 38 du Statut de la Cour mondiale n'a été, en fait, que l'"officialisation" du recours à des principes généraux dégagés à partir des droits internes des Etats (v. supra, p. 48s.), il ne constitue en rien une innovation puisque de très nombreuses sentences antérieures, la pratique des Etats, les "fondateurs" du droit international eux-mêmes ont largement fait usage de cette méthode.

Malgré cela, les auteurs positivistes ont insisté sur le fait que cette disposition liait les seuls Etats parties au Statut et n'avait qu'une valeur limitée. Ce raisonnement serait incontestable puisque l'article 59 du même texte précise que "la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé"

et puisqu'il s'agit d'un traité entre Etats qui ne produit en principe pas d'effets vis-à-vis des tiers, si l'on ne pouvait soutenir par ailleurs que l'article 38 a une valeur purement déclarative et se contente en fait d'énumérer les sources du droit international existant indépendamment de lui.

Malgré la rareté des allusions à ce problème lors des discussions du Comité de Juristes de la S. d. N., les travaux préparatoires sont plutôt en faveur de la thèse selon laquelle le Statut n'innove pas ; telle semble avoir été le sentiment des membres du Comité sur ce point (v. supra, p. 58). Par ailleurs, le fait que le propos des Juristes de 1920 ait été d'abord d'énumérer les "règles matérielles" que devrait appliquer la Cour (v. supra, p. 71), impose à cet égard une grande circonspection.

Les termes mêmes de l'article 38 ne sont pas non plus décisifs : il ne précise pas qu'il entend énumérer les sources du droit des gens en général mais seulement les règles que la Cour doit appliquer et il omet d'ailleurs des sources dont l'importance n'est plus mise en doute par personne, en particulier les résolutions des organisations internationales. Quant à la modification intervenue en 1945, elle ne saurait donner un argument dans le sens de la valeur déclarative de l'énumération de l'article 38 : d'une part elle est purement rédactionnelle (v. supra, p. 61s.), d'autre part, contrairement aux affirmations de certains auteurs (16), on voit mal comment on pourrait y trouver la preuve que les principes généraux constituent une source du droit international général : elle insiste simplement, plus nettement que le texte précédent, sur le fait que l'utilisation des principes généraux est conforme au droit des gens.

(16) V. notamment Suzanne BASTID, Cours de droit international public, préc., p. 338 et Alfred VERDROSS, "Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public," préc., p. 522. Cet auteur fait valoir également que le Préambule de la Charte des Nations Unies parle des "obligations nées des traités et autres sources du droit international" et, selon lui, ce pluriel ne peut s'expliquer que par référence à la coutume et aux principes généraux de droit "il est également démontré que même les Etats membres des Nations Unies qui n'ont pas accepté la compétence de la Cour Internationale sont liés par ces principes" (ibid., p. 523) - c'est faire bon marché des autres sources du droit international.

Plus convaincants sont les arguments, avancés d'abord par M. VERDROSS (17) et fréquemment repris depuis (18) qui tendent à prouver que, précédé par une pratique abondante - les tribunaux antérieurs ayant toujours considéré qu'il leur était loisible de recourir aux principes généraux - l'article 38-1 (c) du Statut n'a fait que codifier une pratique bien établie. Ceci est vrai à plus forte raison aujourd'hui car, si en 1920 on pouvait à la rigueur contester la signification des sentences arbitrales ou des pratiques citées (v. cependant supra p. 27s. et p. 40s.), de nouvelles décisions sont aujourd'hui venues s'ajouter aux précédentes, et les termes de certaines prêtent peu à l'équivoque (19) ; de plus, le libellé de l'article 38 a été repris dans d'assez nombreux accords internationaux (v. supra, p. 99s.).

Pour réfuter cette thèse de la réception coutumière des principes généraux de droit dans le droit international général, Karl STRUPP, s'est contenté d'affirmer que :

" il ne peut suffire pour démontrer l'existence d'une norme de cette importance de s'appuyer sur des sentences de tribunaux arbitraux, les plus divers, dont on peut dire qu'elles ont été souvent rendues en méconnaissance absolue du droit des gens " (20).

Affirmation catégorique que rien n'appuie. KOPELMANAS a, pour sa part, prétendu que ces exemples ne valent que chacun en ce qui le

-
- (17) Alfred VERDROSS, Die Verfassung der Völkerrechts - gemeinschaft, Vienne et Berlin ; 1926 ; "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence", préc., p. 199 ; "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", préc., p. 47, etc.
- (18) V. notamment NGUYEN QUOC Dinh, Cours de droit international public, Les cours de droit, 1970-71, p. 551 ; Charles ROUSSEAU, Droit international public, préc., p. 374, Petros VALLINDAS, "General Principles of Law in the Hierachy of the Sources of International Law", préc., p. 426, etc.
- (19) V. surtout Mixed Claims Commission (Etats-Unis - Allemagne), décision adm. n° II, 1° novembre 1923, R. S. A. N. U. VII, pp. 25-26 ; Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité), 31 juillet 1928, R. S. A. N. U. II, p. 1016 ; affaire Goldenberg (Allemagne-Roumanie) sentence rendue par Robert FRAZY, 27 septembre 1928, R. S. A. N. U. II, p. 909. V. aussi les exemples cités supra p. 102s.
- (20) Karl STRUPP, "Les règles générales du droit de la paix", préc., p. 310. Pour la réfutation de cette thèse, v. supra, p. 31.

le concerne (21). A cela on peut répondre que leur répétition constitue l'élément matériel permettant de constater l'existence d'une coutume, tandis que l'acceptation de ces sentences par les Etats, sans aucune exception, montre que cette pratique est bien considérée comme étant le droit.

En apparence, il n'y a aucune raison pour que les scrupules des volontaristes ne soient pas apaisés par cette "coutumiérisation" du recours aux principes généraux de droit. La coutume, qu'ils analysent comme un accord tacite, n'est-elle pas une des deux seules sources du droit dont ils reconnaissent l'existence ? Pour les plus scrupuleux d'entre eux, une telle thèse n'est pas satisfaisante cependant.

" Tout principe de droit qui doit acquérir une valeur effective en droit international doit passer par le processus international particulièrement créateur du droit ; il doit acquérir l'existence légale et conséquemment positive, soit "expressément" par des paroles, soit "tacitement" en vertu d'actes gouvernementaux concluants. En fait, si comme le suppose v. VERDROSS, seul l'ensemble de ces normes, in toto, était l'objet d'une "réception" par la voie du droit coutumier, cette "réception" générale devrait nécessairement s'étendre également à chaque principe séparé car il est impossible que seul le groupe comme tel, et non le principe particulier contenu dans celui-ci acquière la valeur effective de norme par un acte créateur de normes du droit coutumier " (22).

Cela revient à dire que les principes généraux de droit n'ont aucune existence autonome et sont forcément assimilables soit à des dispositions conventionnelles, soit à des normes coutumières, thèse difficilement soutenable comme on a tenté de le démontrer dans le chapitre précédent.

(21) Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3...", préc., p. 290. A ce propos v. aussi supra p. 31.

(22) Elfried HÄRLE, "Les principes généraux de droit et le droit des gens", préc., p. 675. Dans le même sens, Karl STRUPP, "Le droit du juge international de statuer selon l'équité", R. C. A. D. I., 1930-III, n° 33, p. 451 ; Y. A. KOROVINE, éd., Droit international, 1951 (cité par Jan F. TRISKA and Robert M. SLUSSER, "Treaties and Other Sources of Order in International Relations", préc., p. 713s.

Quant à la thèse de la réception coutumière des principes in toto, elle est tout à fait cohérente. Elle n'est pas utile. Dire que les principes généraux de droit sont créateurs de droits et d'obligations parce qu'il s'agit d'une pratique répétée considérée comme étant le droit revient à admettre qu'à côté de la norme (coutumière ?) pacta sunt servanda existe une autre norme fondamentale principia juris generalia sunt servanda, norme apparue avec le droit des gens et applicable à tous les domaines de ce droit. "Et après ?" est-on tenté de demander, à quoi la découverte d'une telle règle avance-t-elle ? A peu de choses, à vrai dire, et il vaut sans doute mieux chercher pourquoi les principes généraux de droit sont, en fait, respectés, à quels besoins ils répondent.

Sect. 2 - Le fondement de la validité des principes généraux de droit. Une source "objective".

Le réflexe volontariste est tellement puissant chez les juristes d'aujourd'hui que l'on est presque honteux de devoir constater que le recours effectué par les organes du droit international aux principes généraux de droit issus des systèmes juridiques nationaux ne peut s'expliquer par la rencontre des volontés étatiques. C'est que toute explication non volontariste d'un phénomène qui se produit en droit des gens est immédiatement suspect ; le spectre du droit naturel se dresse.

Pourtant, d'une certaine manière,

" l'idée de droit naturel est vraiment de celles qui accompagnent
 " l'humanité au cours de son histoire ; et si quelques écoles,
 " comme cela est arrivé assez souvent, surtout à notre époque,
 " font profession de l'exclure ou de l'ignorer, chaque fois, elle
 " s'affirme à nouveau puissamment dans la vie " (23).

Il ne fait aucun doute qu'il existe en effet une certaine parenté entre les notions de droit naturel, de "justice", d'équité et de principes généraux de droit.

(23) Giorgio del VECCHIO, "Les principes généraux du droit", Rec. GENY, II, p. 75.

En fait, si l'on examine sans passion le phénomène de l'emprunt aux ordres internes de principes généraux par le droit des gens, il paraît raisonnable de conclure que ses fondements se trouvent en dehors du droit, dans les nécessités sociales (Paragr. 3) sans qu'il soit nécessaire pour autant de défendre une optique "naturaliste" (Paragr. 1) ni même de se fonder sur l'idée d'équité qui laisse place à trop d'incertitude (Paragr. 2).

Paragr. 1 - Principes généraux et droit naturel.

"C'est pour ou contre Platon qu'il faut se décider" (24).

Il y a des arguments en faveur de Platon. C'est Jean SPIROPOULOS qui a défendu d'abord la thèse de l'assimilation des principes au droit naturel en préconisant un raisonnement analogique de grande envergure à partir des règles du droit interne certes, mais n'hésitant pas à atteindre un très grand degré d'abstraction (25). Quant à SALVIOLI, il a, lui aussi, estimé que les principes constituaient en fait du droit naturel auquel répugnait son positivisme (26).

Mais a-t-on souvent fait remarquer ces principes doivent être "reconnus" (27).

-
- (24) Alfred VERDROSS, "Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale", préc., p. 197.
- (25) Jean SPIROPOULOS, Die Allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, Kiel, 1928, p. 28s. et 60s.
- (26) Observations sur le rapport VERDROSS, "Les principes généraux de droit comme source de droit des gens", Ann. I. D. I., 1932, préc., p. 314.
- (27) V. notamment Louis CAVARE, Le droit international positif, préc., I, p. 240, Charles ROUSSEAU, Droit international public, Dalloz, Paris, 5e éd., 1970, p. 88 et dans certains de ses ouvrages, Alfred VERDROSS, notamment Rapport préc. à l'I. D. I., p. 323 et "Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", Rec. GENY III, p. 387. Mais la doctrine de cet auteur est peu ferme et l'on peut penser d'autres fois qu'il se rallie à la thèse de droit naturel, v. par exemple "Règles générales du droit international de la paix", préc., p. 303 ; "Il s'agit par conséquent des principes fondamentaux de justice acceptés par la conscience juridique universelle".

Le même argument pourrait être opposé à LE FUR dont la doctrine est passablement ambiguë. Selon lui, pour qu'une règle constitue un principe général de droit,

" Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une application immédiate du
 " principe supérieur de la justice, d'une compétence directe du
 " droit naturel ou objectif (ce dernier terme étant pris bien en-
 " tendu dans le sens de droit indépendant de la volonté subjective
 " des Etats (...) il faut encore qu'ils se retrouvent dans les légis-
 " lations internes positives de la presque totalité des Etats civil-
 " lisés ; en d'autres termes, il faut que ces principes soient re-
 " connus par le droit positif des Etats)" (28).

Si la seconde condition exigée par LE FUR est effectivement prévue par l'article 38-1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice, il n'en va pas de même du premier élément (29).

A vrai dire ces arguments de texte ne sont pas entièrement convaincants. Le mot "reconnaissance" peut avoir de multiples sens : ainsi, dans la proposition du Baron DESCAMPS au Comité de Juristes de 1920, considérée unanimement comme naturaliste, il était prévu que la Cour devait appliquer "les règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés" (30). Quant aux travaux préparatoires, ils ne sont pas non plus d'un grand secours et l'on peut leur faire dire à peu près ce que l'on veut, les uns y voyant la consécration des doctrines du droit naturel (31), d'autres le triomphe du positivisme (32) (v. supra, p. 68s.).

Rien en tout cas n'empêche de voir dans la notion de principes généraux de droit une sorte d'avatar des idées du droit naturel et telle était sans aucun doute la conception des fondateurs du droit

(28) Louis LE FUR, "La coutume et les principes généraux de droit comme source de droit international public", préc., p. 368 ; v. aussi "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 205.

(29) En ce sens, v. Jules BASDEVANT, "Règles générales du droit de la paix", préc., p. 499, note n° 1.

(30) P.-V., p. 306.

(31) Bin CHENG, General Principles of Law ..., avant-propos de Georg SCHWARTZENBERGER, préc., p. XI.

(32) V. par exemple Paul GUGGENHEIM, "Contribution à l'étude des sources du droit des gens", préc., p. 77 ou Max SØRENSEN, Les sources de droit international, préc., p. 124, etc.

international lorsqu'ils appliquaient audroit des gens les règles du droit romain (33).

Par ailleurs, on trouve dans la jurisprudence des indices en faveur de la thèse du droit naturel. On a fait remarquer par exemple qu'à Nuremberg "le Tribunal n'a pas hésité à statuer comme organe de la communauté internationale au nom de la conscience juridique des Etats civilisés, source matérielle profonde du droit international" (34). Quelques formules utilisées par des sentences arbitrales ont également comme un "relent" de droit naturel, témoin ce jugement de Salomon :

" Considérant que la demande n'étant reconnue bien fondée qu'en partie, il est juste de partager les frais du procès ... " (35).

Et dans les opinions personnelles de certains juges à la Cour Internationale de Justice, on trouve aussi des formules qui vont très nettement dans le sens du droit de la nature. De l'estoppel, M. WELLINGTON KOO a dit : "C'est un principe de justice fondé sur la raison" (36). A propos de la protection des Droits de l'Homme, le juge TANAKA, constatant l'uniformité des droits internes, remarque : "Cela est de la nature, du jus naturale du droit romain" (37) et il insiste sur le fait que l'on retrouve dans l'article 38 l'idée de droit naturel (38). Quant à M. PADILLA NERVO il indique :

" Le critère de l'équidistance est une norme technique qui doit tendre à réaliser ce qui est juste selon le droit naturel des nations (Art. 38-1 (c) du Statut de la Cour). " (39)

Et le vice-président AMMOÛN note : "Les principes généraux de droit

(33) En ce sens, v. "L'influence du droit interne sur la formation du droit international", préc., p. 150.

(34) Paul de la PRADELLE, "Sur quelques resurgences du droit naturel!" préc., p. 382.

(35) Affaire LAVARELLO (Italie, Portugal), sentence de J. HEEMSKERK, 12 mars 1893, Pas. I, p. 420.

(36) Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J., Rec. 1960, op. indiv. WELLINGTON KOO, p. 67.

(37) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p. 296.

(38) Ibid., pp. 297-299.

(39) Plateau continental de la Mer du Nord, arrêt, C. J. Rec. 1969, op. indiv. PADILLA NERVO, p. 99 (C'est Montoya qui souligne)

sont sans conteste des facteurs de moralisation du droit des gens" (40).

Mais ces exemples ne sont guère concluants puisque la Cour elle-même a bien établi qu'elle n'appliquait pas le droit naturel :

" Tout au long de la présente affaire, on a dit ou laissé enten-
 " dre que des considérations humanitaires suffisent à faire naître
 " des droits et obligations juridiques et que la Cour peut et doit
 " agir en conséquence.
 " La Cour ne le pense pas et ne peut tenir compte des principes
 " moraux que dans la mesure où on leur a donné une forme juri-
 " dique (...). Ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet in-
 " térêt a un caractère spécifiquement juridique" (41).

En fait, il paraît bien difficile de considérer que les principes généraux sont purement et simplement du droit naturel. Qu'ils s'y apparentent dans une certaine mesure est certain, mais outre les objections de principe très fondamentales que l'on peut faire valoir à l'encontre de la notion même de droit naturel, on ne peut oublier que les principes sont le fruit d'une démarche de l'esprit très différente. Alors que le droit de la nature invite l'interprète à rentrer en soi-même et à découvrir des normes en quelque sorte par "introspection", les principes supposent au contraire un examen des règles positives, concrètes, effectivement appliquées dans les systèmes juridiques nationaux.

Paragr. 2 - Principes généraux de droit et équité.

Si la notion de droit naturel pêche par son imprécision, celle d'équité possède aussi cet inconvénient et présente en outre le désavantage d'être une notion double, à la fois idée très vague de

(40) Ibid., op. indiv. AMMOUN, p. 137. On pourrait citer aussi l'opinion individuelle de M. LEVI CARNEIRO dans l'affaire des Minquiers et des Ecrehous qui estiment que "les principes sont peut-être (...) la consécration de l'ancien droit naturel" (C.I.J., Rec. 1953, p. 109). Mais il s'agit plutôt de principes du droit international.

(41) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, p. 34 (C'est nous qui soulignons).

justice et "equity" au sens anglais du terme. Dans cette deuxième acception il s'agit en fait d'une branche du droit anglo-saxon présentant par rapport à la common law proprement dite des caractères particuliers (42).

Quelques tribunaux arbitraux ont en fait appliqué l'"equity", ceux surtout composés de membres anglo-saxons et en premier lieu la Commission mixte de l'article VII du traité JAY (43).

C'est aussi dans ce sens technique que l'équité a parfois été considérée comme constituant un principe général de droit aussi bien par la doctrine que par les juges ou les arbitres. Parmi les auteurs qui adoptent cette façon de voir, on peut citer notamment les professeurs JESSUP et O'CONNELL (44). Dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale sur les Prises d'eau à la Meuse, le juge HUDSON considère que l'équité reconnue par plusieurs systèmes de droit interne constitue un principe général de droit et ne doit pas être confondue avec la faculté qu'a la Cour de décider ex aequo et bono (art. 38, paragr. 2) (45). M. AMMOUN va dans le même sens en écrivant :

" S'il est en effet un principe reconnu par le droit interne de la
" communauté des nations dont l'adoption par analogie en droit
" international comme principe général de droit, s'impose pour
" le moins autant que tant d'autres, que ce dernier a déjà em-
" prunté, c'est manifestement celui qui assigne l'équité pour fon-
" dement au droit et pour objectif à sa réalisation " (46).

(42) V. René DAVID, Les grands systèmes du droit contemporain, préc., p. 357.

(43) V. par exemple l'opinion du commissaire GORE dans l'affaire du Jamaïca (Grande-Bretagne - Etats-Unis) opinion du 21 mai 1798, Int. Adj. M. S., p. 498.

(44) Philip C. JESSUP, Transnational Law, préc., p. 77 et D. P. O'CONNELL, International Law, préc., I, p. 14.

(45) Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C. P. J. I., série A/B n° 70, op. indiv. HUDSON, p. 76.

(46) Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C. I. J., Rec. 1969, p. 137. V. aussi l'op. diss. du même juge dans l'affaire Fasla, Demande de réformation du jugement n° 158 du Tribunal administratif des Nations Unies, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1973, op. diss. AMMOUN, p. 249.

De même, certaines sentences arbitrales ont présenté des notions juridiques comme découlant de l' "equity" (47).

En fait, cette thèse est très discutable car de nombreux systèmes de droit ne connaissent pas la notion stricte d' "equity". De toute façon, on ne saurait y voir le fondement de la validité des principes généraux ; bien au contraire, ce sont eux qui permettent de recourir à la notion d' "equity".

Ainsi entendue, la notion d'équité est très différente de la faculté qu'ont parfois les juges de décider ex aequo et bono. Comme l'a écrit HABICHT :

" Tandis que le chiffre 3 de l'article 38 permet à la Cour d'appliquer des normes non contenues dans le droit international conventionnel ou coutumier, juris adjuvandi et supplendi gratia, l'alinéa 2 de cet article permet une telle application juris corrigendi gratia " (48).

Définie de cette manière l'équité ne s'apparente évidemment en aucune façon aux principes généraux de droit car l'on ne s'expliquerait pas que les rédacteurs du Statut aient estimé utile de séparer aussi nettement les deux notions. Les travaux préparatoires ne laissent d'ailleurs aucun doute sur ce point (v. supra pp. 58 59) et il ne faut pas oublier que lorsque FROMAGEOT proposa d'ajouter au n° 3 "Les principes généraux du droit et de la justice", son amendement d'abord retenu en sous-commission par la 3ème Commission de l'Assemblée de la S. d. N., fut ensuite écarté au profit de ce qui est devenu le paragraphe 2 de l'actuel article 38 (49). Il n'est donc pas admissible de considérer avec POLITIS que les principes généraux sont "ceux de la justice et de l'équité " (50).

(47) V. par exemple les affaires de Santa Isabel (Cornelia J. Pringle et A.), (Etats-Unis - Mexique) Special Claims Commission, 26 avril 1926, op. diss. du commissaire américain PERRY, R. S. A. N. U. IV, p. 803 (estoppel).

(48) Max HABICHT " Le pouvoir du juge international de statuer ex aequo et bono", préc., p. 300.

(49) Documents au sujet des mesures prises par le Conseil de la S. d. N. ..., préc., p. 145 et 157.

(50) Nicolas POLITIS, La justice internationale, Hachette, Paris, 1924, p. 82.

Dans l'affaire SAPHIRE l'arbitre après avoir dit qu'il appliquerait les principes généraux de droit précise que :

" Ce faisant, il n'entend en rien statuer en équité, comme amiable compositeur. Il s'appliquera au contraire à dégager les règles de droit positif communes aux nations civilisées telles qu'elles sont formulées dans les lois et généralement reconnues par la pratique. A propos de chaque règle de droit invoquée, il démontrera d'une part son caractère de droit positif, d'autre part sa généralité " (51).

En fait, c'est dans un troisième sens que l'équité est utilisée en droit international. La Cour Permanente d'Arbitrage définissant les mots "principes de droit et d'équité" indique :

" La majorité des spécialistes du droit international semblent être d'accord sur le fait que ces mots doivent être interprétés au sens de principes généraux de justice distincts de tout système particulier de jurisprudence ou de droit interne d'un quelconque Etat " (52).

De l'équité ainsi conçue il a été fait très fréquemment appel en droit des gens. Certaines notions sont considérées par les juges et les arbitres comme "équitables" ; il en est ainsi, par exemple, de la prescription (53) ou de l'estoppel (54). Dans l'affaire Ghez, l'agent du gouvernement français devant la Commission de Conciliation franco-italienne a fait valoir qu'

" il est de jurisprudence constante devant les juridictions de l'ordre interne tant françaises qu'italiennes qu'un recours porté devant une juridiction incompétente conserve les délais de recours devant la juridiction compétente (...), qu'il paraît équitable qu'il en aille de même devant la Commission de Conciliation franco-italienne ... " (55).

(51) Cité par Jean-Flavien LALIVE, "Un récent arbitrage suisse...", préc., p. 287.

(52) Affaire des armateurs norvégiens (Etats-Unis - Norvège), C. P. A., 13 octobre 1922, R. S. A. N. U. I, pp. 330 à 331.

(53) Affaire Gentini, Commission Mixte Italie-Vénézuéla, décision rendue par l'Umpire RALSTON, R. S. A. N. U. X, p. 557s.

(54) Affaire de Santa Isabel, préc., note n° 47 ; Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, C. I. J., Rec. 1962, op. indiv. ALFARO, p. 79.

(55) Affaire Ghez (héritier de Treves Nella), procès-verbal de désaccord, Rec. Com. Conc. fasc. 7, p. 216.

Il n'est pas douteux que sous cette forme l'équité est souvent liée aux principes généraux de droit dans l'esprit du juge. Il est très remarquable par exemple que le juge ANZILOTTI lui-même dans son opinion dissidente sur l'affaire des prises d'eau de la Meuse ait considéré le principe inadimpleti non est adimplendum comme un principe général de droit notamment parce qu'il est "juste" et "équitable" (56). De même, invoquant "le principe qui veut qu'une condition qui, eu égard à l'intention de la partie qui en est l'auteur est un élément essentiel de l'obligation principale et remonte aux sources mêmes de cette obligation, ne saurait en être séparée," LAUTERPACHT ajoute :

" Il ne s'agit pas d'une simple subtilité de droit privé née d'un système interne quelconque de ce droit, mais - comme tous les principes généraux de droit - d'une maxime fondée sur le sens commun et l'équité " (57).

De même, les tribunaux administratifs internationaux ont parfois appliqué des principes généraux de droit qui s'apparentent à l'équité (58). Toutefois ils ont, dans la très grande majorité des cas, refusé de faire prévaloir l'équité sur le droit (59).

Mais, si principes généraux de droit et équité sont souvent liés, cela ne signifie pas que les premiers ne soient qu'une conséquence de la seconde. Au fond, l'équité est une "qualité du droit" ; l'interprète en tiendra compte pour le choix et l'adaptation des principes généraux qu'il applique ; elle n'en constitue pas le fondement.

(56) Prises d'eau à la Meuse, arrêt, 1937, C. P. J. I., série A/B n° 70, op. diss. ANZILOTTI, p. 50.

(57) Interhandel, arrêt, C. I. J., Rec. 1959, ob. diss. LAUTERPACHT, p. 117. V. aussi Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C. I. J., Rec. 1964, ob. diss. WELLINGTON KOO, p. 62, etc.

(58) V. T. A. S. d. N., jugements n° 1, 2 et 3, Di Palma Castiglione, Phélan et Maurette, 15 janvier 1929, T. A. O. I. T., jugement n° 14 Tranter, etc.

(59) T. A. S. d. N. jugement n° 13, Schumann, 7 mars 1934 ; jugement n° 15, Tchoumakoff, 11 mai 1935. Contra cependant T. A. O. I. T., jugement n° 6, Demoiselle Rothbarth, 27 février 1947.

Paragr. 3 - Les principes généraux de droit constituent une source "objective" du droit des gens.

L'analogie est le point central du raisonnement qui permet de découvrir un principe ; il est donc normal de partir de cette notion pour trouver le fondement de la validité des principes généraux de droit. Il s'agit, comme on l'a vu, d'opérer une généralisation à partir de la constatation de ressemblances.

L'existence même d'un principe dans les différents systèmes juridiques du monde, l'universalité de sa reconnaissance ne peuvent pas être de pures coïncidences ; elles sont la manifestation de sa justice et surtout de sa nécessité (60).

La jurisprudence confirme cette analyse. Ainsi la Commission Mixte Allemagne - Vénézuéla s'est appuyée sur ce raisonnement pour montrer que les intérêts doivent couvrir tant le lucrum cessans que le damnum emergens :

" The jurisprudence of all civilized nations now recognizes this
 " principle as between individuals in case of contract and has
 " extended it to compensation for the taking off or injury to
 " property. The language of civil law accords with the Anglo-
 " Saxon common law in this respect, and the French civil code
 " enacts the principle. It is certainly a reasonable presumption
 " from this uniform international recognition of this right as
 " between individuals, that the nations would recognize its justice
 " between themselves " (61).

(60) En ce sens Georges SCELLE, "Essai sur les sources formelles du droit international", Rec. GENY III, p. 424.

(61) "La pratique de toutes les nations civilisées reconnaît aujourd'hui ce principe en ce qui concerne les individus en matière contractuelle et l'a étendu aux compensations dues pour confiscation ou dommages aux biens. Le langage du droit civil s'accorde sur ce point avec celui de la common law et le code civil français enregistre le principe. De la reconnaissance internationale uniforme de ce droit pour ce qui est des individus on peut certainement présumer raisonnablement que les nations peuvent en reconnaître la justice pour leur rapport inter se". Opinion de l'Umpire DUFFIELD concernant des problèmes d'intérêt général, R. S. A. N. U. X, p. 363.

De façon plus nette encore le gouvernement yougoslave dans sa duplique dans les affaires Pajzs, Csáky, Esterhazy, estime inutile de reprendre la discussion sur la distinction existant entre les notions d'incompétence et d'irrecevabilité :

" Cette distinction est admise par toutes les législations et elle
 " s'est aussi imposée en droit international. Ceci est la meilleure
 " preuve que la notion d'irrecevabilité n'est pas une question de
 " terminologie mais qu'elle trouve sa raison d'être dans les rai-
 " sons profondes de tout ordre juridique " (62).

De même, dans l'arrêt relatif au jugement du Tribunal administratif de l'O. I. T., la Cour a déclaré : " Le principe de l'égalité entre les parties découle des exigences d'une bonne administration de la justice " (63). Et l'on pourrait multiplier les citations tirées de la jurisprudence comme de la doctrine (64).

La meilleure preuve de la nécessité des principes généraux de droit est que les positivistes eux-mêmes la reconnaissent (v. supra p. 371 s.), qu'il s'agisse d'ANZILOTTI ou de M. WINIARSKI qui a fait état d'"une application naturelle et inévitable du principe général de tout droit : non seulement un arrêt mais aucun acte ne peut produire d'effets légaux s'il est juridiquement nul " (65).

(62) Pajzs, Csáky, Esterhazy, C. P. J. I., série C, n° 79, duplique yougoslave, p. 352.

(63) Jugement du Tribunal administratif de l'O. I. T. sur requêtes contre l'U. N. E. S. C. O., avis consultatif, C. I. J., Rec. 1956, p. 86.

(64) Dans le rapport de POLITIS et de VISSCHER à l'I. D. I. sur la prescription libératoire dans les relations internationales, on peut lire : " Des considérations pratiques d'ordre, de stabilité et de paix, depuis longtemps retenues par la jurisprudence arbitrale, doivent faire ranger la prescription libératoire des obligations entre Etats parmi les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, dont, aux termes de l'article 38-3 de son Statut, la Cour Permanente de Justice Internationale est appelée à faire application", Ann. I. D. I., 1925, p. 3.

(65) Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité, avis consultatif, C. I. J., Rec. 1954, op. indiv. WINIARSKI, p. 65.

C'est parce qu'ils répondent à une nécessité que les principes généraux de droit ont une force obligatoire ; le droit puise ses éléments dans la nature des choses et c'est en dehors du raisonnement juridique à proprement parler qu'il faut chercher ses fondements.

" Le droit n'est plus une science isolée, qui se suffise à elle-même
 " et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules, le
 " droit est une science des faits, une science du dehors, qui,
 " comme toutes les sciences puise dans la nature des choses, puis-
 " que c'est le mot consacré, ses éléments premiers de formation
 " et d'interprétation " (66).

Ce qui est vrai pour le droit en général l'est plus encore pour les principes, qui expriment :

" ce vaste résidu de nécessité sociale qui surpasse les contrats
 " consensuels et le droit coutumier souvent incomplet, sujet à
 " controverse et tardif dans ses développements - cette nécessité
 " sociale et juridique sans laquelle le droit, international ou autre,
 " ne peut se concevoir " (67).

Sur le consentement dicté par les nécessités sociales repose donc la force obligatoire des principes et peut-être de tout le droit ; le consentement et non la volonté des Etats (68). Il s'agit du sentiment d'une obligation, idée que traduit mieux le mot anglais "oughtness".

C'est pourquoi, en définitive, les principes généraux apparaissent comme une source "objective" du droit des gens. Leur reconnaissance est constatée dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et cette concordance tient à leur caractère nécessaire. Leur transposition se fait en droit international auquel ils ne sont pas moins indispensables. Voilà ROOT et DESCAMPS réconciliés.

(66) R. SALEILLES, préface François GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, préc., p. XXIV.

(67) Sir Hersch LAUTERPACHT, "Règles générales du droit de la paix", R. C. A. D. I. 1937, IV, p. 164.

(68) En ce sens, v. Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C. P. J. I. série A n° 2, op. diss. FINLAY, p. 47 et Lotus, arrêt n° 9, 1927, C. P. J. I. série A n° 10, op. diss. LODER, p. 34.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Bien souvent les discussions doctrinales sont fonction des problèmes terminologiques et c'est parce qu'ils emploient des termes différents pour désigner la même réalité que certains internationalistes pensent avoir une conception entièrement différente de tels autres alors qu'ils se rejoignent sur le fond.

Le terme de "droit objectif" est employé ici pour bien montrer que la volonté des sujets de droit ne peut expliquer la validité des principes issus des systèmes juridiques nationaux en droit des gens. Celle-ci ne peut être recherchée ni dans le droit conventionnel, ni dans le droit coutumier - sauf à donner au mot "coutume" un sens tellement vague qu'il perde tout caractère explicatif.

Mais dire qu'il s'agit d'une source "objective" ne saurait signifier que les principes n'ont pas une existence "positive" ; si ce qualificatif a été écarté, c'est uniquement à cause de son ambiguïté que le professeur AGO a magistralement mise en lumière dans un article intitulé "Droit positif et droit international" (69). Dans la mesure où le positivisme a une résonance volontariste, on ne peut que le répudier comme explication de la force obligatoire des principes. Mais si l'on pense avec M. VIRALLY que "lorsque la pensée juridique parvient à donner une solution pratique aux difficultés que soulèvent les relations sociales, le droit est dit "positif" ce qui le distingue de tous ceux, droit naturel et droit idéal, qui restent au niveau des représentations intellectuelles"(70), alors, les principes généraux constituent une source positive.

(69) Roberto AGO, "Droit positif et droit international", préc., passim.

(70) Michel VIRALLY, La pensée juridique, préc., p. 137.

Et il en va de même pour la notion de droit naturel.

" Si par droit naturel on comprend les règles dégagées par la
" raison du juge, règles qui devraient à son avis faire loi et peu-
" vent fort bien contredire les règles existantes, tel n'est pas,
" à ce qu'il semble, la signification probable de l'article 38-3 "
(71).

Si en revanche il s'agit des principes "rooted in the good sense and
common practice of civilized nations", alors, sans aucun doute, les
principes généraux de droit forment bien "a sort of modern law of
nature" (72).

(71) Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit,
préc., p. 137.

(72) Les principes "enracinés dans le bon sens et la pratique commune des
nations civilisées - sorte de droit de la nature moderne", Affaire
d'Abu Dhabi, sentence de Lord ASQUITH of BISHOP STONE, 28 août
1951, I. C. L. Q., 1952, p. 251.

CONCLUSION DU TITRE I^{er}

Les principes généraux de droit forment donc une catégorie de règles autonomes car elles ne se confondent avec aucune autre source -, et "objectives", car elles ne reposent ni sur l'idée abstraite de ce qui est juste, ni sur la volonté des Etats, mais sur le donné social. Mais s'agit-il bien d'une source du droit des gens ? A ce problème les développements qui précèdent peuvent contribuer à donner une réponse et c'est pourquoi il n'a pas été abordé plus tôt.

Un certain nombre d'auteurs ont nié qu'il s'agisse d'une "source" du droit international (1). Ici encore, tout est problème de terminologie. Si l'on adopte la définition donnée par le Dictionnaire de la terminologie du droit international, selon lequel les sources formelles sont "ce qui extériorise, ce qui exprime les règles de droit et qui permet de s'y référer avec certitude" (2), il est douteux que l'on soit en présence d'une telle catégorie de normes car les principes ne sont "extériorisés" que par les règles concordantes des différents systèmes juridiques internes mais ils ne peuvent être assimilés à ces règles. Dans ce cas, la coutume n'est pas non plus une source formelle : les pratiques qui en sont les manifestations ne suffisent pas, par elles-mêmes, à créer les normes.

Pour une partie de la doctrine les principes constituent une source matérielle (3), opinion tout aussi discutable si l'on se fonde sur

(1) Ainsi, Géza HERCZEGH reconnaît qu'il s'agit d'une notion "primaire" et "autonome" mais pas que l'on puisse l'analyser en une source du droit General Principles and the International Legal Order, préc., notamment p. 98. V. aussi Lucien SIORAT, Le problème des lacunes en droit international, préc., p. 266, et, peut-être, Hans KELSEN, The Law of the United Nations, préc., p. 533.

(2) Préc., p. 571.

(3) Voir par exemple James L. BRIERLY, "Règles du droit de la paix", préc., p. 37, Gaetano MORELLI, "La théorie générale du procès international", préc., p. 350 et, avec des nuances, Sir Gerald FITZMAURICE, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", Mél. VERZIJJL, p. 174.

le même Dictionnaire qui définit les sources matérielles comme l' "ensemble des éléments auxquels se rattache la formation des règles du droit international, d'où elles procèdent" (4). Or les principes généraux de droit qui n' "alimentent" aucune autre catégorie de normes du droit des gens - puisqu'ils sont "autonomes" - ne correspondent pas non plus à cette définition.

En revanche, si l'on considère les définitions données par le professeur VIRALLY, les conclusions auxquelles on aboutit sont différentes :

" L'expression de sources du droit est communément employée
 " dans deux acceptions différentes. Elle désigne d'abord les idées
 " et les valeurs qui ont inspiré le contenu du droit : ce sont les
 " sources dites "matérielles" puisqu'elles donnent aux normes
 " leur matière (...). Au contraire, les sources "formelles" du
 " droit désignent les modes de formation des normes juridiques,
 " c'est-à-dire les procédés et les actes par lesquels ces normes
 " accèdent à l'existence historique : s'insèrent dans le droit posi-
 " tif et acquièrent validité " (5).

Dans cette optique, les principes généraux de droit, à la différence des principes généraux du droit international, constituent une source formelle du droit des gens car ils sont le résultat d'un procédé logique, d'un raisonnement par analogie très particulier (le terme anglais "law-creating process" serait probablement plus approprié pour les définir cependant) (6). Source non écrite, ils ont besoin pour se manifester clairement dans la vie juridique internationale d'un support concret qui peut être selon les cas un acte diplomatique qui les invoque, un ouvrage de doctrine qui les mentionne ou une sentence qui en fait usage, qui tous constituent des moyens auxiliaires permettant de les déterminer.

Comme toute source formelle, les principes généraux puisent leur substance dans une source matérielle : celle-ci doit être

(4) V. note n° 2.

(5) Michel VIRALLY, La pensée juridique, préc., p. 148.

(6) Contra : Roberto AGO, "Droit positif et droit international", préc., p. 58.

recherchée pour l'essentiel dans les droits internes des Etats. Pour reprendre l'image de la source, ceux-ci constituent, en quelque sorte, la nappe phréatique alimentant la fontaine (les principes) par l'intermédiaire d'un puits artésien qui canalise l'eau (le raisonnement par analogie).

Titre II

Une source supplétive et transitoire

Tels qu'ils ont été présentés jusqu'ici les principes apparaissent à la fois comme une source autonome et primaire du droit international. Comme les coutumes ou les traités ils présentent des caractères propres qui interdisent de les assimiler à une autre catégorie de règles. Une source "majeure" en quelque sorte.

Pourtant, à quelques indices, on peut penser que les principes ne sont pas sur un pied d'égalité avec le droit conventionnel et coutumier. Ceci se vérifie à plusieurs points de vue. Issus des droits internes, ils présentent par rapport au droit international un caractère ambigu qui explique la nécessaire prudence du juge dans leur application (v. supra, p.249s.) et les formules vagues qu'il utilise en général afin de ne pas heurter les susceptibilités étatiques. Par ailleurs, malgré la spontanéité de leurs origines, ils suscitent une certaine méfiance qui est moins le fait des Etats eux-mêmes - qui ont toujours respecté les sentences les utilisant - que de la doctrine qui s'offense de leur mise en oeuvre peu "scientifique". C'est sans doute pourquoi, au moins en partie, les principes constituent en fait une source supplétive du droit des gens (chap. I).

Même au simple point de vue quantitatif, les principes apparaissent également comme résiduels. Si le raisonnement analogique, largement employé par les fondateurs du droit international est aujourd'hui moins utilisé, sauf dans les domaines nouveaux (v. supra, p.109), c'est que les principes sont une source temporaire, évolutive ; leurs caractères propres s'effacent quand ils sont totalement absorbés par le droit international. En ce sens ils constituent une source "transitoire" (chap. II).

Chapitre Ier - Une source supplétive

M. Bin CHENG considère que les principes remplissent trois fonctions essentielles :

"These general principles of law fulfil three different functions. First they constitute the source of various rules of law, which are merely the expression of these principles. Secondly, they form the guiding principles of the juridical order to which the interpretation and application of the rules of law are orientated. Thirdly, they applied directly to the facts of the case wherever there is no formulated rule governing the matter". (1).

A vrai dire, on ne voit pas très bien quelle signification attribuer à la première des fonctions dégagée par cet auteur ; il s'agit plus d'une définition embryonnaire que d'une fonction à proprement parler.

En revanche, il n'est pas douteux que, d'une part, les principes ont vocation à combler les lacunes du droit, et d'autre part, à interpréter les règles conventionnelles ou coutumières existantes (2). Ils ont un rôle supplétif (sect. 1) et interprétatif (sect. 2).

Sect. 1 - Principes généraux de droit et lacunes du droit international

La vocation des principes est d'abord de combler les lacunes du droit des gens. Le principal souci des rédacteurs du Statut en 1920 était d'éviter le non liquet tout en empêchant la Cour de légiférer.

(1) "ces principes généraux de droit remplissent trois fonctions différentes. En premier lieu, ils constituent la source de règles juridiques variées qui en sont simplement l'expression. D'autre part, ce sont les principes directeurs de l'ordre juridique en direction desquels s'orientent l'interprétation et l'application des normes. Enfin, on les applique directement aux faits de l'espèce chaque fois qu'il n'existe pas de règle formulée en la matière".
Bin CHENG, *General principles of law* ... préc. p.390

(2) En ce sens, v. notamment André BLONDEL

"Les principes généraux de droit devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice", préc. p.202 ;
Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, préc. p.296 ;
Louis LE FUR, "la coutume et les principes généraux de droit comme source de droit international public", préc. p.372, etc .

Le caractère supplétif des principes ne fait à cet égard aucun doute comme le démontre une jurisprudence concordante et abondante (paragraphe 1) ; mais le problème reste posé de savoir s'ils suffisent à éviter tout non liquet (paragraphe 2).

Paragr. 1 - Les principes sont utilisés à défaut d'autres règles de droit international

Le professeur VERDROSS analysant la portée de l'article 38 de Statut de la Cour mondiale a bien posé le problème des lacunes :

"La Cour ne peut pas débouter la partie demanderesse pour la seule raison qu'il n'existe ni règle conventionnelle ni norme coutumière en faveur de sa prétention. Elle doit encore rechercher si la demande ne peut pas trouver un fondement dans un principe général de droit, et, dans l'affirmative, reconnaître la demande comme fondée" (3).

Et le Commissaire aux revenus gagés, dans l'affaire des réparations allemandes, a lui aussi bien démontré que le rôle supplétif des principes ne pouvait faire de doute.

"Le Commissaire, écrivait-il, prend une position très nette à l'égard de l'allégation suivant laquelle les principes généraux du droit et de la législation comparée ne sont pas applicables en droit international, et particulièrement en matière d'interprétation des traités : s'il n'existe aucune règle de droit international et que les principes du droit privé ne soient pas applicables, il est vraiment difficile de dire d'après quels principes l'arbitre devra se guider"(4).

Soit qu'elle y confine les principes, soit qu'elle n'y voie que l'une de leurs fonctions, la doctrine est unanime en ce qui concerne leur rôle supplétif (5). Quant à la jurisprudence il est tout à fait frappant de constater que lorsqu'elle adopte une solution sur la base d'un principe général de droit elle prend très souvent soin d'indiquer qu'elle le fait parce qu'il n'existe pas d'autres règles.

-
- (3) Alfred VERDROSS, "Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public", préc. p.527
- (4) Affaire relative à l'interprétation de l'art. 11 du protocole de Londres 9 août 1924 (Allemagne contre Commissaire aux revenus gagés). Sentence rendue le 23 juin 1926 par le Comte F. A. C. Van LIJNDEN Van SANDENBURG, R.S.A.N.U. II, p.768
- (5) V. par ex. C. Wilfred JENKS, The Common law of Mankind, Stevens, Londres, 1958, p.106, Ricardo MONACO, Manuale di diritto internazionale pubblico e privato, préc.p.61, Lucien SIORAT, Le problème des lacunes ... préc. p.282

Ainsi, par exemple, le tribunal arbitral mixte gréco-bulgare, dans l'affaire SARROPOULOS explique longuement et qu'il n'existe pas de norme conventionnelle ou coutumière relative à la prescription en droit international, et qu'il s'agit d'une notion particulièrement utile, avant d'y recourir (6).

La Cour de La Haye, si elle a souvent estimé inutile de recourir à un principe, et préféré fonder sa solution sur une autre règle, lorsqu'elle a fait appel aux principes généraux de droit, l'a fait la plupart du temps de façon très discrète, "en catimini". (v. infra sect. 2). Mais les juges dissidents ont bien marqué parfois la vocation supplétive de cette source du droit. C'est le cas par ex. de M. MORENO QUINTANA, dans l'affaire du droit de passage :

"Dans l'ordre international le moyen normal d'acquérir des droits ou de contracter des obligations est l'accord que l'on dénomme, dans le sens le plus large, traité. Il se peut aussi que lesdits droits ou obligations soient la conséquence d'une coutume, établie entre les parties avec la conviction qu'elles appliquent le droit. Et même - l'article 38 du Statut de la Cour l'admet aussi à son alinéa 1, lettre c) 1 -, ces droits ou obligations peuvent découler d'un principe général reconnu comme tel par les nations civilisées. De toute manière (...) j'estime que la validité d'un principe général peut suppléer à l'existence d'une coutume internationale, et l'existence d'une telle coutume à celle d'un traité" (7).

De même, le juge AMMOUN, écrit à propos de l'affaire du Plateau continental :

"Ainsi faut-il se reporter, en dernière analyse, aux principes généraux de droit reconnus par les Nations.

"La Cour n'a pas cru cependant devoir le faire. Elle a estimé qu'à défaut d'une méthode de délimitation s'imposant aux Parties, celles-ci devaient être conviées à négocier un accord par application de principes équitables".

"(....)

"A la vérité, le principe d'équité qui s'impose n'est pas l'équité abstraite que vise l'arrêt mais celui que comble une lacune tel le principe d'équité praeter legem qui est une source auxiliaire

(6) Rec. T.A.M. VII p. 51

(7) Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J., Rec. 1960, op. diss. MORENO QUINTANA p. 89.89.

"du droit contrairement à l'avis de la Cour, il y a une lacune dans
 "le droit international lorsque la délimitation n'est prévue ni
 "par une convention générale applicable (art.38, par. 1 a), ni
 "par une coutume générale ou régionale (art. 38, par. 1b).
 "Il reste le paragraphe 1 c), qui paraît aider à combler la
 "lacune". (8).

Ces deux exemples montrent bien que les principes généraux sont appelés à combler une lacune du droit conventionnel ou coutumier. Et ce n'est pas, comme l'écrit M. TANAKA dans les affaires du Sud-Ouest africain, parce que l'article 38 - 1 (c) "a trait au droit naturel" (9) ; c'est parce que les juges - et ce serait vrai pour tout autre organe du droit international n'ont pas à leur disposition les normes conventionnelles ou coutumières auxquelles ils recourent de préférence, et pour accomplir leur mission il leur faut se tourner vers les principes généraux du droit.

La Cour de Justice de la C.E.C.A. l'a fort bien senti en décidant dans les affaires *Algera et a.*, à propos du retrait de certains actes administratifs :

"Il s'agit là d'un problème de droit administratif, bien connu dans
 "la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté,
 "mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles.
 "La Cour, sous peine de commettre un déni de justice est donc
 "obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par
 "les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays
 "membres" (10).

Et comme l'écrit le professeur REUTER, "la nécessité de recourir à de tels principes découle des problèmes d'interprétation et du caractère incomplet des traités" (11).

De même, si les arbitres appelés à se prononcer dans les différends opposant un Etat et un co-contractant privé étranger ont fait un large usage des principes généraux (v. supra p. 162 s), c'est parce qu'ils se heurtaient au silence du droit normalement applicable. Dès 1929, dans l'affaire *Société RIALET*, le tribunal a estimé que, en principe, le droit

(8) Plateau Continental de la Mer du Nord, arrêt C.I.J., Rec. 1969, op.indiv. AMMOUN, pp. 132, 133. Le même juge dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd*, deuxième phase, a évoqué la même idée pour l'écarter en l'espèce (C.I.J., Rec.1970, pp. 333, 334)

(9) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt,C.I.J, Rec.1966, op.diss. TANAKA p.299

(10) C.J.C.E., affaires jointes 7/56 et 3/57 à 7/57, Rec. III, p.115 (c'est nous qui soulignons)

(11) Paul REUTER - Organisations Européennes, préc. p. 251

administratif éthiopien devait recevoir application ; mais un tel droit n'existant pas encore, il a fait appel, avec l'accord des parties "aux droits et usages des pays européens". (12)

Ce sont les mêmes considérations qui ont inspiré les arbitres dans les affaires d'Abu Dhabi et de Qatar (v. supra p. 171). Et c'est aussi pour cela que Lord Mc NAIR a préconisé de recourir largement dans ces affaires aux principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. (13)

Mais c'est sans doute dans la jurisprudence des tribunaux administratifs internationaux que l'on trouve les traces les plus nettes de ce rôle supplétif des principes généraux. Par exemple, dans l'affaire Joschi, le Tribunal de l'O.I.T. a invoqué la règle générale du droit qui s'applique même à défaut de texte exprès, selon laquelle "les personnes qui se trouvent dans une situation semblable en fait et en droit doivent être traitées juridiquement de la même manière". (14)

Mme BASTID est donc fondée à écrire :

"Les tribunaux administratifs internationaux se sont nécessairement trouvés devant d'innombrables lacunes de droit écrit, tant en ce qui concerne le fonctionnement même de la juridiction que le fond du droit. Ils ont donc dû s'appuyer sur des règles non écrites, règles empruntées à ce que l'on peut appeler le fonds commun du droit judiciaire et du droit administratif". (15).

Selon l'expression de LAUTER PACHT, les principes généraux constituent donc bien l'"ultimate safeguard", le dernier rempart contre le non liquet (16), mais cela ne signifie pas qu'il donne aux juges, à l'interprète la possibilité de combler toutes les lacunes du droit international.

(12) Rec. T.A.M. VIII, p. 742

(13) "The general principles of law recognized by civilized nations" (préc. passim)

(14) Jugement n° 208, Joschi, 14 mai 1973. V. aussi, par ex. jugement n° 179, Varnet, 8 novembre 1971, T.A.N.U., jugement n° 123, Ray, 31 octobre 1968, etc..

(15) Suzanne BASTID "Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence" préc. p. 478

(16) Sir Hersch LAUTERPACHT, the development of international law ... préc. p. 166 Cette idée a été reprise par Michael AKEHURST (A Modern Introduction to International Law préc. p. 51) et Shabtai ROSENNE (The Law and Practice of the International Court, préc. p. 608), mais pour consolider ce rempart ils accordent à l'expression "principes généraux de droit" une grande pluralité de sens.

Parag. 2 - Les principes généraux de droit et le problème du non liquet en droit international

Il n'est pas question de reprendre ici la querelle du non liquet dans son ensemble et moins encore le problème des lacunes en droit des gens. L'une et l'autre ont été étudiées de façon très complète par M. Lucien SIORAT (17). Il s'agit seulement de se demander dans quelle mesure les principes généraux de droit peuvent contribuer à résoudre ces problèmes. D'une part, on a parfois prétendu que la prohibition du non liquet était un principe général de droit (1), d'autre part, la question se pose de savoir si les principes ne suppriment pas la possibilité même d'un non liquet (2).

1. Il semble que ce soit Sir Hersch LAUTERPACHT qui le premier a eu l'idée que l'interdiction faite au juge de prononcer un non liquet constituait un principe général de droit reconnu par les nations civilisées au sens de l'article 38 - 1 - (c) du Statut de la Cour mondiale (18). Cette thèse a été soutenue également par Max HABICHT (19) qui y voit même l'un des principes généraux communs essentiels et estime que son corollaire est que le juge doit pouvoir combler les lacunes du droit.

Il est certain en effet que de très nombreuses législations reprennent la disposition de l'art. 4 du Code Civil français ou contiennent des clauses analogues (v. les ex. donnés par M. Bin CHENG in General Principles of Law pp. 400-408). Toutefois, on sait que cela est une condition nécessaire mais non suffisante pour qu'existe un principe général de droit. Il faut en outre que les conditions prévalant dans la société internationale rendent sa transposition possible. POLITIS le niait en 1924 :

(17) Le problème des lacunes préc.

(18) The Function of Law in the International Community, Clarendon Press, Oxford, 1933, p. 67. V. aussi du même auteur "Some Observations on the Prohibition of "non liquet" and the Completeness of the Law". Mél. VERZIJL, p. 205

(19) "Le pouvoir du juge international de statuer ex aequo et bono" préc. p. 286 s

"Pour placer l'arbitre au même niveau d'obligations que le juge interne, il ne suffit pas de le désirer il faut que les systèmes de justice dont ils sont respectivement les organes obéissent à la même conception. C'est loin d'être actuellement le cas. Des différences profondes les séparent : l'un est basé sur l'obligation, l'autre sur la faculté ; l'un comporte des juges permanents, l'autre des juges occasionnels, l'un obéit à une loi générale supérieure aux plaideurs, l'autre à leur convention particulière" (20).

Plus récemment le professeur SALMON faisait remarquer également que l'intégration caractérisant le droit interne et expliquant l'obligation faite au juge national de statuer ne se retrouve pas dans la sphère des relations inter-étatiques (21).

Il n'y a, en vérité, guère d'arguments jurisprudentiels en faveur de l'une ou l'autre thèse, sinon le célèbre jugement n° 11 du Tribunal Administratif de l'O.I.T. :

"Attendu que c'est une norme fondamentale de toute technique juridique qu'aucun tribunal ne peut s'abstenir de juger sous prétexte de "silence ou d'obscurité de la loi"" (22).

On peut cependant remarquer que jusqu'à présent aucun tribunal arbitral et aucune juridiction internationale n'ont prononcé de non liquet et que, étant donné le nombre des sentences qu'ils ont rendues, cela donne au moins une forte présomption en faveur de l'existence du principe. Il est vrai que d'autres explications sont possibles : les Etats ne le demandent jamais pour ne pas inciter le juge à penser qu'ils ne disposent d'aucun autre argument ; lorsqu'un litige est soumis à un tribunal c'est que les parties sont convaincues qu'une réponse sur la base du droit est possible, ou que, en tout cas, elles veulent lui donner une solution de droit ; le juge entend répondre à leur attente.

(20) Nicolas POLITIS, La justice internationale, préc. p. 85

(21) Jean SALMON, "quelques observations sur les lacunes en droit international public" in Chafm PERELMAN, éd. Le problème des lacunes en droit, E. Bruylant, Bruxelles, 1968, pp. 313-337

(22) Micheline DESGRANGES, 12 août 1953

M. STONE ajoute en ce sens que les arbitres comme les plaideurs, formés au droit interne "have carried over into international practice the negative attitude towards non liquet, general in municipal systems" (23). Cet argument va plutôt à l'encontre de la thèse qu'il prétend soutenir : la transposition d'une pratique juridique interne en droit international est très exactement un principe général de droit.

2. Quoi qu'il en soit, même en admettant qu'en vertu des principes généraux de droit les tribunaux internationaux ne sont pas autorisés à prononcer un non liquet, le problème se pose encore de savoir si ceux-ci possèdent les moyens de respecter cette règle.

Traditionnellement les tenants de la perfection du droit international s'opposent à ceux qui en affirment le caractère incomplet. Pour les uns, "tout ce qui n'est pas interdit est permis" (24), ou bien, indépendamment de ce vieil adage libéral, sur le point contentieux au moins, estiment que le juge dispose des moyens de répondre à toutes les questions de droit (25). Pour d'autres, la maxime in dubio pro libertate n'est pas admissible compte tenu de la primitivité du droit international; il est préférable d'admettre qu'il existe des lacunes et que le juge peut les combler (26).

De toute manière, sur le plan pratique, il est bien évident que les règles se heurtent. De plus, comme l'a fait remarquer DECENCIERE-FERRANDIERE, on pourrait intellectuellement admettre que, même s'il y avait une seule règle de fond éditée par le législateur, il serait encore possible de résoudre tous les procès. Mais le brocard summum ius, summa

- (23) Julius STONE, Legal Control of International Conflict... préc. p. 163.
Les juges et les plaideurs "ont fait passer dans la pratique internationale l'attitude négative généralisée envers le non liquet existant dans les systèmes de droit interne".
- (24) v. par ex. Dionisio ANZILOTTI, Cours de droit international, préc. I, p. 119 ; Paul GUGGENHEIM, Traité de droit international public, préc. I, p. 292, Hans KELSEN, Théorie pure du droit, préc. p. 330
- (25) v. Manley O. HUDSON, La Cour Permanente de Justice Internationale, p. 618
- (26) v. Julius STONE op. cit. note n° 23 et "non liquet and the International Judicial Function" in Chaim PERELMAN éd. Le problème des lacunes en droit, préc. pp. 305-311 et Frède CASTBERG "La méthodologie de droit international public", préc. p. 345

injuria n'est décidément satisfaisant que pour l'esprit (27).

Déjà le législateur interne ne se montre jamais capable de prévoir tout ce qui peut arriver, et quand il le fait les choses bien souvent évoluent plus vite que les lois ; comment en irait-il autrement sur le plan international ? L'affaire du Sud-Ouest africain a bien montré que les institutions juridiques n'étaient pas éternelles et que leur adaptation aux situations nouvelles créait de difficiles problèmes de droit (28). Ce n'est peut-être pas une lacune ; c'est alors ce que M. SIORAT nomme une "carence de la réglementation" (29).

Pour un certain nombre d'auteurs le paragraphe premier, litt. c de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice permet de combler ces lacunes ou de remédier à ces carences. LAUTERPACHT, par exemple, estime que cette disposition :

"made certain that there would always be at hand, if necessary, a legal rule or principle for the legal solution of any controversy involving sovereign states" (30).

Ainsi se trouverait écartée toute possibilité d'un non liquet (31).

Cette affirmation est surprenante. Rien en effet n'autorise à penser que les principes généraux de l'article 38 suppriment tout risque de lacunes. Le professeur VERDROSS lui-même l'admet (32). Il peut se faire

- (27) André DECENCIERE-FERRANDIERE, "Essai critique sur la justice internationale", préc. pp. 160-161
- (28) A ce point de vue voir les remarques très claires de Sir Hersch LAUTERPACHT dans son op. indiv. joint à l'avis sur l'admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Rec. 1956, pp. 48-49
- (29) Lucien SIORAT : Le problème des lacunes . . . , préc. p. 85
- (30) Cette disposition "a donné la certitude qu'il y aurait toujours à portée de main si nécessaire une règle ou un principe de droit pour la solution juridique de tout litige mettant en cause des Etats souverains". Hersch LAUTERPACHT "Some Observations on the Prohibition of "non liquet" . . .", préc. p. 205
- (31) v. Georg SCHWARZENBERGER, avant-propos A. Bin CHENG, General Principles of Law . . . , préc. XI et A Manual of International Law, préc. p. 234
- (32) v. par ex. "Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence internationale" préc. p. 224 s

en effet qu'il n'existe pas de règles concordantes dans les différents systèmes juridiques du monde, ou que des réglementations voisines ne répondent pas à la même ratio, ou encore qu'un principe ne puisse être adapté au droit des gens. Aucun tribunal international ne l'a admis jusqu'à présent, mais le juge READ, dans son opinion dissidente sur l'affaire Nottebohm, après avoir constaté l'absence de conventions internationales et de coutumes, a estimé qu'il n'existait pas non plus de principe général de droit en matière de nationalité. (33)

Cette opinion isolée montre bien que la reconnaissance des principes généraux de droit comme source de droit international ne suffit pas théoriquement à écarter complètement la possibilité de lacunes et moins encore de carences. Mais, s'agissant d'une catégorie de normes susceptibles de résoudre les problèmes juridiques au même titre que les traités ou la coutume, ils réduisent considérablement cette éventualité. Pourtant, à certains indices, on peut déjà voir que les principes ne sont pas placés sur le même plan que les deux sources précitées et leur caractère supplétif est bien mis en évidence par le soin que prennent en général des tribunaux d'indiquer qu'ils appliquent les principes en l'absence d'autres règles.

(33) NOTTEBOHM, deuxième phase, arrêt. C.I.J., Rec. 1955, op. diss. READ, pp. 39-40

Sect. 2 - La place des principes généraux dans la hiérarchie des normes en droit international

Dire que les principes généraux servent à combler les lacunes du droit n'est pas tout à fait exact : puisque les principes sont une source du droit international, on ne peut parler de lacunes lorsqu'une telle norme existe. Cependant, cette présentation, que l'on retrouve à peu près dans tous les ouvrages de droit international, est significative de la vocation essentiellement complémentaire des principes.

C'est en effet ce que confirme l'étude de la pratique internationale (paragraphe 2). Mais cette thèse a été contestée ; aussi convient-il de retracer brièvement les discussions doctrinales sur ce point (paragraphe 1).

Paragr. 1 - Les discussions doctrinales

La place qu'occupent les principes généraux de droit dans la hiérarchie, au demeurant très hypothétique, des sources du droit des gens a fait l'objet de contestations, et l'on peut dire qu'il existe à ce sujet une véritable mosaïque d'opinions divergentes ; les uns affirmant leur rôle prééminent (1), les autres les confinant dans un emploi subalterne (2) et toutes les nuances intermédiaires étant représentées.

1. S'il existe une gradation entre la force obligatoire des différentes règles du droit international, c'est sans aucun doute le jus cogens qui doit être placé au sommet de la hiérarchie et une partie de la doctrine n'hésite pas à considérer que les principes dans leur ensemble ou certains d'entre eux présentent en effet le caractère de normes impératives auxquelles on ne peut pas déroger.

Lorsque le professeur VERDROSS estime que l'interdiction des contrats contraires aux bonnes moeurs constitue un principe général de droit reconnu par les nations civilisées transposable en droit international en l'absence de convention ou de coutume contraire, il s'enferme dans une contradiction insoluble (34). Il semble dire que la condition de la réception de cette notion en droit international tient à l'absence de règle conventionnelle ou coutumière contraire - et ceci est en effet indispensable pour que l'on puisse parler de principe général de droit ; mais du même coup, on ne voit pas comment une règle de jus cogens pourrait empêcher un traité d'être valide.

En vérité, il est plus sage et plus logique de considérer avec Mme MAREK que, comme le droit interne :

"Le droit international serait, lui aussi, inconcevable en tant qu'ordre juridique s'il n'englobait pas un certain nombre de "normes impératives" (35)

sans pour autant faire du concept de jus cogens un principe général. On ne saurait trouver un argument en faveur de la thèse de VERDROSS dans l'opinion individuelle de Sir Hersch LAUTERPACHT à propos de l'affaire de la tutelle des mineurs. Si, Sir Hersch y indique que l'ordre public constitue un principe général de droit, il ne s'agit pas d'en faire application aux Etats mais d'une règle entrant dans la catégorie des principes applicables aux individus (v. supra p. 131) : l'exception d'ordre public dont il s'agit intervient dans le domaine du droit international privé et non dans celui du droit public (36).

D'autres auteurs, sans aller jusqu'à rechercher dans les principes de l'article 38 le fondement des normes du jus cogens n'en assimilent pas moins certains principes généraux de droit à ces règles. Il en est ainsi par exemple de HARLE qui écrit :

(34) Alfred VERDROSS "Jus dispositivum et jus cogens in International law" A.J.I.L., 1966, p. 61

(35) Chrystyna MAREK, 'Contribution à l'étude du jus cogens en droit international', préc. p. 448

(36) Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, C.I.J., Rec., 1958, op. indiv. LAUTERPACHT, p. 92 s ; v. aussi l'opinion individuelle du juge MORENO QUINTANA (Ibid. p. 107) qui cependant peut être interprétée davantage dans le sens de la thèse de VERDROSS

"Il existe déjà dans le droit des gens un certain nombre de "principes généraux de droit" - auxquels - en droit international comme "dans tous les autres systèmes de droit - est accordée une importance primordiale. Ces principes ont en effet acquis une valeur tellement absolue et indiscutable que les Etats ne peuvent plus élaborer de normes qui leur soient opposées" (37).

On pourrait songer à étayer cette thèse par la mention de certaines décisions de la Cour mondiale. Il est certain par exemple que, lorsque dans son arrêt rendu dans l'affaire du Détroit de Corfou, celle-ci invoque "certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats" (38), elle a bien en vue des principes de jus cogens. Mais il ne s'agit pas de principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis ; ce sont des principes du droit international.

C'est la plupart du temps pour la même raison que d'autres auteurs, sans parler de principes de jus cogens, accordent à ce qu'ils appellent "les principes généraux de droit" une place prééminente. C'est le cas par exemple de la doctrine socialiste dans son ensemble qui inclut dans cette catégorie des règles comme l'obligation de la coexistence pacifique ou le devoir de non-ingérence (v. supra. titre I. chapitre I, section 2). Il en va de même d'auteurs aussi divers qu'ACCIOLY (39) ou MM. Milan BARTOS (40), Bin CHENG (41), Rolando QUADRI (42), etc ...

-
- (37) Elfried HARLE, "Les principes généraux de droit et le droit des gens, préc. p.680 (c'est l'auteur qui souligne). v. aussi, par ex. Antoine FAVRE "Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens", préc. pp.372-373
- (38) Détroit de Corfou, fond, p.16, arrêt, C.I.J., Rec. 1949, p.22. v. aussi Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J., Rec. 1951, p.15 s
- (39) Hildebrando ACCIOLY, Traité de droit international public, 1-1940 (trad. Paul GOULET), p.23
- (40) Milan BARTOS "Transformation des principes généraux en règle positive du droit international", préc. p.5
- (41) Bin CHENG "General Principles of Law ...", préc. p.393
- (42) Rolando QUADRI "Diritto Internazionale Pubblico", préc. p.98 s

2. Si l'on considère maintenant les principes généraux de droit proprement dits, il semble normal de partir des travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye, compte tenu de l'importance de ce texte et de l'effort de réflexion qu'ont fait ses rédacteurs. Comme on l'a vu, v. supra. p. 55, les discussions du Comité de Juristes de 1920, furent assez peu acharnées sur ce point et il est difficile d'en tirer des conclusions précises. L'expression qu'il adopta : "La Cour applique en ordre successif ..." fut supprimée par la troisième commission de l'Assemblée de la S d N comme inutile (43). Il semble donc bien qu'il s'est agi d'une simple correction rédactionnelle et que, par conséquent, on puisse admettre l'existence d'une gradation entre les sources visées par l'article 38.

Telle est en effet la doctrine dominante. Les internationalistes qui défendent la thèse de la place subsidiaire des principes se fondent sur les arguments les plus divers. Certains se contentent de gloser sur les travaux préparatoires de 1920. D'autres y voient la conséquence logique de leur position volontariste : même si l'on en fait une source dérivée, les principes reposent de manière moins certaine que les traités, voire les coutumes, sur la volonté des Etats ...

On peut soutenir également qu'il n'est pas logique d'établir une hiérarchie entre les normes du droit international, toutes trouvent leur fondement dans le sentiment commun qu'elles présentent un caractère contraignant, et à bien des points de vue elles se conditionnent toutes mutuellement. Même dans ce cas, cependant, on peut songer à attribuer aux principes généraux une valeur subsidiaire en appliquant l'adage (s'agit-il d'une coutume ou d'un principe ?) specialia generalibus derogant. La Cour Internationale de Justice en a fait usage dans l'affaire du droit de passage, estimant qu'"une pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles" (44).

(43) Documents au sujet des mesures prises par la S d N ..., préc. p. 730

(44) Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J. Rec. 1960, p. 44

De nombreux auteurs estiment de même que les principes étant par hypothèse généraux cèdent devant un traité ou une coutume contraires(45).

Toutefois, certaines coutumes et même des traités peuvent avoir un caractère tout aussi général que les principes. De plus, il n'est pas sûr qu'une coutume spéciale puisse l'emporter sur un traité général. Enfin et surtout, comme on l'a vu, la généralité des principes ne les empêche pas, précisément, de présenter parfois un caractère "spécial" (v. supra, 2e partie, titre II, chapitre 2) et l'on peut se demander ce qui se passerait si un principe "général" mais technique se heurtait à un traité difficilement compatible avec lui mais formulé de manière plus imprécise et couvrant un plus grand nombre d'hypothèses.

A vrai dire, ce problème de la hiérarchie des sources semble tout à fait insoluble si on l'envisage d'un point de vue purement théorique. A l'exception des normes présentant le caractère de jus cogens et dont la prééminence sur les autres règles ne fait aucun doute, il n'est jamais possible de démontrer de façon abstraite l'existence d'une hiérarchie véritable. Peut-être la doctrine a-t-elle tort de ne se fonder que sur le caractère formel des sources. La prise en considération du contenu des règles donnerait vraisemblablement une réponse plus satisfaisante. Quoiqu'il en soit, pour s'en tenir aux principes généraux de droit, l'examen de la pratique permet de clarifier un peu la perplexité dans laquelle plonge la confrontation des opinions doctrinales.

(45) v. par ex. Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux de droit, préc. p. 56 ; Shabtai ROSENNE, The Law and Practice of the International Court, préc. p. 611 ; Jean SPIROPOULOS, Théorie générale du droit international, préc. p. 109, etc ..

Paragr. 2 - Le rôle complémentaire des principes de droit
dans la pratique

Les tribunaux arbitraux et la Cour de La Haye se montrent en général réticents pour utiliser des principes généraux de droit lorsqu'ils ont un moyen de donner une solution à un litige sur une base différente (46). Chaque fois qu'elle le peut, la Cour préfère se fonder sur un terrain différent et ne se hasarde pas à transposer dans ses décisions des notions empruntées aux droits internes. Ainsi, en matière de servitude, à deux reprises, elle a constaté l'existence d'une règle, conventionnelle dans un cas (47), constituée par une pratique locale dans l'autre (48), dont elle a indiqué expressément qu'elle la dispensait de rechercher si un principe général de droit allait dans le même sens. De même, dans le premier avis du Sud-Ouest africain, elle a évité de comparer la notion de mandat international avec celle en général reçue par les droits étatiques, à la différence de Lord McNAIR (49). On peut également citer l'avis, moins souvent mentionné à cet égard, rendu par la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire de la Commission Européenne du Danube : la Cour a estimé que l'existence d'un traité rendait inutile de se poser la question de savoir si la tolérance peut fonder un droit (50).

-
- (46) v. supra p. 94. En ce qui concerne les Commissions de conciliation, voir Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, "General Principles of Law as Applied by the Conciliation Commissions Established under the Peace Treaty with Italy of 1947," préc. p. 872
- (47) Vapeur Wimbledon, arrêt, 1923, C.P.J.I., série n° 1, p. 24
- (48) Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J., Rec. 1960, pp. 43-44
- (49) Statut international du Sud-Ouest africain. Avis consultatif, C.I.J., Rec. 1950, p. 132, op. indiv. McNAIR, p. 148
- (50) Compétence de la Commission Européenne du Danube, avis consultatif, 1927, C.P.J.I., série B, n° 14, pp. 36-37

Les tribunaux arbitraux ont, eux aussi, cherché parfois cet échappatoire. Par exemple, dans l'affaire des réparations allemandes, l'arbitre, répondant aux conclusions du Commissaire aux revenus gagés, a déclaré :

"Du moment que le sens de l'article 11 (il s'agissait du Protocole de Londres du 9 août 1924), interprété suivant son texte et suivant l'esprit du Protocole vu dans son ensemble et comparé avec le Plan des Experts, semble clair, on peut se passer d'examiner à quel point cette interprétation pourrait être fondée sur des principes généraux de droit relatifs au gage" (51)

Mais si l'on peut déduire de tous ces cas que les principes généraux n'occupent pas une place prééminente par rapport à la coutume ou aux traités, il aurait fallu sinon rechercher le principe - éventuellement contraire, en premier lieu. Cela ne signifie pas qu'ils leur soient inférieurs ; il peut tout à fait s'agir de sources placées sur un pied d'égalité.

Plus riches d'enseignement devraient être les cas où les motifs des décisions mentionnent à la fois les principes généraux de droit et une autre source. Deux situations peuvent se présenter : ou bien le principe se heurte à une règle contraire (1), ou bien il coexiste avec une règle conforme (2).

1. A une restriction près que l'on examinera un peu plus loin, on peut se rallier à l'opinion exprimée par Sir Humphrey WALDOCK dans sa plaidoirie en faveur du Danemark et des Pays-Bas dans l'affaire du Plateau continental :

"We know of no decision of this Court or of any international tribunal which lends support to the application of an alleged General principle of law recognized by national systems"

(51) Affaire relative à l'interprétation de l'article 11 du Protocole de Londres du 9 août 1924 (Allemagne contre Commissaire aux revenus gagés). Sentence rendue par le Comte F. A. C. Van LIJNDEN Van SANDERBURG, 23 juin 1926, R. S. A. N. U., II, p. 773

"which is in direct conflict with the specific positive law governing
 "the matter and with the general principles of international law
 "in the context of which its application is requested" (52).

On peut même invoquer des sentences indiquant expressément qu'un traité l'emporte sur un principe de droit commun aux Etats. En ce qui concerne la Cour de La Haye, seules des opinions personnelles à certains juges sont nettes en ce sens (53) ; et quelques tribunaux ont été tout à fait catégoriques. La Commission Mixte Etats-Unis/Allemagne, établie par le traité de Berlin du 10 août 1922, a par exemple constaté que ce traité était contraire à un principe général de droit d'applicabilité restreinte ; elle a cependant considéré :

"The Treaty of Berlin is this Commission's Charter, and its
 "terms establish the rules which must be applied by this
 "Commission to all cases presented to it. The exhaustive review
 "of the American and English cases forcefully presented by able
 "counsel (...) are not particularly helpful in arriving at the
 "intention of the parties as expressed in the pertinent provisions
 "of that Treaty. The soundness of such decisions is not questioned,
 "and the principles they announce would be here applied if
 "Germany's liability had to be determined (...) by rules of
 "international law in the absence of a Treaty fixing the basis of
 "liability" (54)

(52) "Nous n'avons connaissance d'aucune décision de cette Cour ou de quelque tribunal que ce soit qui autorise à appliquer un prétendu "principe général de droit reconnu par les systèmes nationaux" qui est en opposition directe avec le droit positif particulier applicable en l'espèce et avec les principes de droit international dans le cadre desquels on demande son application". C.I.J., Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord, II, p. 118

(53) v. par ex. Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J., Rec. 1957, op. diss. CHAGLA, pp. 177-178. Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J., Rec., op. diss. WINIARSKI, p. 92

(54) "Le traité de Berlin constitue la charte de cette Commission et ses termes établissent des règles qu'elle doit appliquer à toutes les affaires qui lui sont soumises. La revue très complète de ^{jurisprudence} américaine et anglaise présentée abondamment par l'éminent agent (...) n'est pas spécialement éclairante pour déterminer l'intention des parties exprimée dans les clauses pertinentes de ce traité. La justesse de ces décisions n'est pas mise en doute et les principes qu'elle proclame seraient applicables si la responsabilité de l'Allemagne devait être appréciée (...) sur la base du droit international en l'absence d'un traité en fixant les fondements", Affaire de l'American Hawaiian Steamship Cy", 30 septembre 1926, R.S.A.N.U., VIII, p. 27

Dans l'affaire Naomi Russel, de même, la Special Claims Commission Etats-Unis/Mexique, a écarté l'application de principes généraux de droit relatifs à la responsabilité dans la mesure où ils étaient contraires au droit des gens et aux clauses d'un traité (55) ; et la Commission de conciliation franco-italienne a également écarté l'application d'un principe contraire au traité lui attribuant compétence (56).

Il est donc clair que les principes généraux de droit cèdent devant un traité contraire. On peut cependant relever au moins une exception.

Dans l'affaire Ferrechia, le tribunal administratif de l'O.I.T. a décidé :

"Un fonctionnaire poursuivi disciplinairement a le droit d'être
 "entendu avant qu'une sanction ne soit prise contre lui. Ce droit
 "comprend notamment la faculté de participer à l'administration
 "des preuves. Résultant d'un principe général, il doit être respecté
 "nonobstant toute disposition contraire, aussi bien qu'en l'absence
 "de texte" (57).

Dans cette espèce il apparaît très nettement que les principes généraux de droit prévaudraient sur un texte éventuellement contraire.

Cependant, il ne s'agit pas réellement d'une exception à la règle dégagée précédemment. Le contexte est très différent de celui du droit international général, puisque ce jugement a été prononcé dans le cadre d'une organisation internationale. D'autre part, "la disposition contraire" ne pourrait vraisemblablement résulter que d'un texte interne à l'Organisation. En fait, il semble bien que les membres du tribunal administratif de l'O.I.T. aient transposé la théorie bien connue en droit administratif français selon laquelle les principes généraux du droit ont une valeur "supra-réglementaire". Et l'on peut éventuellement voir dans cette décision l'amorce d'un contrôle

(55) 24 avril 1931, R.S.A.N.U., IV, p.841 (opinion du Commissaire américain NIELSEN)

(56) Différend concernant l'interprétation de l'art. 79, paragraphe 6; lettre c du Traité de Paix (échange de lettres du 2 février 1951), décision n° 196, 7 décembre 1955, Rec. Com. conc. fasc. 5, p.269 (v. aussi R.S.A.N.U. XIII, p.422 s)

(57) Jugement n° 203, 14 mai 1973

juridictionnel des actes réglementaires adoptés au sein des institutions internationales.

Le Tribunal administratif des Nations Unies, pour sa part, a admis que le principe de l'égalité entre les sexes prévaut sur une disposition contraire du règlement du personnel ; mais les conclusions que l'on peut tirer de cette décision doivent être prudentes, le Tribunal ayant visé l'article 8 de la Charte (58).

En ce qui concerne le droit international général, on peut donc, malgré ces jugements, affirmer que les principes généraux de droit ne peuvent s'opposer à l'application d'une règle conventionnelle bien établie. Et, puisque la quasi-unanimité des auteurs accordent à la coutume la même valeur qu'aux traités, cela est vrai aussi en ce qui la concerne.

2. Mais l'existence d'une disposition conventionnelle ou coutumière dans un domaine donné n'enlève pas pour autant toute importance à l'existence simultanée d'un principe.

Si le traité (ou la coutume) est contraire, il sera d'interprétation stricte (59). M. TAVERNIER a fait remarquer par exemple qu'une convention contenant une exception au principe de la non-réactivité, devrait être interprétée restrictivement (60) et la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire de la Haute-Silésie polonaise a déclaré :

(58) Jugement n° 162, Mullani, 10 octobre 1972

(59) C'est aussi ce qui se passe en droit administratif français. "En présence d'un texte, le Conseil d'Etat se saisit du moindre signe, de la moindre formule équivoque, pour infléchir les dispositions de la loi dans le sens le plus favorable au maintien des principes qu'il entend sauvegarder" Benoit JEANNEAU. Les principes généraux du droit ^{dans la} jurisprudence administrative, précit. p.143 s

(60) Paul TAVERNIER, Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public, préc. p.174

"Il n'est guère douteux que l'expropriation admise par le titre III de la Convention est une dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe du respect des droits acquis. Comme cette dérogation a elle-même un caractère strictement exceptionnel, il est permis d'en conclure qu'aucune autre dérogation n'est permise. Toute atteinte aux biens, droits et intérêts de ressortissants allemands visés par le titre III de la Convention qui n'est pas justifié par un titre spécial primant la Convention et qui dépasse les limites du droit international commun est donc incompatible avec le régime établi par la Convention" (61).

Il en résulte qu'un principe ne peut être écarté que par une stipulation contraire expresse. A deux reprises LAUTERPACHT l'a affirmé on ne peut plus nettement :

"Néanmoins, en dehors d'une prohibition expresse ou clairement implicite, le principe correct semble être que la Convention (de 1902 sur la tutelle des mineurs) n'exclut pas le recours à l'ordre public. Il ne faut rien moins qu'une prohibition expresse pour interdire d'invoquer un principe de droit international privé fermement établi" (62).

Il est vrai que dans ce cas le juge anglais visait un "principe de droit international privé", expression ambiguë. Le doute n'est pas possible en ce qui concerne son opinion à propos de la procédure de vote applicable aux questions touchant les rapports et pétitions relatifs au Territoire du Sud-Ouest africain :

"Il n'y a donc dans la pratique du Conseil, pas d'élément concluant permettant de passer outre aux considérations juridiques fondamentales que j'ai mentionnées ci-dessus, à savoir que, dans un instrument tel que le Pacte de la Société des Nations, la règle générale d'unanimité n'est pas en elle-même suffisante pour écarter le principe selon lequel une partie ne peut être juge en sa propre cause. La condition d'unanimité, si exprès que soient les termes qui la posent, est implicitement limitée par ce dernier principe, et il ne faudrait rien moins que son exclusion expresse pour autoriser un Etat à prétendre qu'en agissant comme juge

(61) Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, 1926, C.P.J.I., série A n° 8, p.22

(62) Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, arrêt, C.I.J., Rec. 1958, op. indiv. LAUTERPACHT, p.96

"dans sa propre cause il possède le droit de priver de tout effet
"une obligation internationale solennelle à laquelle il a souscrit"
(63).

Sir Hersch est peut-être un peu catégorique et la plupart des tribunaux internationaux hésiteraient certainement en présence d'un texte clair à lui faire dire, au fond, le contraire de ce qu'il prévoit, sous prétexte qu'il n'exclut pas expressément le principe de droit opposé. Il n'en reste pas moins que très naturellement les juges, qui sont habitués à un principe général de droit, puisque celui-ci, par hypothèse, est issu de leur droit national, seront très réticents pour appliquer un texte le tenant en échec.

Si la règle est douteuse, il est certain que les arbitres et les juges l'interpréteront dans le sens compatible avec un principe général existant en la matière (64). Ceci est vrai qu'il s'agisse d'un traité ou d'une coutume.

En ce qui concerne cette dernière, on peut de nouveau citer une opinion de LAUTERPACHT qui, à propos de la séparabilité des clauses d'un traité, a estimé :

"La pratique internationale en la matière n'est pas assez abondante
"pour permettre d'essayer avec confiance une généralisation et on
"est fondé à rechercher l'aide des principes généraux du droit
"élaborés en droit interne" (65).

Enfin, on peut rappeler que souvent les principes sont invoqués pour renforcer une argumentation, appuyer une règle conforme. Et même, dans les affaires du Sud-Ouest africain, le juge TANAKA a insisté sur le fait que la protection des Droits de l'Homme constituait "une norme juridique au titre des trois sources principales du droit international, savoir :

(63) Avis consultatif, C.I.J., Rec. 1955, op. indiv. LAUTERPACHT, p. 104.

Dans un sens voisin, v. aussi la sentence rendue dans l'affaire de l'American-Hawafan Steamship Cy, préc. note 54

(64) En ce sens v. Alfred Von VERDROSS, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", préc., p. 227

(65) Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J., Rec. 1957, op. indiv. LAUTERPACHT p. 57. v. aussi Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, C.I.J., Rec. 1960, op. diss. FERNANDES, pp. 139-140

- 1) les conventions internationales
- 2) la coutume internationale
- 3) les principes généraux de droit⁽⁶⁶⁾.

Dans cette dernière hypothèse, le rôle d'appoint des principes est particulièrement net. Ils sont utilisés à titre complémentaire, pour parfaire une argumentation, appuyer les autres raisons invoquées par l'organe du droit international qui les applique - ils aident à emporter la conviction ; ils ne suffisent pas à fonder la décision et ne sont pas vraiment indispensables.

En cas de coexistence avec d'autres sources du droit international, on peut donc résumer ainsi la fonction des principes :

- a) s'il existe un traité (ou une coutume) clairement contraire, celui-ci annule le principe et l'emporte sur lui, mais il sera interprété restrictivement ;
- b) si le sens de la norme conventionnelle ou coutumière est douteux, l'existence d'un principe général de droit poussera le juge ou l'arbitre à adopter l'interprétation la plus conforme à ce principe ;
- c) si la règle et le principe vont dans le même sens, l'organe du droit international qui en fait application les invoquera souvent simultanément pour renforcer sa démonstration.

(66) Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J., Rec. 1966, op. diss. TANAKA, p.300

CONCLUSION du CHAPITRE 1er

Quelles que soient les raisons théoriques qui expliquent ce phénomène, l'examen de la pratique confirme en tout cas la thèse qui domine dans la doctrine : les principes généraux présentent par rapport à la coutume et aux conventions un caractère subsidiaire.

Ici encore l'explication tient sans doute surtout à des raisons pratiques. Le juge ou l'arbitre international qui doit trancher un différend, le diplomate qui veut étayer son argumentation, ont une tendance naturelle à se reporter à un document écrit, à quelque chose qui leur fournisse un argument certain, qui ne nécessite pas une démonstration parfois difficile. Selon le mot d'un auteur, l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice n'énumère pas les sources du droit international selon un "ordre d'application successive", mais plutôt en fonction d'un "ordre de considération successive" (67)

"Ce n'est pas une différenciation d'après leur nature qu'établit l'article 38 du Statut de la C. P. J. I. entre les modes de constatation du droit international, mais une simple hiérarchisation de ces modes de constatation d'après la facilité plus ou moins grande de la preuve" (68).

Cette opinion doit toutefois être nuancée car le réflexe qu'a l'interprète de se reporter à la source du droit international qui facilite au maximum l'établissement de son existence, s'oppose une autre attitude spontanée

(67) Rolando QUADRI, "Cours général de droit international public", préc. p. 345

(68) Yvon GOUET, La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international, Pédone, Paris, 1932, p. 52 (v. aussi p. 148). Dans le même sens, v. Bin CHENG, General Principles of Law . . . , préc. p. 22

consistant à se tourner vers ce qu'il connaît le mieux - nourri à un certain système juridique, il ne peut se débarrasser de son influence. Et c'est pourquoi, plus ou moins consciemment, il aura toujours tendance à transposer dans les droits des gens les principes qui sont à la base des institutions juridiques nationales et que l'on rencontre souvent aussi dans les autres droits nationaux : les principes généraux de droit, qui malgré leur caractère "supplétif", servent à interpréter les règles contraires du droit des gens et à en limiter la spécificité. C'est pourquoi aussi, bien qu'ils se transforment parfois en coutumes ou en traités, ils réapparaissent parfois à côté des règles auxquelles ils ont donné naissance. Comme leur caractère "supplétif", le qualificatif de "transitoire" qu'on peut leur donner ne doit pas masquer leur extrême "entêtement" à exister, même lorsqu'ils ne sont pas vraiment indispensables.

Chapitre 2 - Une source transitoire.

"Transitoires" les principes généraux de droit le sont à deux points de vue. D'abord, et c'est le plus évident, ils constituent un lien entre les systèmes juridiques étatiques et l'ordre international ; de nombreux développements antérieurs le montrent (v. surtout pp. 274-293). Mais le terme est pris ici dans un sens différent.

Les lois de l'hérédité distinguent caractère dominant et caractère récessif ; ces derniers, tout en demeurant dans le "patrimoine héréditaire" de l'individu ne sont pas apparents. C'est exactement ce qui se passe pour un grand nombre de principes généraux ; ils sont, en quelque sorte, des sources "récessives" du droit des gens ; la coutume l'est aussi, dans une moindre mesure ; les traités constituent une source "dominante".

Les principes apparaissent comme des étapes de l'élaboration des coutumes et des traités (paragr. 1), et ce caractère transitoire entraîne un certain nombre de conséquences qu'il faudra ensuite examiner (paragr. 2).

Paragr. 1 - Les principes, étape dans l'élaboration des coutumes et des traités.

Il est assez facile de démontrer que les principes peuvent être à l'origine d'une règle coutumière (1) ; mais parfois l'étape de la coutume est sautée et les principes généraux peuvent être considérés comme un objet de codification d'un genre particulier (2).

1. Certains auteurs ont fait remarquer qu'il convenait :

" de voir dans les principes généraux une étape dans le processus
" général du développement de la règle coutumière (...). Les

" principes généraux du droit international - (l'auteur vise en
 " réalité les principes généraux de droit) - sont donc des normes
 " de droit qu'on trouve adoptées comme normes de droit positif
 " dans le droit interne des divers Etats, et qui, étant donné leur
 " valeur intrinsèque et leur caractère général d'utilité et de lo-
 " gique, sont reconnues par l'universalité ou la quasi-universalité
 " des Etats civilisés " (1).

Autrement dit "there will always be^a tendency for a general principle
 of national law recognized in international law to crystallise into cus-
 tomary law " (2).

Il est certain, comme l'a écrit M. HERCZEGH que les
 principes généraux constituent souvent un élément dans le processus
 de formation d'une règle coutumière (3), mais ils ne sont pas que cela
 et même ils ne sont pas tout à fait cela. D'une part ils existent indé-
 pendamment de la coutume (v. supra p. 334s.) ; d'autre part, ce ne
 sont pas les principes généraux en tant que tels qui constituent l'élé-
 ment dont parle M. HERCZEGH.

En fait, c'est la répétition de leur utilisation, soit par la
 jurisprudence, soit par la doctrine, soit dans les actes diplomatiques
 émanant des Etats qui peut faire considérer qu'il s'agit d'une pratique
 répétée. Il faut donc qu'ils soient matérialisés par un "support". En
 revanche, en ce qui concerne l'élément psychologique de la coutume
 dont il est si difficile d'apporter la preuve, ils facilitent singulière-
 ment l'élaboration des normes coutumières ; par définition, ils sont
 considérés comme contraignants ; principia juris generalia sunt
servanda (v. supra, titre I, chap. 2, section 2).

C'est pourquoi, les coutumes dont on peut faire remonter
 l'origine à un principe général de droit, présentent un caractère pronon-
 cé de fermeté et de stabilité (4).

-
- (1) Pierre DEREVITZKY, Les principes du droit international dans la jurispru-
dence de la Cour Permanente de Justice Internationale, préc., p. 331.
 (2) Sir Humphrey WALDOCK, "General Course on Public International Law",
 préc., p. 62 ; v. aussi Michel VIRALLY, "The Sources of International
 Law", préc., p. 147.
 (3) Géza HERCZEGH, General Principles of Law and the International Legal
Order, préc., p. 120.
 (4) En ce sens, v. par exemple Antoine FAVRE, "Les principes généraux du droit,
 fonds commun du droit des gens", préc., p. 376 et Petros G. VALLINDAS,
 "General Principles of Law in the Hierarchy of the Sources of International
 Law" préc. p. 428.

On peut donner de nombreux exemples de coutumes qui trouvent ainsi leur origine dans des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, l'application renouvelée de ceux-ci dans la sphère du droit international pouvant les faire considérer comme des pratiques générales acceptées comme étant le droit. C'est la cas par exemple de l'obligation d'indemniser en cas d'expropriation de biens étrangers. M. GARCIA AMADOR l'a bien démontré dans son quatrième rapport à la Commission du Droit International (v. supra, une longue citation, p. 211). De même, en ce qui concerne l'abus de droit, le Mémoire du gouvernement suisse dans l'affaire LOSINGER a établi que sa prohibition avait acquis un caractère coutumier (5). Pour l'estoppel, M. McGIBBON après une longue étude concernant la réception de cette notion en droit des gens conclut prudemment qu'on peut le considérer soit comme un principe général, soit comme une coutume en voie de formation ou même admettre que le processus est activé ; cette hypothèse semble raisonnable et déjà en 1931 le Contre-Mémoire du gouvernement norvégien dans l'affaire du Groënland oriental pouvait fournir de sérieux indices en ce sens (6).

Dans les deux derniers exemples cités, la discussion reste possible. Il n'est jamais facile de déterminer le moment à partir duquel un principe général est devenu coutume. La métamorphose est le résultat d'un long processus. Il ne s'agit pas d'une mutation brusque.

En matière de procédure, il n'est pas douteux qu'aujourd'hui, la plupart du temps, les principes adoptés devant les juridictions nationales ont été si souvent et d'une manière tellement générale reçus sur le plan international, qu'il s'agit de véritables coutumes. Mais, lorsqu'en 1794 le traité JAY créait la première commission arbitrale des

(5) LOSINGER, C. P. J. I., série C, n° 78, pp. 35-37.

(6) Statut juridique du Groënland oriental, C. P. J. I., série C, n° 62, p. 489s. V. supra p. 290 et les références données dans la note n° 43.

temps modernes, il n'en allait pas ainsi et quand le Commissaire américain PINKNEY, membre de cette Commission insistait sur la nécessité de lui reconnaître la compétence de sa compétence, il ne s'agissait pas d'une coutume (7). En 1911, Don Joaquim Fernandez PRIDA, dans l'affaire de la frontière de la Walfish Bay se contente d'y voir "a constant doctrine of public international law" (8) et en 1934 le principe est simplement affirmé dans la sentence concernant les chemins de fer Zeltweg - Wolfsberg et Unterdrauburg - Woellan (9).

La règle selon laquelle un tribunal arbitral est seul juge de sa propre compétence n'était en 1797 qu'un principe général de droit, elle est devenue un principe tellement évident que son origine n'est plus du tout apparente dans les formules utilisées par la jurisprudence et ce principe du droit international n'étant plus discuté par personne, les juges et les arbitres peuvent se contenter d'en affirmer l'existence ; aucune démonstration n'est nécessaire. La même chose peut être dite du principe res judicata (10) ou des règles d'interprétation (11).

-
- (7) Affaire du Sally, 13 juillet 1797, Int. Adj. M.S., p. 325 (et R.A.I. I, p. 1 s.). V. aussi les exemples donnés supra p. 122, note 37.
- (8) Allemagne - Grande-Bretagne, 23 mai 1911, R.S.A.N.U., XI, p. 307.
- (9) Autriche - Yougoslavie, Sentence rendue par un tribunal arbitral présidé par J. G. GUERRERO le 4 avril 1934, R.S.A.N.U., III, p. 1803. Ces exemples pourraient évidemment être multipliés.
- (10) V. les exemples cités p. 123, note n° 40.
- (12) V. cependant p. 115s. Mais aujourd'hui les règles d'interprétation sont affirmées sans que les juges éprouvent le besoin d'en indiquer l'origine. V. par exemple, Affaire relative à l'or de la Banque Nationale d'Albanie (Etats-Unis, France, Italie, Royaume-Uni) avis arbitral de M. G. SAUSER-HALL, 20 février 1953, R.S.A.N.U., XII, p. 46 et 49 ; affaire des lignes aériennes (France, Etats-Unis) Sentence arbitrale rendue par M. AGO le 22 décembre 1962, R.S.A.N.U., p. 465 et 605.

2. Dans les exemples que l'on vient de donner, l'évolution est même allée plus loin encore. Les normes issues des principes généraux de droit ont été emmagasinées dans des dispositions conventionnelles. Ainsi, les règles d'interprétation des traités sont codifiées par la Convention de Vienne du 23 mai 1969. De même, de nombreuses dispositions du Statut de la Cour Internationale de Justice reprennent des règles coutumières déjà bien établies en 1920 et elles-mêmes issues des principes généralement reconnus en droit interne. C'est le cas par exemple pour l'indépendance des juges (articles 2, 16, 19 et 20 du Statut), l'égalité des parties (article 52), la res judicata (articles 59 et 60), etc.

Il est moins certain que les traités concernant la protection des Droits de l'Homme soient le résultat de la codification de normes coutumières (12) ; en tout cas, les principes généraux de droit dont elles seraient issues, conservent une réelle utilité dans leur détermination étant donné la relative rareté de leur application en droit international.

Dans d'autres cas, l'étape intermédiaire constituée par la formation d'une coutume est inexistante et un principe général de droit est directement inclu dans un traité. C'est ainsi que l'on a pu dire que certaines dispositions du traité de Versailles étaient la consécration conventionnelle d'un principe général.

" There are few classes of losses which have been more generally
 " recognized by all civilized nations as a basis for the recovery
 " of pecuniary damages than that of losses sustained by survi-
 " ving dependants for injuries resulting in death. The drafts men
 " of the Treaty of Versailles in putting claims of this class first
 " on the list of ten categories enumerating those for which compen-
 " sation may be claimed from Germany, adopted a rule long re-
 " cognized by civilized nations " (13).

(12) V. cependant R. R. BAXTER, "Multilateral Law Treaties as Evidence of Customary International Law", B. Y. B. I. L., 1965-66, p. 297 et Rudolf B. SCHLESINGER, "Research on the General Principles of Law ..." préc., p. 750.

(13) Provident Mutual Life Insurance Cy. and others (Etats-Unis - Allemagne) Mixed Claims Commission, 18 septembre 1924, R. S. A. N. U., VII, p. 115 (v. traduction supra, p. 103). La sentence fait allusion au paragraphe 1 de l'annexe 1 à la section 1 de la partie VIII du traité de Versailles.

Dans l'affaire des colons d'origine allemande, la consultation de KAUFMANN contient un passage dans lequel celui-ci soutient que l'article XIX de la Convention d'armistice du 11 novembre 1918 " a manifestement été inspiré par les dispositions s'appliquant à un débiteur insolvable déclaré en faillite " (14).

Il apparaît donc que les principes sont parfois inclus directement dans des traités. M. Bin CHENG a même proposé de prendre les principes comme base d'une entreprise de codification. Mais, en réalité, les principes qu'il énumère : bonne foi, responsabilité, principe de procédure juridictionnelle sont des principes du droit international, issus peut-être des principes généraux de droit, mais ayant certainement acquis un caractère coutumier (15). C'est bien à codifier quelques très grands principes du droit international que revient son "Projet de code des principes généraux de droit" (16). La proposition d'ALVAREZ "de préciser dans une "Déclaration" quels sont les grands principes du droit international de l'avenir" est de la même nature (17).

Au contraire, la recherche tentée sous la direction du professeur SCHLESINGER visant à confronter les règles juridiques en vigueur dans les différents Etats du monde a bien pour but la codification de principes issus des droits internes (v. supra, p. 244). Comme on l'a dit, une telle entreprise semble tenir insuffisamment compte du caractère des source du droit international des principes ; elle risque par ailleurs de constituer un véritable tonneau des Danaïdes.

La transformation des principes généraux de droit en règles coutumières ou conventionnelles tient aux nécessités de la vie

(14) Colons allemands en Pologne, C. P. J. I., série C n° 3, vol. III (1), p. 446-447.

(15) Bin CHENG, "General Principles of Law as a subject for International Codification" Current Legal Problems, 1951, pp. 35-53.

(16) General Principles of Law..., pp. 397-399.

(17) Observations sur le rapport VERDROSS à l'I. D. I., Ann. I. D. I., 1934, p. 506.

internationale ; il est plus difficile de la prévoir de façon délibérée. Il n'en reste pas moins que le caractère transitoire des principes est bien établi. On ne peut parler de principes généraux de droit que si une opération de transposition fondée sur un raisonnement par analogie est nécessaire à leur manifestation. Lorsqu'après avoir répondu souvent à des besoins internationaux, il suffit de se reporter aux précédents pour en faire application, ce ne sont plus des principes généraux de droit ; ce sont des coutumes, des principes généraux du droit international et, si un texte écrit le prévoit, des dispositions conventionnelles.

Paragr. 2 - Les conséquences du caractère transitoire des principes.

A la fois supplétifs et transitoires, les principes apparaissent à ce point de vue comme une "source matérielle" de la coutume et des conventions dont ils constituent dans ce cas la substance même (18). Et, comme celles-ci sont plus faciles à utiliser, comme leurs contours sont plus nettement dessinés, comme elles font moins appel à la subjectivité de l'interprète, celui-ci aura bien sûr tendance à en faire application de préférence (v. supra, chapitre I in fine).

" Great practical advantages will accrue when the world through the practice of international business and international arbitration, has developed common, independent practice which may form one well-known body of substantive law to take the place of general principles of law, although this law too, will basically be a further development and crystallisation of general principles of law " (19).

(18) Ceci n'est vrai évidemment que lorsque les principes généraux de droit ont été transformés en coutumes ou en traités. Lorsque ce n'est pas encore le cas ce sont des "sources formelles"; v. supra titre I.

(19) "De grands avantages pratiques résulteront du fait que l'on aura développé par la pratique des affaires et de l'arbitrage internationaux une pratique commune et indépendante qui formera un corps de règles de fond indépendantes et bien établies, susceptibles de remplacer les principes généraux de droit bien que ce droit lui-même ne sera en fait que le développement ultérieur et la cristallisation des principes généraux de droit", Finn SEYERSTED, "Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties", préc., p. 528.

De même le développement d'un droit propre aux organisations internationales rend moins nécessaire aujourd'hui le recours aux principes généraux du droit ; et par exemple l'élaboration d'une jurisprudence relativement abondante et bien adaptée aux problèmes spécifiques posés par la fonction publique internationale dispense de se référer directement aux droits administratifs internes (20).

C'est notamment parce qu'ils ont un caractère transitoire que les principes généraux de droit ne sont pas susceptibles de constituer des normes de jus cogens. (v. aussi supra, chapitre 1). Il s'agit de règles

" qui constituent des principes communs à tous les ordres juridiques, et, par conséquent ne sont pas imposés par les nécessités propres de la société internationale. Si ils avaient un caractère absolument impératif il est probable qu'ils auraient acquis une valeur coutumière ou auraient été consacrés dans le droit conventionnel, et seraient ainsi devenus en même temps, des principes du droit international. Dans le cas contraire, les doutes les plus sérieux peuvent être émis à l'égard de leur classement dans le jus cogens " (21).

Peut-être est-il impossible de déroger à certaines règles du droit des gens que l'on retrouve aussi dans tous les systèmes juridiques nationaux. Cela est même très vraisemblable : la bonne foi, certaines normes protectrices des Droits de l'Homme, etc... présentent sans doute ce caractère et c'est vraisemblablement la raison pour laquelle une partie de la doctrine voit dans certains principes généraux de droit des règles de jus cogens (v. supra, chap. 1, section 2, paragr. 1). Mais dans ce cas, leur caractère de principes issus des droits internes est effacé par leur reconnaissance directe par les Etats sur le plan international ; ce sont avant tout des principes fondamentaux de l'ordre international.

(20) V. en ce sens une observation de Suzanne BASTID, "De quelques problèmes juridiques posés par le développement des organisations internationales", préc., p. 37.

(21) Michel VIRALLY, "Réflexions sur le jus cogens", A. F. D. I., 1966, p. 25.

Cependant le caractère "récessif" des principes généraux de droit tels qu'ils ont été définis n'entraîne pas leur disparition lorsqu'ils se transforment en une autre source du droit international. Celle-ci masque simplement leur nature originare, mais ils réapparaissent dans certains cas soit pour renforcer une démonstration, soit pour la compléter (v. supra, chap. 1, section 2, paragr. 2).

Les principes généraux de droit apparaissent largement comme une passerelle entre l'inconnu et le connu, une transition entre l'instable et le stable. Telle est en effet leur fonction : ils répondent au "besoin de droit" qu'a toute société. Les rapports internationaux dans lesquels le droit n'a acquis, pour l'instant, qu'une place encore modeste n'échappent pas à la règle. Mais compte tenu du caractère très rudimentaire du droit des gens et du nombre relativement restreint de problèmes auxquels il est en mesure de répondre par lui-même, il faut chercher ailleurs des éléments de solution.

Même en généralisant les principes qui sont à la base du droit international, c'est-à-dire les principes du droit international (v. supra p. 342 s.), il n'est pas possible de réglementer toutes les situations contrairement à ce qui se passe dans l'ordre interne. On se tourne alors vers les droits nationaux, on leur emprunte des principes, mais cela fait, le droit international préfère "oublier" l'origine réelle de la solution. C'est ce qui explique le caractère transitoire des principes généraux de droit.

CONCLUSION DU TITRE II

De leur caractère à la fois supplétif et transitoire, on peut déduire la véritable fonction des principes généraux de droit : d'une part, ils permettent au droit international de s'affirmer en fait comme un ordre juridique complet permettant de donner des réponses satisfaisantes aux problèmes suscités par la survenance de faits non résolus jusqu'alors. D'autre part, ils constituent la source de règles générales et impersonnelles ayant vocation à s'appliquer à un nombre indéfini de cas semblables.

Mais cette application renouvelée est en même temps pour les principes un processus d'autodestruction : les règles matérielles qu'ils véhiculeraient sont captées par la coutume - voire, plus rarement et selon un procédé plus brutal, par une convention. Leur vocation supplétive disparaît ; ils ne sont plus qu'une source "historique" à laquelle il n'est plus nécessaire de se référer. Rien, théoriquement, n'empêche de les considérer encore comme une source formelle du droit des gens, mais "la source est tarie".

Et seule la force de l'habitude, les réflexes des juristes, les poussent encore à y puiser, non plus des règles, puisqu'ils en trouvent ailleurs de plus certaines, mais plutôt une manière d'inspiration, la confirmation que la coutume nouvelle (ou l'accord) correspond à la fois à une nécessité et à l'idée de "justice" qui prévaut à un moment donné. Ce caractère "juste" tient au fait que l'on retrouve le principe dans tous les systèmes de droit interne ; ce caractère "nécessaire" à sa transposition tellement fréquente dans le droit des gens qu'il est devenu une coutume. Et l'on peut sans doute en déduire que les règles

coutumières résultant de l'application d'un principe général de droit sont particulièrement stables et bien établies. Si le principe est "récessif", sa présence dans le "patrimoine héréditaire" d'une règle d'une autre nature contribue en revanche à en renforcer la force contraignante.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Etant donné leur caractère propre les principes généraux de droit sont d'un maniement délicat, et, à un moment donné, il n'en existe guère qu'un petit nombre.

En théorie il est possible de découvrir et d'appliquer un principe sur la base d'un raisonnement scientifique rigoureux faisant appel aux ressources du droit comparé et au processus de l'analogie. En fait, l'apparition d'une telle règle dans l'ordre juridique international résulte d'une transposition empirique : le juriste devine plus qu'il ne prouve la généralité de la norme et ne dispose d'aucun instrument de mesure pour savoir si la société internationale est prête pour accueillir le principe. C'est affaire de sensibilité et d'intuition.

Et le gage le plus certain du bien fondé de la transposition est que d'autres organes du droit international la répètent lorsqu'ils ont à résoudre des problèmes similaires ; mais, le temps aidant, il devient inutile de parler d'un principe général de droit : on se trouve en présence d'une coutume. C'est dire la rareté des règles qui méritent vraiment d'être qualifiées de principe général de droit. Et il faut bien reconnaître que beaucoup des exemples cités dans cette recherche, en tant que principes généraux, étaient souvent des coutumes en voie de formation, peut-être même de véritables normes coutumières.

Leur rareté n'empêche pas les principes généraux de droit de remplir une fonction fondamentale dans l'ordre international. Parce que leur mise en oeuvre n'exige pas la procédure solennelle de passation des traités ou le lent processus de formation des coutumes, les principes généraux de droit apportent sans heurt au droit des gens l'élément d'évolution et de progrès qui lui est tellement nécessaire.

Tout se passe comme si, chaque fois que la société internationale présente, grâce à un évènement politique, à une évolution socio-économique, une moindre résistance au droit, les principes généraux s'engouffraient dans la brèche ainsi créée pour imposer une solution juridique là où était avant le "non-droit".

Bien sûr, tout cela ne se fait pas sans l'intervention d'un juge, d'un arbitre, d'un homme d'Etat ... Les principes n'existent pas au ciel des idées, mais ils s'imposent spontanément à l'interprète parce qu'ils permettent de répondre au besoin de plénitude qui caractérise tout système juridique, et le droit par excellence, plus peut-être par réflexe que par réflexion, est le droit interne. Les principes généraux de droit constituent ainsi, en dépit ou peut-être même à cause de la spontanéité de leur mise en oeuvre un élément décisif pour le progrès du droit international.

Tout ceci n'est peut-être pas très satisfaisant pour les "fiseurs de systèmes", mais la grande règle de toutes les règles n'est pas de trouver des explications théoriques, elle est de prendre tous les faits en considération et, dans notre matière, ces faits ne se laissent pas enfermer dans des théories abstraites,

" What the sources of law are, cannot be stated, it can only be " discussed " (1).

Ceci est plus vrai encore pour les principes généraux de droit que pour toutes les autres sources du droit des gens : ils sont au fond ce que chaque juriste porte en soi.

(1) "on ne peut rien affirmer en matière de source de droit, on ne peut que discuter", Clive PARRY, *the Sources and Evidences of International Law*, préc., p. 27.

BIBLIOGRAPHIE COMMENTEE (1)

I - Ouvrages d'intérêt général :

Aucune étude ne recouvre exactement les sujets abordés dans cette recherche. La thèse de Bin CHENG, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals (1953) constitue un précieux document de référence par l'abondance des décisions jurisprudentielles citées et commentées. Il s'agit toutefois d'un ouvrage traitant exclusivement de problèmes contentieux et la définition des principes généraux de droit retenus par l'auteur est extrêmement vague.

Les premières études consacrées aux principes généraux de droit ont suivi d'assez près l'élaboration du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale. Sir Hersch LAUTERPACHT fait figure de précurseur ; son livre Private Law Sources and Analogies of International Law (1927) est un inventaire très complet de toutes les institutions du droit privé qui d'une manière ou d'une autre ont influencé le droit international. La profondeur de la réflexion en fait un ouvrage dont la consultation demeure indispensable. Le cours de Georges RIPERT à l'Académie de Droit International, "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux" (1933) relèvent d'une conception symétrique : l'auteur part des concepts du droit privé pour montrer le profit que le droit international pourrait tirer en les transposant.

(1) Cette bibliographie sommaire a pour objet de présenter un choix d'ouvrages contenant des développements importants relatifs aux principes généraux de droit. Pour une liste plus exhaustive des ouvrages, cours et articles utilisés lors de la préparation de la présente recherche, et les références complètes, v. infra.

Parmi les très nombreux travaux d'Alfred VERDROSS consacrés aux principes généraux de droit, il faut citer surtout son rapport à l'Institut de Droit International en 1932, "Les principes généraux de droit comme source du droit des gens" (texte à peu près repris dans le Recueil GENY), "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale" (R. C. A. D. I., 1935), études dans lesquelles il définit "les principes" comme étant issus des droits internes, tandis que l'article "Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux" (R. G. D. I. P., 1938) marque un tournant de sa pensée, confirmé depuis, notamment dans son dernier ouvrage: Die Quellen des Universellen Völkerrecht (1973) montrant que le professeur autrichien voit désormais dans les principes des notions "transcendentes".

La littérature de l'entre-deux guerres est surtout consacrée, les ouvrages de LAUTERPACHT et RIPERT mis à part, à des discussions très théoriques en ce qui concerne la nature juridique des principes généraux de droit. V. Elfried HÄRLE, "Les principes généraux de droit et le droit des gens" (1935) (R. C. I. L. C., 1935), Lazare KOPELMANAS, "Quelques réflexions au sujet de l'article 38-3° du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale" (R. G. D. I. P. 1936), Jean SPIROPOULOS, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, 1928 et les contributions plus générales de Louis LEFUR ("La coutume et les principes généraux de droit comme sources de droit des gens"), Georges SCELLE ("Essais sur les sources formelles du droit international") et Charles de VISSCHER ("Contribution à l'étude des sources du droit international") au Recueil GENY (2) ainsi que Pierre GRAPIN, Valeur internationale des principes généraux du droit (1934) qui présente un caractère moins abstrait.

Depuis 1945, le seul ouvrage fondamental consacré à l'étude d'ensemble des principes généraux de droit, mis à part l'important travail de Bin CHENG (préc.) est celui de l'auteur hongrois

(2) Malgré leur titre un certain nombre d'ouvrages ne concernent guère le problème des principes généraux de droit reconnus par les nations. V. par exemple Pierre DEREVITZKY, Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la C. P. J. I. (1932), Jean RAY, "Des conflits entre principes abstraits et stipulations conventionnelles" (R. C. A. D. I., 1934) ou Karl WOLFF, "Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux" (R. C. A. D. I., 1931).

Géza HERCZEGH, General Principles of Law and the International Legal Order (1969), livre assez court mais dense et présentant une originalité certaine, quoique prudente par rapport à la doctrine dominante dans les pays de l'Est.

Les autres recherches récentes portant sur les principes généraux de droit concernent en général des problèmes partiels, contrairement à ce que peut laisser penser leur titre (v. infra).

Certains ouvrages généraux enfin contiennent parfois d'importants développements sur les principes communs aux nations. En premier lieu, il faut citer la thèse de Max SØRENSEN, Les sources du droit international qui malgré son sous-titre (Etude sur la jurisprudence de la C. P. J. I.) et sa date de parution, déjà ancienne (1946), a le mérite de n'être pas trop abstraite tout en ne se bornant pas à une description de la pratique de la Cour (sur les principes généraux de droit, v. surtout, pp. 123 à 152) et constitue sans doute l'un des livres les plus intéressants sur la question.

Parmi les traités récents, deux accordent une assez grande place aux principes généraux de droit : ceux de Paul GUGGENHEIM (Traité de Droit International Public, tome I, revu et réédité en 1967) et de Charles ROUSSEAU (Droit International Public, I, édition refondue 1970). La présentation de la question y est extrêmement classique, surtout en ce qui concerne le second (v. la critique de Claude-Albert COLLIARD, in R. G. D. I. P., 1971).

Pour les vues très contrastées qu'ils présentent, on peut voir aussi trois cours prononcés à l'Académie de Droit International de La Haye : celui de Rolando QUADRI, "Cours général de droit international public" (R. C. A. D. I., 1964) dont les vues sont fortement anti-positivistes (pp. 345-354), celui de Charles CHAUMONT, "Cours général de droit international public" (R. C. A. D. I., 1970), qui s'attache au contraire à "rajeunir" la doctrine volontariste en ce qui concerne les principes généraux de droit (pp. 456-463) ; celui enfin de Sir Humphrey

WALDOCK, "General Course on Public International Law", (R.C.A.D.I. 1962) qui défend des opinions nuancées et pragmatiques.

On peut signaler enfin que la thèse de M. Benoît JEANNEAU consacrée aux Principes généraux de droit dans la jurisprudence administrative française (1954) contient un assez long passage sur les principes généraux dans l'ordre international (pp. 206-217) et permet de fécondes confrontations.

II - Quelques problèmes spécifiques (3)

a). La jurisprudence :

Outre l'ouvrage préc. de Bin CHENG, précieux surtout en ce qui concerne la jurisprudence arbitrale (index très complet et maniable) mais datant de 1951 on pourra consulter avant tout l'étude que Max SØRENSEN a consacrée aux sources du droit dans la jurisprudence de la C. P. J. I. (v. supra). Shabtai ROSENNE dans The Law and Practice of the International Court (1965) réserve aussi quelques pages à l'étude des principes généraux de droit (p. 608s), mais surtout il donne un nombre considérable d'informations sur certains points abordés dans la présente recherche, composition de la Cour, droit procédural, etc.

De même, The Prospects of International Adjudication de C. Wilfred JENKS (1964) constitue une mine de renseignements sur des sujets très divers, et il contient cinquante pages consacrées à l'étude des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, essentiellement axées sur la pratique de la Cour mondiale (pp. 266-315).

Parmi une littérature abondante, on peut citer enfin la contribution d'André BLONDEL aux Mélanges GUGGENHEIM, "Les principes généraux de droit devant la C. P. J. I. et la C. I. J.". Il faut signaler enfin que Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN a consacré un article à l'étude des principes généraux de droit appliqués par les Commissions de Conciliation établies par le Traité de paix avec l'Italie de 1947 (A. J. I. L., 1959).

(3) A l'exclusion des monographies portant sur tel ou tel principe.

b). Le droit communautaire :

L'article fondamental en la matière reste celui de Paul REUTER : "Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit" (Mél. ROLIN) qui malheureusement compte tenu de la date de sa publication (1964) ne rend pas compte des développements récents de la jurisprudence. Ceci est vrai à plus forte raison du livre de Pierre MATHJSEN, Le droit de la C. E. C. A. - Une étude des sources (1958 - sur les principes généraux v. pp. 108-142) et de l'étude de Jean RIVERO, "Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C. E. C. A.", (A.F.D.I., 1958). En 1969, K. ZWEIGERT a fait très succinctement le point sur ce problème dans les "Novelles" (pp. 441-445).

c). Le droit des organisations internationales :

Dans son livre intitulé The Proper Law of International Organization (1962), C. Wilfred JENKS accorde une particulière attention aux principes généraux de droit (v. surtout p. 51s), applicables au sein des organisations internationales et donne de nombreux exemples. En ce qui concerne le droit appliqué par les tribunaux administratifs internationaux, Suzanne BASTID ("Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", R. C. A. D. I., 1957, p. 471s et "Le Tribunal administratif des Nations Unies", E. D. C. E., 1969) et Mohammed BEDJAOUI (Fonction publique internationale et influence nationale, 1958, surtout p. 463 s) donnent des indications utiles. Finn SEYERSTED enfin a réuni dans son cours de La Haye ("Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties", R. C. A. D. I., 1967), des renseignements extrêmement précieux relatifs au droit applicable aux relations entre institutions internationales et personnes privées (p. 522s et 538s).

d). Le droit commercial international et les contrats quasi-internationaux :

Ce domaine a suscité récemment de très nombreuses études Outre celle de F. A. MANN, "Reflexion on a Commercial Law of

Nations" (B. Y. B. I. L., 1957) il faut mentionner tout particulièrement celle de Lord McNAIR, "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations" (B. Y. B. I. L., 1957) qui a "popularisé" l'idée que les principes généraux de droit constituaient une source particulièrement bien adaptée à ces problèmes, idée reprise notamment par Wolfgang FRIEDMANN ("The Uses of "General Principles" in the Development of International Law", A. J. I. L., 1963, et The Changing Structure of International Law, p. 171s) et Prosper WEIL ("Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", R. C. A. D. I., 1969). V. aussi Finn SEYERSTED, op. cit.

e). La place des principes dans la hiérarchie des normes :

La contribution de Petros G. VALLINDAS, "General Principles of Law in the Hierarchy of the Sources of International Law" aux Mélanges SPIROPOULOS (1957) constitue la seule réflexion spécifique consacrée à ce problème, elle est brève. V. néanmoins les développements de Max SØRENSEN in Les sources du droit international, précit. p. 237s. et les ouvrages généraux préc.

Le livre de Lucien SIORAT relatif au Problème des lacunes en droit international (1958), quoique difficile, étudie de façon très détaillée la fonction supplétive et complémentaire des principes généraux de droit.

Pour les relations entre les notions de principe général de droit et de jus cogens se reporter surtout à l'article de Krystyna MAREK "Contribution à l'étude du jus cogens en droit international" (Mél. GUGGENHEIM, 1968) et aux discussions de la Conférence de Lagonissi tenue en 1966 sous les auspices de la dotation Carnegie et résumées in The Concept of jus cogens in International Law.

f). Les auteurs des pays de l'Est et les principes généraux de droit :

Deux professeurs américains Jan F. TRISKA et Robert M. SLUSSER ont tenté de faire le point sur la doctrine soviétique en matière

de sources du droit international (A. J. I. L., 1958) mais la place accordée aux principes y est limitée et l'article est dépassé. Mieux vaut se reporter directement à l'ouvrage de Géza HERCZEGH, préc. qui passe en revue la doctrine socialiste. Il est indispensable de lire aussi la contribution de Grégory TUNKIN, "General Principles of Law in International Law" (Mél. VERDROSS, 1971), qui semble marquer un tournant dans la pensée de cet important auteur.

DOCUMENTS

C. P. J. I. - Publications officielles

- Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la C. P. J. I. et de la C. I. J., publiée sous la direction de Paul GUGGENHEIM
 - vol. 1 - Droit international et droit interne (1961) (K. MAREK)
 - vol. 2 - Les sources du droit international (1967) (K. MAREK)
- V. aussi C. I. J. - HAMBRO

C. I. J. - Publications officielles

- E. HAMBRO - La jurisprudence de la Cour Internationale
vol. I à VI B (1922-1970)

C. J. C. E. - Recueil de la jurisprudence de la Cour

Sentences arbitrales :

- H. LA FONTAINE, Pasicrisie Internationale, histoire documentaire des arbitrages internationaux 1794-1900
- J. B. MOORE, International Adjudications, Modern Series, 1794-1817 (vol. I - IV)
- A. de LA PRADELLE et N. POLITIS, Recueil des Arbitrages Internationaux, I (1798-1855), II (1856-1872), III (1872-1875)
- James Brown SCOTT, The Hague Courts Reports ; 1st série, 1902-1912 ; 2nd série, 1913-1928
- Nations Unies, Recueil des Sentences Arbitrales, 16 vol.
- Recueil des décisions de la Commission de Conciliation franco-italienne instituée en exécution de l'article 83 du Traité de Paix avec l'Italie, 7 fasc.

Tribunal Administratif des Nations Unies

- Recueil des jugements, 3 vol. (1950-1967) (AT/DEC 1 à 113)
puis AT/DEC

Tribunal Administratif de l'O. I. T.

- Recueil des jugements (depuis 1946)

Pratique des Etats

France : A. Ch. KISS, Répertoire de la Pratique française en matière de droit international public (1790-1958), 6 vol.

Etats-Unis : G. H. HACKWORTH, Digest of International Law, 8 vol.
M. N. WHITEMAN, Digest of International Law

Nations Unies

Annuaire Juridique (1963-1970) (ST/LEG/SER. C/1 à 8)

OUVRAGES, COURS ET ARTICLES (1)

(classement par ordre alphabétique des noms d'auteurs)

- ABI-SAAB (G) "The Concept of jus cogens in International Law". Introduction pp 7-15, v Carnegie Endowment for International Peace.
"Summary records of the discussions on the concept of jus cogens in public international law, pp 87-114, v ibid.
- ACCIOLY (H) Traité de droit international public, trad. GOULET (P), Sirey, Paris, 2 vol. 1940 I-652 p, 1942, II-528 p.
- AGO (R) "Le délit international", R. C. A. D. I 1939 - II, n° 68 - pp 415-554
"Droit positif et droit international", A. F. D. I 1957, pp 14-62.
- AGUESSEAU (H. F. d') Essai d'une institution au droit public présenté par RIGAUD (L), Sirey, Paris 1955, 136 p.
- AKEHURST (M) A modern Introduction to International Law ALLEN (G) and UNWIN (Ltd) Londres, 1970 368 p.

(1) Tous les articles, cours, ouvrages et études diverses, utilisés lors de la préparation de la présente recherche figurent ici.

- ALVAREZ (A) Observations sur le rapport VERDROSS
"Les principes généraux de droit comme
source du droit des gens", Ann. I. D. I
1934, pp. 490-567
- Le droit international nouveau dans ses
rapports avec la vie actuelle des peuples,
Paris, 1959, 638 p.
- AMADIO (M) Le contentieux international de l'investissement
privé et la convention de la Banque Mondiale
18 Mars 1965, L. G. D. J, Paris, 1967,
276 p.
- ANCEL (M) Utilité et méthode du droit comparé,
conférences données sous les auspices de
la Faculté de Droit et des Sciences
Economiques de Neuchâtel, 18-19 Février
1971. Ides et Calendes, Neuchâtel 1971,
138 p.
- Mél. ANDRASSY Mélanges offerts à Juraj. ANDRASSY,
Nijhoff, La Haye, 1968, 366 p.
- ANZILOTTI (D) Cours de droit international, trad. GIDEL (G)
Sirey, Paris, 1929, 535 p.

BALLADORE-PALLIERI (G)

Diritto internazionale pubblico, Giuffrè,
Milan, 6ème édition, 1962, XII 523 p.

BALLALOU (J)

Le Tribunal administratif de l'O.I.T et sa jurisprudence, Pédone, Paris, 1967,
160 p.

BARALE (J)

"L'acquiescement dans la jurisprudence internationale", A.F.D.I., 1965, pp.389-427

BARTOS (M)

"Transformations des principes généraux en règles positives du droit international", Mél. ANDRASSY, pp 1-12

BASDEVANT (J)

"Hugo Grotius", in PILLET (A). éd., Les fondateurs du droit international, pp. 125-267

"Règles générales du droit de la paix",
R.C.A.D.I., 1936, IV n° 58, pp.471-692

Ed. Dictionnaire de la terminologie du droit international, Sirey, Paris, 1960, 756 p

v. DESCAMPS (Baron)

BASTID (S)

"De quelques problèmes juridiques posés par le développement des Organisations Internationales", Mél. SPIROPOULOS, pp. 35-42

"Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence", R.C.A.D.I., 1957 II, pp. 343-517.

- BASTID (suite) "Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco", A.F.D.I 1961, pp. 300-311
- Cours de droit international public, Les cours de droit, Paris, 1966-67, I 230 p.
- "Le tribunal administratif des Nations Unies" E.D.C.E. 1969, pp. 15-32.
- Problèmes juridiques posés par les organisations internationales, Les cours de droit, Paris, 1971-72, 546 p.
- "Have the United Nations Administrative Tribunals Contributed to the Development of International Law ?", Mél. JESSUP, pp. 298-312.
- BATAILLER (F) "Le juge interne et le droit communautaire" A.F.D.I., 1963, pp. 735-778
- BATTIFOL (H) Aspects philosophiques du droit international privé, DALLOZ, Paris, 1956, 348 p.
- "La sentence Aramco et le droit international privé", R.G.D.I.P., 1964, pp. 647-662
- Traité élémentaire de droit international privé, L.G.D.J, Paris, 1967, 917 p.

- BAXTER (R.R) "Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law", B. Y. B. I. L 1965-66, pp 275-300
- BEBR (G) Judicial Control of the European Communities Stevens, Londres, 1962, XXII, 268 p.
- BEDJACUI (M) "Le syndicalisme des fonctionnaires internationaux", A. F. D. I 1957, pp 435-498
Fonction publique internationale et influences nationales, STEVENS, Londres, 1958, XVIII, 674 p.
- BENARD (G) et DEHAUSSY (S) "La coutume", Jurisclasseur de droit international, fascicules n° 13 A et 13 B
- BERBER (F) Lehrbuch des Völkerrechts, t. I, Allgemeines friedensrecht, München, ch. Beck, 1960
504 p.
- BERLIA (G) "La jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence", R. C. A. D. I 1955, II, n° 88, pp 105-157
- BISHOP (W. W.) "General Course of Public International Law 1965", R. C. A. D. I 1965, II n° 115, pp 147-470
- BLONDEL (A) "Les principes généraux de droit devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice", Mél : GUGGENHEIM, pp 201-236

- BLUDHORN (R) "Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les traités de Paris", R. C. A. D. I 1932, III n° 41, pp 137-244
- BOBROV (R. L.) "Basic Principles of Present Day International Law", Contemporary International Law, 1969, pp 36-58
- BOLLECKER (B) La réparation du dommage et la théorie de la responsabilité internationale, thèse dactylographiée, Paris, 1970, 823 p.
- BONFILS (H) Manuel de droit international public (Droit des gens), 7è éd. FAUCHILLE (P) ROUSSEAU (A), Paris, 1914, 1 210 p.
- BONNASSIES (P) et SCHLESINGER
 "Le fonds commun des systèmes juridiques observations sur un nouveau projet de recherche", R. C. D. I. P., 1963, pp 501-540
- BORCHARD (E. M) "The Theory and Sources of International Law" ("La théorie et les sources de droit international", trad. BAUGEAUD H.) Rec. GENY II, pp 328-361.
- BOULANGER (J) "Les principes généraux du droit en droit positif", Mél. RIPERT, I, pp 61-74

- BOWETT (D. W.) "Estoppel before International Tribunals and its Relations to Acquiescence", B. Y. B. I. L., 1957, pp. 176-202
- The Law of International Institutions, Praeger, New-York, 1963, 347 p.
- Mél. BRETHER de la GRESSAYE
Mélanges offerts à Jean BRETHER de la GRESSAYE, Brière, Bordeaux, 1967
- BRIERLY (J. L.) "Règles générales du droit de la paix"
R. C. A. D. I., 1936, IV, pp. 1-242
- The Law of Nations, An Introduction to International Law of Peace, 6^e éd. par Sir Humphrey WALDOCK, Oxford University Press, 1963, XVI, 442 p
- BROCHES (A) "Choice of Law Provisions in Contracts with Governments", International Contracts : Choice of law and language", Parker Studies in Foreign and Comparative Law, p. 64 s.
- BUCKLAND (W. W.) and Mc NAIR (A. D)
Roman Law and Common Law - a Comparison in Outline, 3^e revised by LAWSON (FH), University Press, Cambridge 3^e éd. 1965 XXIV, 440 p.

- CALON (J. P.) "La société internationale, élément d'une théorie générale", J.D.I., 1961 pp 694-732
- CALVO (CH) Le droit international théorique et pratique, Pukkammer et Mülbrecht Berlin, 4 vol, 1887. I XXXIV 606 p 1888, II XXIV 624 p, 1888 III XXXIII 588 p, 1888 IV, XXVIII 632 p.
- CARABIBER (CH) L'arbitrage international de droit privé L. G. D. J, Paris, 1960, XIII, 188 p.
- CARBONNIER (J) Flexible droit : Textes pour une sociologie de droit sans rigueur , L. G. D. J, 1971 316 p.
- Sociologie juridique, Armand Colin, 1972, 320 p.
- Carnegie Endowment for International Peace Conference on International Law, Lagonissi (Greece), April 3-8 1966, Papers and proceedings II. The Concept of Jus Cogens in International Law, Genève, 1967, 142 p.
- CASTBERG (F) "La méthodologie du droit international public", R. C. A. D. I 1933, I, n° 43, pp. 309-381

- CATTAN (H) The Law of Concessions in the Middle East and North Africa, Oceana, New-York, 1967, 200 p.
- CAVARE (L) "La notion de juridiction internationale"
A.F.D.I., 1964, pp. 327-352
- Le droit international public positif, 3^e éd. QUENEUDEC(J. P) Pedone, 2 vol. 1967, I, XVIII 806 p, 1969, II, 952 p.
- CHAUMONT (CH) "Perspectives d'une théorie du service public à l'usage du droit international contemporain", Mél. SCELLE, p. 115-178
- "La signification du principe de spécialité des Organisations Internationales", Mél. ROLIN, pp 55-66
- "Cours général du droit international public"
R. C. A. D. I., 1970 - I, n° 129, p. 333-527
- CHENG (B) Général Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, Stevens, Londres, 1953. L II - 490 p., avant-propos de SCHWARZENBERGER (G)
- "Général Principles of Law as a Subject for International Codification", Current Legal Problems, 1951, pp. 35-53

COHEN - JONATHAN (G)

"La coutume locale", A. F. D. I., 1961,
pp. 119-140

Les concessions en droit international public, thèse Paris, 1966, 672 p,
multigraphiée.

"Droits de l'homme et pluralité des systèmes européens de protection internationale", "consultation de Strasbourg" sur les Droits de l'Homme dans l'Europe de demain, 20-21, Oct. 1972, Institut International des Droits de l'Homme (Fondation René CASSIN), rapport multigraphié, 42 p.

COHN (G)

"La théorie de la responsabilité internationale"
R. C. A. D. I. , 1939, II, n° 68, p. 207-325

COLLIARD (Cl. A)

Institutions Internationales, Dalloz,
Paris, 4è éd. 1967, XX, 780 p.

Cours du droit international public, Les
Cours de Droit, Paris, 1969 1970, 772 p

"A propos du "Droit International Public" de Charles ROUSSEAU", R. G. D. I. P., 1971,
pp. 247, 254

COT (J. P)

"L'interprétation de l'accord Franco-Américain, relatif au transport aérien international", A. F. D. I., 1964, pp. 352-383

La bonne foi en droit international public,
Cours I. H. E. I., 1968-1969, 50 p. multigraphié

- DAHM (G) Völkerrecht, w. Kohlhammer Stuttgart,
2 vol. 1958, I, XX, 730 p, 1961, II, 16
786 p.
- DAVID (R) "Existe-t-il un droit occidental ?" Mél :
YNTEMA, pp. 56-64
- Les grands systèmes de droit contemporain,
Dalloz, Paris, 1966, 640 p.
- DECENCIERE, FERRANDIERE (A)
"Essai critique sur la justice internationale"
R. G. D. I. P. 1934, pp. 148-178.
- DEGAN (V. D) L'équité et le droit international, Nijhoff,
La Haye, 1970, 262 p.
- DEHAUSSY (J) Les actes unilatéraux comme source du
droit international, Cours I. H. E. I, 1966-1967
80 p. multigraphié
- V. BENAR (G)
- DEHOUSSE (F) "Les principes du droit des gens dans la
jurisprudence de la Cour Permanente de
Justice Internationale", R. D. I., 1936,
pp. 85-117
- DELAUME (G) "The Proper Law of loans Concluded by
International Persons : a Restatement and
a Forecast", A. J. I. L., 1962, pp. 63-87

DELAUME
(suite)

"La convention pour le règlement des
différents relatifs aux investissements
entre Etats et ressortissants d'autres
Etats", J.D.I., 1966, pp. 26-61.

"Des stipulations de droit applicables dans
les accords de prêt et de développement
économique et leur rôle", R.B.D.I., 1968
pp. 336-364

DELBEZ (L)

Les principes généraux du contentieux
international, L. G. D. J, Paris, 1962, 339 p

Les principes généraux du droit international
public, L. G. D. S, Paris, 1964, 666 p.

DELPECH (J)

"Bynkershoek (1673-1743) " in PILLET (A)
Les fondateurs du droit international.

DEL VECCHIO (G)

Sui principi generali del diritto. Società
Tipographica Modenese, Modène , 1921.

"Les principes généraux du droit", Rec. GENY II
pp. 69-84

Humanité et unité du droit - Essai de philosophie
juridique, L. G. D. J, Paris, 1963, 310 p.

DEREVITSKY (P)

Les principes du droit international tels qu'ils
se dégagent de la jurisprudence de la Cour
Permanente de Justice Internationale,
Pedone, Paris, 1932, 386 p.

DESCAMPS (Baron) et RENAULT (L) avec la collaboration
de BASDEVANT (J)

Recueil International des traités du XIX^e
Siècle, 1801-1825, Rousseau, Paris.

DEUTSCH (K) and HOFFMANN (ST) Ed.

The Relevance of International Law
Anchor Books, 1971, 360 p.

Dictionnaire de la terminologie juridique
V. BASDEVANT (J) éd.

DOMINICE (C) "A propos du principe de l'Estoppel en
droit des gens", Mél. GUGGENHEIM,
pp. 327-365.

DONNEDIEU de VABRES (H)

"Le procès de Nuremberg devant les
principes modernes de droit pénal inter-
national", R. C. A. D. I., 1947, I, n° 70,
pp. 477-582

DUBISSON (M) La Cour international de justice, L. G. D. J.,
Paris, 1964, 470 p. préf. de REUTER (P)

DUBOVIS (L) "L'erreur en droit international public"
A. F. D. I., 1963, pp. 191-227.

DUPUY (R. J) Le droit international, PUF, 1969, 128 p.

EICHKOFF (F) et LOT (J-CP)

La Commission Mixte de Conciliation et d'Arbitrage, établie par le Traité de Paix avec l'Italie", in Union Internationale des Avocats, Les juridictions internationales, pp. 448-470.

EUSTATHIADES (C. T)

La responsabilité internationale de l'Etat pour les actes des organes judiciaires et les problèmes du déni de justice en droit international, Pédone, Paris, 1936, 2 vol.

FATOUROS (A. A)

Government Guarantees to Foreign Investors
Columbia University Press, New-York,
1962, 411 p. préf. FRIEDMANN (W)

FAVRE (A)

"Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens", Mél. GUGGENHEIM
pp. 366-390.

FAWCETT (J. E. S)

"The Legal Character of International Agreements"
B. Y. B. I. L., 1953, pp. 381-391

"Détournement de pouvoir by International Organizations", B. Y. B. I. L., 1957, pp. 311-316

"The Place of Law in International Organizations"
B. Y. B. I. L., 1960, pp. 321-342

FEDOZZI (P) e ROMANO (S) Ed.

Trattato di diritto internazionale, C. E. D. A. M.
Pédone, 3^e éd. 1938, I, 550 p.

FIORE (P)

Nouveau droit international public suivant
les besoins de la civilisation moderne, trad.
PRADIER-FODERE (P), A. Durant et Pédone
2 vol, I, 1868, C X VI, 526 p, II 1869, 696 p.

FITZMAURICE (Sir Gérald)

"The Meaning of the term "Denial of justice",
B. Y. B. I. L, 1932, p. 93

"The General Principles of International Law
Considered from the Standpoint of the Rule of
Law", R. C. A. D. I 1957, II, n° 92, pp 1-227.

"Some Problems Regarding the Formal Sources
of International Law", Mél. VERZIJL, pp 153-176

Mél. FRANCOIS

Liber Amicorum J. P. A. FRANCOIS, A. W. Sijthoff
Leyden, 1959, 428 p.

FRIEDMANN (W)

"The Uses of "General Principles" in the
Development of International Law", A. J. I. L
1963, pp 279-299

The Changing Structure of International Law,
Stevens, Londres, 1964, 410 p.

De l'efficacité des institutions internationales,
Armand COLIN, Paris, 1970, 200 p.

v. Mél. JESSUP

GANSHOF Van der Meersch

Droit des Communautés Européennes -
Les Nouvelles, Larcier, Bruxelles, 1969,
1194 p.

Mél. GANSHOF Van der MEERSCH

Miscellanea W. J. GANSHOF Van der MEERSCH
Bruy. nt, L. G. D. J, Bruxelles, Paris 1972
3 vol. (I - L II, 622 p. II 976 p.

GARCIA AMADOR (F. V)

"La responsabilité internationale", 4ème
rapport, Ann. C. D. I., 1959 (A/CN, 4/SER,
A /1959, Add. 1, vol. II)

GENY (F)

Méthode d'interprétation et sources en droit
privé positif, L. G. D. J, Paris, 2è éd., 1919,
I, XXVI, 446 p, II, 422 p, préface de SALEILLES
(R.)

Rec. GENY

Recueil d'études sur les sources du droit en
l'honneur de François GENY - tome II : Les
sources générales des systèmes juridiques actuels
574 p. - tome III : Les sources des diverses
branches du droit, Sirey, 1935, 546 p.

GERVAIS (A)

"L'affaire du lac Lanoux : étude critique de
la sentence du tribunal arbitral France-Espagne
16 Novembre 1957," A. F. D. I., 1960, pp. 372-434

Mél. GIDEL

Mélanges en l'honneur de Gilbert GIDEL,
Sirey, Paris, 1961, XVI, 616 p.

- GIHL (T) International Legislations (an Essay on changes in international law and in international legal situations), trad. CHARLESTON (S. J) Oxford University Press, 1937, VIII, 158 p.
- GIRAUD (E) "Le droit international public et la politique" R. C. A. D. I, 1963, III n° 110, pp. 420-809.
- GOLDMAN (B) "Le droit des sociétés internationales", J. D. I 1963, pp. 320 s.
- COUET (Y) La coutume en droit constitutionnel interne et en droit constitutionnel international (envisagée principalement dans ses rapports avec les autres modes de constitution du droit), Pédone, Paris 1932, 168 p.
- GRAPIN (P) Valeur internationale des principes généraux du droit, contribution à l'étude de l'article 38, paragraphe 3 du statut de la Cour Permanente de Justice internationale, Thèse Paris, Domat Montchrestien, 1934, 216 p.
- GREEN (L. C) De l'influence des nouveaux Etats sur le droit International, R. G. D. I. P, 1970, pp. 78-186
- GRIEVES (F) "Reform on the Method of Rendering decisions in the international Court of justice", A. J. I. L., 1970, pp. 144-152.
- GRISOLI (A) Contributo alla ricerca dei principi generali comuni ai diritti degli stati della comunità Europea in materia di responsabilità extra Contractuale, Pubblicazioni della Università, Pavie, 1963, 150 p.

GROS (A) "A propos de cinquante années de justice internationale", R. G. D. I. P. 1972, n° 1 pp 5-11

GROSS (L) "Review of the Role of the International Court of Justice", A. J. I. L. 1972, pp 479-490

GUGGENHEIM (P) "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", R. C. A. D. I. 1958, II n° 94 pp 1-84

Traité de droit international public, Librairie de l'Université, Georg et Cie S. A, Genève 1967, 352 p.

Répertoire des décisions et des documents de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice, v. MAREK

Mél. GUGGENHEIM

Rec. d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Genève, 1968, 902 p.

GUTTERIDGE (H. C)

"Comparative Law and the Law of Nations"

B. Y. B. I. L , 1944, pp 1-7

Le droit comparé, trad. par les étudiants
de l'Institut de droit comparé de l'Université
de Paris, sous la direction de DAVID (R)

L. G. D. J, Paris, 1953, 240 p.

HABICHT (M)

"Le pouvoir du juge international de statuer
ex aequo et bono", R. C. A. D. I 1934, III n° 49,
pp 277-371

HAMERO (E)

La jurisprudence de la Cour Internationale ,
Sijthoff, Leide, 6 vol.

HARLE (E)

Die allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des
ständigen internationalen gerichtshofes, Vahlen
Berlin, 1933

"Les principes généraux du droit et le droit
des gens", R. D. I. L. C , 1935, pp 663-687

- HAURIOU (A) "L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé". Rec. GENY, II, pp. 92-99
- HAZARD (J. N) "The General Principles of Law" A. J. I. L. 1958, pp. 91-96.
- HECKE (G. Van) Problèmes juridiques des emprunts internationaux, Brill, LEYDE, 1964, 334 p.
- HENKIN (L) V. Mél. JESSUP
- HERCZEGH (G) "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations to the Interpretation of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice", Acta juridica Academiae Scientiarum hungaricae 1964, I VI, fasc. 1-2, 36 p. (compte-rendu en français pp. 33-34)
- General Principles of Law and the International Legal Order, Akademiae Kiado, Budapest, 1969, 130 p.
- HOFFMANN (ST) V. DEUTSCH (K)
- HUANG (T. T. F) "Some International and Legal Aspects of the Suez Canal Question", A. J. I. L. 1957, pp. 276-307
- HUDSON (M. O) La Cour Permanente de Justice Internationale Ed. française par le Baron d'HONINCTUM, Pédone, Paris, 1936, 724 p.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

V. ALVAREZ

V. VERDROSS

- JEANNEAU (B) Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Ed. du Recueil, Sirey, Paris, 1954, 288 p.
- JEANTET (F. C) V. Union internationale des Avocats, Les Juridictions internationales
- JENKS (C. W) The Common Law of Mankind, Stevens, Londres, 1958, XXVI, 456 p.
- The Proper Law of International Organization, Stevens, Londres, 1962, XLII, 282 p.
- JESSUP (Ph) Transnational Law, Yale University Press, New Haven, 1956, 116 p.
- Mél. JESSUP Transnational Law in a Changing Society - Essays in honor of Philip C. JESSUP, FRIEDMANN (W) HENKIN (L), LISSITZYN (O), éd. Columbia University Press, New York - Londres, 1972 VIII, 324 p.

JIMENEZ de ARECHAGA (E)

"Treaty Stipulations in Favor of third States",
A. J. I. L., 1956, pp. 338-357

"International Responsibility, for Acts of
the judiciary" Mél. JESSUP, pp. 171-187

JURISCLASSEUR DE DROIT INTERNATIONAL

V. BENAR

V. DEHAUSSY

KELSEN (H)

"Les rapports de système entre le droit
interne et le droit international public",
R. C. A. D. I., 1926, IV, n° 14

Théorie pure du droit, trad. française de la 2^e éd.
de "Reime Rechtsleme" par EISENMANN, (Ch)
Dalloz, Paris, 1962, XVI, 496 p.

The Law of the United Nations, Stevens, Londres
4^e éd. 1964, XVIII, 994 p.

Principles of International Law, 2^e éd. par
TUCKER (R W), Holt, Rhinchart and Winston,
New-York, 1966, XVIII, 602 p.

- KISS (A - CH) L'abus de droit en droit international, L. G. D. J
Paris, 1953, 200 p.
- Répertoire de la pratique française en
matière de droit international public, C. N. R. S,
Paris, 6 vol. 1962-1969
- KOJANEC (G) Investimenti all'estero Regim juridico e
garanzie internazionali, Cedam, studi e
pubblicazioni della rivista di diritto interna-
zionale privato e processuade, Padova,
1970, 196 p.
- KOPELMANAS (L) "Quelques réflexions au sujet de l'article
38, 3° du Statut de la Cour Permanente
de Justice Internationale", R. G. D. I. P.,
1936, pp. 285-308
- KOSTERS (J) Les fondements du droit des gens (contribution
à la théorie générale du droit des gens),
Bibliothecae Visseriane Dissertationes,
1925, 276 p.
- KOŽEVNIKOV (F. I) "Obščepriznamye principy i normy meždunarojnojo pravo " (Les principes et les
normes généralement reconnus du droit
international), Sovetskoe Gosudarstvo, i Pravo,
1959, 12, pp. 15-24, Résumé in l'URSS et
les pays de l'Est, 1960, n° 4, pp. 54-57 par
MOUSKHELY (M)
- KRYLOV (S) "Les notions principales du droit des gens -
(La doctrine soviétique du droit international) "
R. C. A. D. I., 1947, I, n° 70, pp. 407-476.

- LACHAUME (J. F) "Le juge "ad hoc"", R. G. D. I. P., 1966,
pp. 265-358
- LA FONTAINE (H) Pasicrisie Internationale, Histoire documentaire
des arbitrages internationaux, 1794-1900,
Imprimerie Stampfell, Berne, 1902, 670 p.
- LAGRANGE (M) "L'ordre juridique de la C. E. C. A vu à travers
la jurisprudence de la Cour de Justice",
R. D. P. , 1958
- LALIVE (J. F) "Un récent arbitrage suisse entre un organisme
d'Etat et une société privée étrangère",
A. S. D. I. 1962, XIX, pp. 273-302 (arbitrage
de M. Pierre CAVIN)
- "Contracts Between a State Agency and a
Foreign Company. Theory and Practice
Choice of Law in a New Arbitration Case",
I. C. L. Q., 1964, pp. 987-1021
- LANG (J) Le plateau continental de la Mer du Nord,
Arrêt de la Cour Internationale de Justice,
20 Février 1969, L. G. D. J, Paris 1970
- LANGROD (G) La fonction publique internationale (sa genèse,
son essence, son évolution) , A. W. Sythoff,
Leyde, 1963, 388 p.
- LAPRADELLE (A. de) et POLITIS (N)
Recueil des arbitrages internationaux, 3 vol.
I (1798-1955) Pédone, 1905, LIV 864 p -
II (1856-1872) Pédone, 1923, XXVIII, 1052 p.
III Les Editions Internationales, 1954, XCII,
768 p par LAPRADELLE (A. de), POLITIS (N) et

LAPRADELLE (P. de)

"Sur quelques résurgences du droit naturel"
Mél. TRATABAS, pp. 317-335

LAUN (R)

"Das détournements de pouvoir im Völkerrecht
Mél. GIDEL, pp. 437-454

LAUTERPACHT (E)

Critique de Bin CHENG "General Principles
of Law as Applied by International Courts and
Tribunals", B. Y. B. I. L., 1953, pp. 544-547

"The World Bank Convention on the Settlement
of International Investment Disputes", Mél :
GUGGENHEIM , pp. 642-664

LAUTERPACHT (Sir Hersch)

Private Law Sources and Analogies of
International Law, Longmans, Green, Londres,
1927, XXVI, 326 p.

The Function of Law in the International
Community, Clarendon Press, Oxford, 1933
XXIV, 470 p.

"Les travaux préparatoires dans l'interprétation
des traités, R. C. A. D. I., 1934, II n° 48,
pp. 709-817

The Development of International Law by the
International Court, Stevens, Londres, 1958,

- LAUTERPACHT (Sir Hersch)
(suite) "Some Observations on the Prohibition of non liquet, and the Completeness of the Law", Mél. VERZIJL, pp. 196-221
- LAWSON (F. H) V. BUCKLAND (W. W)
- LE FUR (L) "La théorie du droit naturel depuis le 17^e siècle et la doctrine moderne", R. C. A. D. I 1927, III n° 18., pp 259-442
- "Règles générales du droit de la paix", R. C. A. D. I 1935, IV n° 54, pp 1-307
- Eléments de droit international public, Dalloz Paris, 1941, 236 p.
- "La coutume et les principes généraux du droit international public", Rec. GENY III, pp. 362-374
- LETOURNEUR (M) "Les principes généraux de droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat", E. D. C. E., 1951, pp. 19-31
- LOSCHAK (D) Le rôle politique du juge administratif français, sa portée et ses limites, L. G. D. J, Paris, 1972, 351 p. préf. de WEIL. (P)
- LOT (J. A) V. EICHKOFF (F)

LUKASHUK (I. I) "Sources of Present Day International Law"
in Gregory TUNKIN, Ed. Contemporary
international law, pp. 164-187

Mc. GIBBON (I. C) "Estoppel in International Law", I. C. L. Q
1958, pp. 468-513

MACKINTOSH (J) Roman law in Modern Practice, Green,
Edimburg, 1934, XIV, 202 p.

Mc NAIR (Sir Arnold)

"The Debt of International Law in Britain
to the Civil Law and the Civilians", Communication
à la session d'Edimbourg, 18 Juillet 1952,
the Grotius Society, transactions for the
year 1953, pp. 183-204.

(Lord) International Law Opinions, University Press,
Cambridge, 1956, 3 vol. I, 380 p, II 415 p,
III 436 p.

"The General Principles of Law Recognized by
civilized Nations", B. Y. B. I. L, 1957, pp. 1-19

The Law of Treaties, Oxford University Press,
rev. éd. 1961, 690 p.

V. BUCKLAND (W. W)

- MAKOWSKI (J) "L'organisation actuelle de l'arbitrage institutionnel ", R. C. A. D. I, 1931, II n° 36 pp 263-384 ter.
- MANN (F. A.) "Réflexion on a Commercial Law of Nations", B. Y. B. I. L., 1957, pp. 20-51
- "The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons", B. Y. B. I. L., 1959, pp. 34-57
- "State Contracts and State Responsibility" A. J. I. L. 1960, pp. 572-591.
- MARCOFF (M. G) Accession à l'indépendance et successions d'Etats aux traités internationaux, Ed. Universitaire, Fribourg, 1969, 388 p.
- MAREK (K) "Contribution à l'étude du jus cogens en droit international", MéL. GUGGENHEIM, pp 426-459
- Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour Permanente de Justice Internationale et de la Cour Internationale de Justice, publié sous la direction de GUGGENHEIM (P) - Vol. 2 - Les sources du droit par MAREK (K) avec la collaboration de FURRER (H. P.) et MARTIN (A), Genève, 1967, 1288 p.

- MARTENS (F. de) Traité de droit international, Maresq ainé,
Paris, 2 vol. 1883 I, 568 p, 1886, II 510 p
- MARTENS (G. F. de) Précis du droit des gens moderne de
l'Europe, 3è édition J. P. Ailland, 1831,
2 vol. I 460 p, II 448 p.
- MARTINET (F) Les principes généraux dans la jurisprudence
des Communautés Européennes, Centre
d'études des Communautés Européennes, 1970, 56 p.
dactylographiées.
- MATHIJSEN (P) Le droit de la C. E. C. A, une étude des
sources, Nijhoff, La Haye, 1958, 208 p
- MERLE (M) Le procès de Nuremberg et le châtimeⁿt
des criminels de la guerre, Pédone, Paris
1949, 186 p. préf. de DONNEDIEU de VABRES (H)
- "Le droit de la nature et des gens", Mél :
BRETHER de la GRESSAYE
- MIAJA de la MUELA (A) Introduction al dereccho internacional público
Atlas, Madrid, 2è éd, 1955, 532 p
- MONACO (R) Manuale di diritto internazionale pubblico e
privato, Unione tipographico, Turin, 1949

- MORELLI (G) "La théorie générale du procès international"
R. C. A. D. I., 1937, III n° 61, pp. 253-373
- Nozioni di diritto internazionale, Cedam
Padone, 5è éd. 1958, 375 p.
- MUSTAPHA (M) Les aspects juridiques des rapports entre
Etats producteurs de pétrole et Compagnies
pétrolières étrangères, thèse Paris, 1971,
342 p. multigraphiée
- NEZARD (H) "Albericus Gentilis" in PILLET (A) éd. les
Fondateurs du droit international, pp 37-97
- NGUYEN QUOC DINH
Cours de droit international public, Les
cours de droit, Paris, 1970, 71, 860 p.
- NIBOYET (S. P) "La notion de réciprocité dans les traités
diplomatiques de droit international privé"
R. C. A. D. I., 1935, II, n° 52, pp. 253-363
- NYS (E) Le droit romain, le droit des gens et le
collège des docteurs en droit civil, Weissenbruched,
Bruxelles, 1910, 160 p
- Les origines du droit international, Castaigne
et Thorin, Bruxelles et Paris, 1894, 414 p.

- O'CONNELL (D. P) International Law, Stevens, Londres, 1965,
2 vol. XXXVI, 652 p, II XXIV 1434 p.
- OPPENHEIM (L) International Law, a Treatise, Longmans,
Edimbourg, 1958, 1072 p, 8è éd. par
LAUTERPACHT (H)
- OUTRATA (V) " K pojmu, obecnych a zák ladnich zásad
mezinárodního prava" (sur la notion de
principes communs et fondamentaux du
droit international). Casopis pro mezinárodní
Prava (Tschécoslovaquie), 1961, 3, pp 177-192
Résumé in URSS et Pays de l'Est , 1961, 3
pp 58-59 par MILDE (M)
- PADELFORD (N. S) "The Composition of the International Court
of Justice : Back ground and Practice" in
Karl DEUTSCH and Stanley HOFFMANN, éd.
The Relevance of international law , pp. 288-327
- PARRY (C) The Sources and Evidences of International Law
Manchester University Press, Manchester
1965, 122 p.
- PAU (G) " I principi dell'ordinamento interno degli
Stati civili nella teoria delle fonti del diritto
internazionale", Comunicazioni e Studi ,
Milan, 1954, pp. 99-178

- PERELMAN (Ch) éd. - Le problème des lacunes en droit,
Etablissements Bruylant, (E), Bruxelles,
1968, 556 p.
- PESCATORE (P) "Les objectifs de la Communauté Européenne
comme principes d'interprétation de la
jurisprudence de la Cour de Justice -
Contribution à la doctrine de l'interprétation
téléologique des traités internationaux" -
MéL. GANSHOF VAN DER MEERSCH,
pp 325-363.
- PETERSEN (E) La contribution possible du droit anglais au
développement des principes généraux du droit
communautaire, Thèse Paris, 1965,
601 p, multigraphiée.
- PILLET (A), éd. - Les fondateurs du droit international, Giard et Brière
Paris, 1904, 692 p; préf. de A. PILLET,
pp V - XXXI
- PINTO (R) Les organisations européennes, Payot, Paris
1965, 501 p.
- POLITIS (N) La justice internationale, Hachette, Paris
1924, 326 p.
V. LAPRADELLE (A. de)
- PRADIER-FODERE (P) Traité de droit international public européen
et américain, Pédone, 8 vol. - 1885 - I 692 p
1885-II 974 p, 1887 - III 1268 p, 1888-IV 1250 p
1891-V 1172 p, 1894-VI 1174 p, 1897-VII 1230 p
1906-VIII, 966 p.

- QUADRI (R) "Cours général du droit international public"
R. C. A. D. I, 1964 - III n° 113, pp. 237-484
- Diritto internazionale pubblico, Liguori editore,
Naples, 5è éd. 1968, 793 p
- QUENEUDEC (J. P) V. CAVARE (L)
- RAESTAD (A) La philosophie du droit international,
I Kommisjom hos Jacob Dibwad, Oslo,
1949, 118 p.
- RAY (J) "Des conflits entre principes abstraits
et stipulations conventionnelles" R. C. A. D. I
1934- II n° 48, pp. 631-707
- RENAULT (L) Introduction à l'étude du droit international,
Larose, Paris, 1879, 90 p.
- L'oeuvre de La Haye 1899 et 1907, Alcan,
Paris, 1908, Conférence faite à l'école libre
des Sciences Politiques
- V. DESCAMPS (Baron)

REUTER (P)

Etude de la règle "toute prise doit être jugée", les Editions internationales, Paris, 1933, 318 p.

"Le droit au secret et les institutions internationales, A.F.D.I., 1956, pp. 46-65

"Principes de droit public international", R.C.A.D.I., 1961 - II n° 103, pp. 425-651

Organisations européennes, P. V. F, Paris, 1965, 452 p.

Droit international public, P. V. F, Paris, 1968, 404 p.

Institutions internationales, P. V. F, Paris 1969, 332 p.

Introduction au droit des traités, Armand Colin, Paris, 1972, 236 p.

"Le recours de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des principes généraux de droit", Mél. ROLIN, pp. 263-283

"La Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit international", Mél : GUGGENHEIM, pp. 666-686

- RIPERT (G) "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", R. C. A. D. I., 1933 - II, n° 34, pp. 565-664.
- Mél. RIPERT Le droit privé français au milieu du XXème siècle - Etudes offertes à Georges RIPERT, L. G. D. J, Paris, 1950, XXXVIII - 556 p.
- RIVERO (J) "Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C. E. C. A" A. F. D. I., 1958, pp 295-308
- RIVIER (A) Principes du droit des gens, L. G. D. S, 1596
2 vol. I 566 p, II 502 p.
- ROCHE (J) "Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence", A. J. D. A., 1962, pp. 532-540.
- ROLIN (H) "Les principes du droit international public", R. C. A. D. I., 1950, II n° 77, pp. 305-479
- Mél. ROLIN Mélanges offerts à Henri ROLIN, Problèmes de droit des gens, Pédone, Paris, 1964,
L XX, 536 p.
- ROLLAND (L) "Suarez" in Les fondateurs du droit international
PILLET (A), éd, pp. 95-124.
- ROMANO (S) V. FEDOZZI (P)

- ROSENNE (S) The Law and Practice of the International Court, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965, 2 vol. 998 p.
- ROTONDI (M) "Equità e principi generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano"
(Equité et principes généraux de droit dans l'ordre juridique italien, trad. PISSARD (F) et QUADEN (P), Rec. GENY II, pp. 403-422
- ROULET (J. D) "La convention du 18 Mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats", A. S. DI, 1965, XXII, pp 121-154
- ROUSSEAU (Ch) Droit international public, Sirey, Paris 1953, 752 p.
- "Principes du droit international public", R. C. A. D. I., 1958, n° 93, pp. 369-950
- Droit international public, Dalloz, Paris 5è éd., 1970, 412 p.
- Droit international public, Sirey, Paris, I 1970, 464 p.
- RUZIE (D) "Le non renouvellement des contrats à durée déterminée et l'ingérence des Etats. A propos de l'affaire Ballo", A. F. D. I., 1972, pp. 378-391.

SALEILLES (R) V. GENY (F)

SALMON (J) "Quelques remarques sur l'installation du
siège de l'U. N. E. S. C. O à Paris", A. F. D. I.
1958, pp. 453-465

"L'emprunt de deux cent millions de dollars
de l'organisation des Etats Unis" A. F. D. I.,
pp. 556-573

"Quelques observations sur les lacunes en
droit international public" in PERELMAN (Ch)
éd, Le problème des lacunes en droit ,
pp 313-337

SALOMON (A) V. LAPRADELLE (A de)

SCELLE (G) "Zouch (1590-1660)", les fondateurs du
droit international , Paris, 1904, pp. 269-330

Précis du droit des gens. Principes et systé-
matique, Sirey, Paris, 2 vol. 1932 - I 312 p
1934, II 549 p.

Manuel élémentaire de droit international public
Domat-Montchrestien, Paris, 1943, 746 p

"Essai sur les sources formelles du droit
international", Rec. GENY III , pp. 400-430.

Mél. SCELLE La technique et les principes du droit public.
études en l'honneur de Georges SCELLE ,
L. G. D. J, Paris, 1950, I-X, 458 p.

SCHEUNER (V) "Influence du droit interne sur la formation du droit international", R. C. A. D. I., 1939, II, n° 68, pp 95-206.

SCHLESINGER (R. B.)

"Research on the General Principles of law Recognized by Civilized Nations", A. J. I. L., 1957, pp. 734-753

V. BONNASSIES (P)

SCHWARTZENBERGER (C)

Avant propos à CHENG (B) - General Principles of Law as Applied by International Courts Tribunals, pp XI, XII

"The Fundamental Principles of International Law", R. C. A. D. I., 1955, I n° 87, pp 191-385.

"The Standard of Civilization in International Law", Current legal problems, 1955, vol. 8, pp 212-234.

International Law as Applied by international Courts and Tribunals, Stevens, Londres, 3è éd. 1957, 2 vol. I 808 p, II, 881 p.

A Manual of International Law, Stevens, Londres 4è éd, 1960, 2 vol. I, 382 p, II, 820 p.

"International jus cogens?" Texas law Review, 1965, pp 191-214.

Textes repris in Carnegie Endowment for International Peace, The Concept of jus cogens in International Law, pp 117-140.

SCHWARTZENBERGER (suite)

A Manual of International Law, Stevens,
Londres, 5^e éd. 1967, LX-702 p.

SCOTT (J. B)

Les conférences de la paix de La Haye
de 1899 et 1907, Pédone, 1927, 3 vol.
I et II, 692 p, III 102 p - trad. LAPRADELLE (A. de)

SEIDL-HOHENVELDERN (I)

"General Principles of Law as Applied by
the Conciliation Commissions Established
under the Peace Treaty with Italy of 1947",
A. J. I. L., 1959, pp. 853-872.

SERENI (A. P.)

L'abuso di diritto nei rapporti internazionali,
Rome, 1930.

Principi generali di diritto e processo
internazionale, Giuffré, Milan, 1955, 98 p

Diritto internazionale, Giuffré, Milan,
5 vol. 1956-1965, 2115 p.

SEYERSTED (F)

"Applicable Law in Relations between Inter-
Governmental Organizations and Private
Parties", R. C. A. D. I., 1967 : III n° 122,
pp. 427-616.

- SIBERT (M) Traité de droit international public, Dalloz
Paris, 1951, 2 vol : I, 992 p, II, 812 p.
- SIORAT (L) Le problème des lacunes en droit international
Contribution à l'étude des sources du droit et
de la fonction judiciaire, L. G. D. J, Paris
1958, 480 p, préf. COUZINET (P), pp I-IV
- SLUSSER (M) V. TRISKA (J. F.)
- SØRENSEN (M) Les sources du droit international. Etude
sur la jurisprudence de la Cour Permanente
de Justice Internationale, Einar Munks goard,
Copenhague, 1946, 274 p.
- "Principes de droit international public,
cours général", R. C. A. D. I, 1960, III n° 101,
pp 1-254.
- éd/ Manual of Public International Law ,
Mc Millan, Londres, 1968, 930 p.
- SPIROPOULOS (J) Théorie générale de droit international ,
L. G. D. J, Paris, 1930, XIV, 220 p.
- Mél. SPIROPOULOS
Problèmes fondamentaux de droit international ,
Schimmelbusch, Bonn 1957, 472 p.

- STONE (J) Legal Controls of International Conflict
(A Treatise on the Dynamics of Disputes and War Law), Stevens, Londres, 2è éd.
1959, LV I, 904 p.
- "Non liquet and the Function of Law in the International Community", B. Y. B. I. L.,
1959, I XXXV, pp. 124-161.
- "Non liquet and the International Juridical
Function" in PERELMAN ^(Ch) éd. Le problème des lacunes en droit, pp 305-311.
- STRUPP (K) "Le droit du juge international de statuer selon l'équité", R. C. A. D. I., 1930, III n° 33
pp. 350-481
- Droit international public, Ed. Internationales Paris, 1930, I, XXXII, 348 p.
- "Les règles générales du droit de la paix",
R. C. A. D. I., 1934 - I n° 47, pp. 259-595
- STUYT (A. M.) General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction, Nijhoff, La Haye, 1946, XII, 272 p.
- SUBILIA (J. L.) L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale. Contribution à l'étude de la réparation en droit international public, Imprimerie Vardoise, Lausanne, 1972, 190 p.

- SUY (E) "The Concept of jus cogens in Public International Law" in Carnegie Endowment for International Peace, The Concept of jus cogens in International Law, pp 17-77
- TAUBE (Baron M. de) "Les origines de l'arbitrage international. Antiquité et Moyen-Age", R. C. A. D. I., 1932, IV n° 42, pp 1-115.
- TAVERNIER (P) Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public (Problèmes de droit international ou de droit transitoire), L. G. D. J, Vol. 1, Paris, 1970, IV, 352 p.
- TEITGEN (P. H) Cours de droit institutionnel communautaire
Les Cours de Droit, Paris, 1971-1972.
- TENEKIDES (G) "Régimes internes et organisations internationales", R. C. A. D. I., 1963, III, n° 110 pp. 271-418.

Mél. TROTABAS (L)

Mélanges offerts à M. le Doyen Louis TROTABAS

L. G. D. J., 1970, 572 p.

TRIEPEL (H)

Les rapports entre le droit interne et le droit international, R. C. A. D. I., 1923, I n° 1, pp. 73-121.

TRISKA (J. F.) et SLUSSER (M)

"Treaties and other Sources of Order in International Relations : the Soviet View", A. J. I. L., 1958, vol. 52, pp. 699-726.

TUCKER (R. W) V. KELSEN (H)

TUNKIN (G)

"Coexistence and International Law", R. C. A. D. I., 1958, III n° 95, pp 1-81.

Droit international public - problèmes théoriques. Pédone, Paris, 1965, 250 p., préf. VIRALLY (M)

"General Principles of Law in International Law", Mél. VERDROSS, pp 523-532

éd. Contemporary International Law, Progress Publishers, Moscou, 1969, 292 p.

UNION INTERNATIONALE DES AVOCATS

Les juridictions internationales, 1958,
Dalloz-Sirey, Paris 1959, rapporteur
général JEANTET (F. Ch)

VALLINDAS (P. G.)

"General Principles of Law in the Hierarchy
of the Sources of International Law", Mél.
SPIROPOULOS, pp 425-431.

VAN DER VLUGT (W)

"L'oeuvre de Grotius et son influence sur
le développement du droit international",
R. C. A. D. I 1925, II n° 7, pp 395-509.

VECCHIO (G. del)

V. DEL VECCHIO (G)

VEDEL (G)

"Le problème de l'arbitrage entre gouvernements
ou personnes de droit public et personnes de
droit privé", Revue de l'arbitrage, 1961, 2
pp. 116-130

VERDROSS (A Von)

Die Verfassung der Völkerrechts - gemein-
schaft, Springer, Berlin, 1926, X, 230 p.

VERDROSS (suite).

"Règles générales du droit international de la paix", R. C. A. D. I., 1929, V, n° 30, pp 271-517

"Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", Rapport final, Ann. I. D. I., 1932, pp 283-328.

"Les principes généraux de droit comme source du droit des gens", Rec. GENY III, pp. 383-388

"Les principes généraux du droit et le droit des gens", R. D. I., 1934, n° 13, pp 484-498

"Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale", R. C. A. D. I., 1935, II, n° 52, pp 191-251.

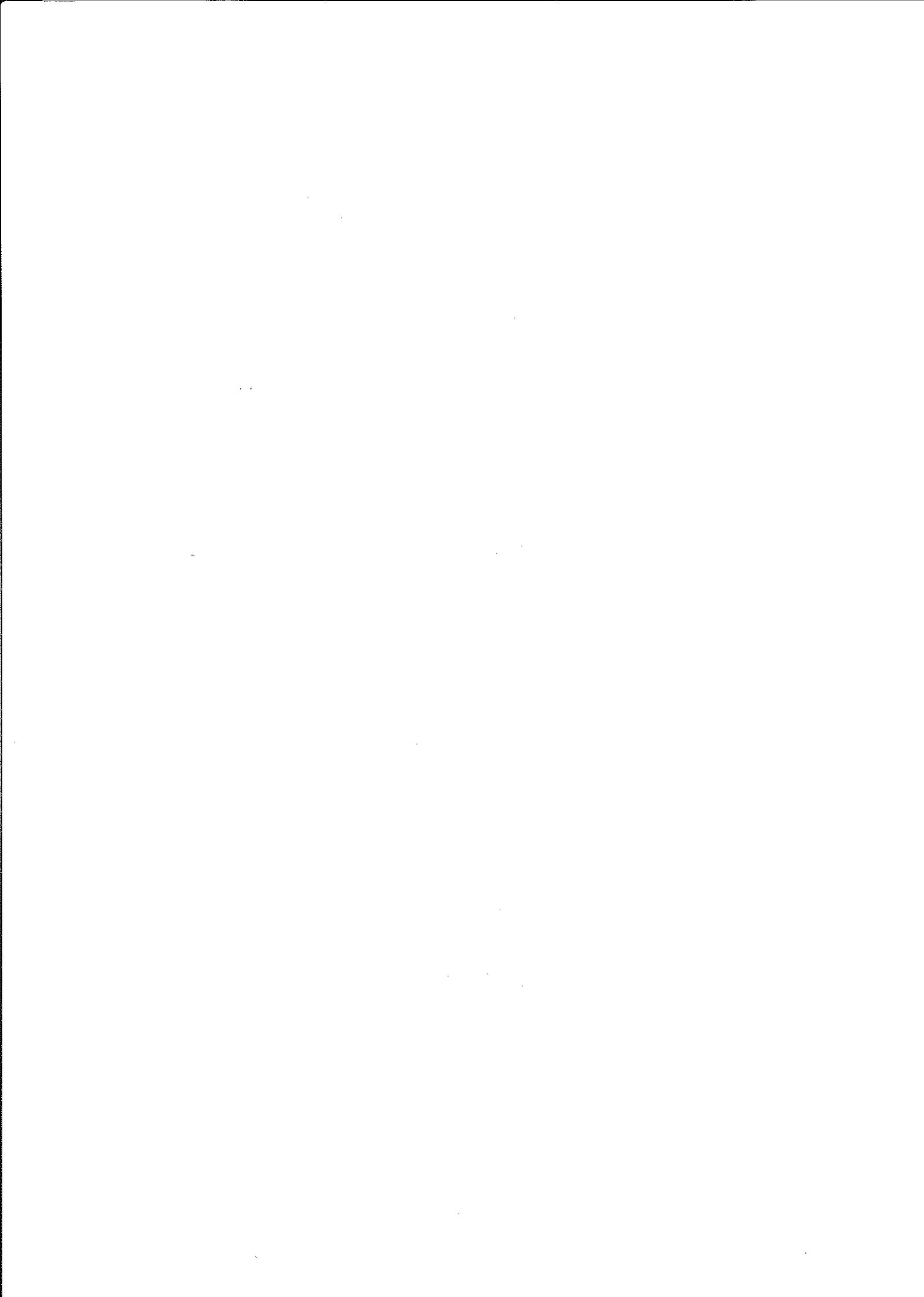
"Les principes généraux du droit applicables aux rapports internationaux", R. G. D. I. P., 1938, n° 45, pp 44-52.

Völkerrecht, Springer Verlag, Vienne, 5è éd. 1964, 690 p

"Jus dispositivum and jus cogens in International Law", A. J. I. L., 1966, I, vol. 60, pp 55-63.

Die Quellen des universellen Völkerrecht - Eine einföhrung, Verlag-Rombach, Freiburg, 1973, 148 p

"Protection of Private Property under quasi international Agreements", Mél. FRANCOIS, pp. 355-362.



VERDROSS (suite)

"Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public", Mél. GUGGENHEIM, pp. 521-530

Mél. VERDROSS

Allgemeine Rechtslehre und Völkerrecht,
Interrecht, Berlin, 1973, I - XV, 706 p.
II, 917 p.

VERZIJL (J. H. W)

International Law in Historical Perspective,
A. W. Stijthoff, Leyden, 1968, XII, vol. I 61
subjects, 576 p.

Mél. VERZIJL Symbolae VERZIJL, Martinus Nijhoff,
La Haye, 1958, 454 p.

VIGNER (Ch) "L'accord franco-algérien du 26 Juin 1963
en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect
des statuts acquis au Sahara", A. F. D. I.,
1964, pp. 383-395.

VIRALLY (M) La pensée juridique, L. G. D. J, Paris, 1960,
XLI, 226 p.

"Réflexions sur le jus cogens", A. F. D. I.,
1966, pp. 5-29.

VIRALLY (suite)

"The Sources of International Law" in Max
SØRENSEN éd, Manual of Public International
Law, pp. 116-174

"Sur un pont aux ânes : les rapports entre
droit international et droits internes, Mél.
ROLIN, pp 488-505

"Le rôle des "principes" dans le développement
du droit international", Mél. GUGGENHEIM,
pp. 531-554

VISSCHER (Ch de)

"Contribution à l'étude des sources du droit
international", R. D. I. L. C, 1933, pp 395-420

"Le déni de justice en droit international",
R. C. A. D. I, 1935, II n° 52, pp 369-442

Problèmes d'interprétation judiciaire en droit
international public, Pédone, Paris, 1963,
270 p.

Aspects récents du droit procédural de la
Cour Internationale de Justice, Pédone, Paris
1966, 220 p.

VISSCHER (suite)

Théories et réalités en droit international public, Pédone, Paris, 1970, 534 p.

"La notion de référence (renvoi) au droit interne dans la protection diplomatique des sociétés anonymes", R. B. D. I., 1971, pp 1-6

WALDOCK (Sir H)

"General Course on Public International Law",
R. C. A. D. I., 1962, II n° 106, pp 1-251
(principes pp 54-69)

V. BRIERLY (J. L)

WALL (E. H.) "The Iranium-Italian Oil Agreement of 1957",
I. C. L. Q., 1958, pp. 736-752

WATRIN (G) "Forces centrifuges dans le droit contemporain",
Mél. TROTABAS, pp 479-509

- WEIL (P) Droit international public et droit administratif, Cours I. H. E. I., 1966-67, 56 p, multigraphié
- "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", R. C. A. D. I., 1969, III n° 128, pp 95-240
- "Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats", E. D. C. E., 1970, pp. 13-25
- WENGLER (W) Völkerrecht, Springer, Berlin, 1964, 2 vol. LX, 1530 p.
- WINIARSKI (B) "Quelques réflexions sur le soi-disant forum prorogatum en droit international", Mél. SPIROPOULOS, pp 445-452.
- WITENBERG (J. C)
L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale, Pédone, Paris, 1937, 436 p.
- WOLF (F) "Le tribunal administratif de l'O. I. T. ", E. D. C. E. 1960, Paris, pp 33-72
- WOLFF (K) "Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux", R. C. A. D. I. 1931 - II n° 36, pp 479-553.

WORTLEY (B. A)

"The Interaction of Public and Private
International Law Today", R. C. A. D. I ,
1954, I, n° 85, pp 239-342

Mél. YNTEMA

XXth. Century Comparative and Conflicts of
law , Sijthoff, Leide, 1961, XVI, 547 p

ZWEIGERT (K) "Les principes généraux du droit des Etats
membres" in GANSHOF VAN DER MEERSH
(W. J.) éd. Droit des Communautés Européennes
Les Nouvelles , pp 441-445

X X X

"Le différend italo-américain relatif aux transports
aériens", A. F. D. I 1962, pp 217-244

X X X

"La succession des organisations internationales
et l'indépendance des fonctionnaires internationaux -
A propos d'une décision de la commission de
recours du C. I. H. E. A. M", A. F. D. I, 1972,
pp. 413-421

TABLE DES MATIERES

Principales abréviations	III
Modes de citations	VIII
Index des décisions citées	XI
Index des traités cités	
INTRODUCTION	
	1
1 - Tous les systèmes juridiques recourent à la notion de "principes généraux"	1
2 - Les caractères propres du droit international imposent de recourir encore plus aux principes généraux	4
a) Par sa nature le droit international n'est pas différent du droit interne	4
b) La technique juridique permet de qualifier le droit international de système rudimentaire	6
3 - Hypothèse de travail	8
4 - Plan	9
Première partie	
LE RECOURS AUX PRINCIPES GENERAUX	10
=====	
Titre I - Une utilisation généralisée	13
=====	
Chapitre Ier - <u>Une utilisation traditionnelle</u>	15
<u>Section 1</u> - Les principes sont à l'origine du droit international	15
1 - De l'Antiquité au XVIIe siècle	16
2 - Les "fondateurs" du droit international	20
A - L'unité du genre humain et des règles juridiques	20
B - L'autonomie du droit international	24
<u>Section 2</u> - Du début du XIXe siècle aux années 1920, le recours aux "principes", plus discret, a toujours existé	26
paragraphe 1 - Les principes dans la jurisprudence arbitrale	26
A - L'utilisation des principes dans la jurisprudence arbitrale jusqu'aux années 1920	27

	B - Les discussions doctrinales à propos de ces sentences	30
paragraphe 2 -	Les principes dans la doctrine et dans la pratique des Etats	35
	A - La doctrine	36
	B - La pratique des Etats	40
Conclusion du Chapitre Ier		46
Chapitre II -	<u>Une utilisation officialisée</u>	48
<u>Section 1</u> -	L'article 38 du Statut de la Cour de La Haye	49
paragraphe 1 -	L'élaboration de l'article 38, paragraphe 1 (c) du Statut de la Cour de La Haye	49
	A - La genèse de l'article 38-3 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale	50
	1 - Les origines	50
	2 - Les discussions du Comité de Juristes de la S.d.N.	52
	a) Une disposition sur le droit applicable est-elle nécessaire ?	54
	b) Le problème de la hiérarchie entre les règles citées	55
	c) Le problème du non liquet	56
	d) Les "principes généraux" constituent-ils une nouvelle source du droit international ?	57
	e) Les "principes" sont-ils assimilables à la coutume ?	58
	f) Les "principes" et l'équité	58
	3 - La rédaction définitive de l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale	59
	B - L'élaboration de l'article 38-1(c) du Statut de la Cour Internationale de Justice	61
paragraphe 2 -	Légitimité et limite du recours aux travaux préparatoires	64
	A - Peut-on analyser de l'article 38 paragraphe 1 (c) du Statut de la Cour Internationale de Justice à la lumière des travaux préparatoires ?	64
	a) Difficultés inhérentes au recours aux travaux préparatoires	64
	b) Problèmes tenant à la "reprise" du texte en 1945	66

	B - La portée des discussions du Comité de 1920	68
<u>Section 2</u>	- La pratique postérieure à 1920	73
paragraphe 1	- La jurisprudence de la Cour de La Haye	73
	A - Malgré les sollicitations fréquentes des parties, la Cour mondiale n'a guère eu recours aux principes de l'article 38	73
	1 - Le recours aux principes dans la procédure écrite ou orale	74
	2 - La relative prudence de la Cour	80
	a) La Cour Permanente de Justice Internationale	81
	b) La Cour Internationale de Justice	84
	3 - Les opinions individuelles et dissidentes	87
	B - Essais d'explications de la relative prudence des juges de la Haye	95
paragraphe 2	- L'application des "principes" en dehors de la Cour de La Haye	98
	Conclusion du chapitre II	108
	<u>Conclusion du titre Ier</u>	109
	Titre 2 - <u>Les domaines d'intervention</u>	110
	=====	
Chapitre Ier	- <u>Les principes sont utilisés dans tous les domaines couverts par le droit international "classique"</u>	112
<u>Section 1</u>	- Les classifications des principes en fonction de leurs domaines d'intervention	112
paragraphe 1	- L'utilisation de critères matériels par les auteurs	113
paragraphe 2	- Critique de l'emploi de critères matériels	115
	A - Les domaines privilégiés d'intervention des principes	115
	1 - Les principes d'interprétation	116
	2 - Les principes relatifs à la responsabilité internationale de l'Etat	119
	3 - Les principes relatifs à l'administration de la justice	122
	B - Les inconvénients des classifications fondées sur des critères matériels	126

<u>Section 2</u>	- Les classifications fondées sur la nature des principes	127
paragraphe 1	- Les classifications proposées par la doctrine	128
paragraphe 2	- Essai de classement des principes généraux de droit en fonction de leur objet	131
	1 - Les principes applicables aux Etats	132
	2 - Les principes découlant des caractères d'une institution donnée	133
	3 - Les principes applicables aux personnes privées	135
Conclusion du chapitre Ier		141
Chapitre II	- <u>Les domaines nouveaux d'intervention des principes généraux de droit</u>	142
<u>Section 1</u>	- Le droit des organisations internationales	144
paragraphe 1	- Les principes généraux applicables au fonctionnement des organes des institutions internationales	145
paragraphe 2	- Les principes relatifs aux relations entre les organisations internationales et les Etats	147
paragraphe 3	- Principes relatifs aux rapports des organisations internationales avec leur personnel et avec leurs cocontractants	150
	A - Les principes généraux applicables dans le droit de la fonction publique internationale	150
	1 - L'utilisation des "principes" par les tribunaux administratifs internationaux	150
	2 - Les principes de procédure	152
	3 - Les principes de fond	156
	B - Les principes généraux de droit applicables aux relations entre les institutions internationales et leurs cocontractants	160
<u>Section 2</u>	- Les contrats entre Etats et personnes privées étrangères	162
paragraphe 1	- Les données de base	164
	1 - Les clauses de "choice of Law"	164
	2 - L'utilisation des principes dans les sentences arbitrales	168

paragraphe 2 - Essai de synthèse	172
1 - Le rôle fondamental des principes généraux	172
2 - Les caractères des principes utilisés dans ce domaine	174
<u>Section 3</u> - Le droit communautaire	175
paragraphe 1 - Le système juridique communautaire connaît la notion de principes généraux de droit	176
paragraphe 2 - Les caractères des principes généraux utilisés en droit communautaire	185
<u>Conclusion du titre II</u>	190
<u>Conclusion de la première partie</u>	192

Deuxième partie

<u>LA MISE EN OEUVRE DES PRINCIPES</u> =====	193
Titre I - Une origine artificielle =====	195
Chapitre 1er - <u>La reconnaissance "in foro domestico" par les nations civilisées</u>	196
<u>Section 1</u> - Des principes reconnus "in foro domestico"	196
paragraphe 1 - Les discussions doctrinales	197
paragraphe 2 - Quel droit interne ?	201
paragraphe 3 - L'évolution des principes généraux de droit	206
<u>Section 2</u> - Des principes reconnus "par les nations civilisées"	212
paragraphe 1 - Les caractéristiques des systèmes juridiques à prendre en considération	213
A - Le sens de l'expression "nations civilisées"	213
B - La thèse du fond commun impossible	219
1 - Le nombre des Etats	219
2 - L'opposition Est-Ouest	221
paragraphe 2 - Des principes communs à combien d'Etats ?	226
A - Universalité ou généralité ?	226
1 - La reconnaissance dans la quasi-totalité des droits nationaux suffit	226
2 - Un principe est-il opposable à un Etat qui ne le reconnaît pas ?	228
B - Existe-t-il des principes locaux ou régionaux ?	232
Conclusion du chapitre 1er	239

Chapitre II -	<u>L'apport du droit comparé</u>	240
<u>Section 1</u> -	La nécessité théorique du recours à la méthode comparative	241
paragraphe 1 -	La doctrine préconise l'appel au droit comparé	241
paragraphe 2 -	L'emploi de la méthode comparative par la jurisprudence	245
<u>Section 2</u> -	La recherche comparative effectuée dans la pratique est plus intuitive que scientifique	250
paragraphe 1 -	La tendance à la généralisation abusive d'un droit particulier	250
paragraphe 2 -	La nécessité d'une composition appropriée des tribunaux internationaux	256
paragraphe 3 -	Le droit romain comme manifestation de cette démarche intuitive	264
Conclusion du chapitre II		270
<u>Conclusion du titre Ier</u>		271
Titre II - Une méthode de transposition =====		
empirique =====		272
Chapitre I ^{er} -	<u>Le phénomène de la transposition</u>	274
<u>Section I</u> -	Aucune objection théorique contre la transposition des principes généraux communs en droit international n'est déterminante	274
paragraphe I -	La théorie de la transposition impossible	274
paragraphe 2 -	Rien ne s'oppose à la transposition de principes du droit interne en droit international	277
<u>Section 2</u> -	Le raisonnement par analogie	282
paragraphe I -	Le mécanisme de l'analogie	283
paragraphe 2 -	La généralité des principes	287
	1). Le phénomène de généralisation	287
	2). Généralité et technicité	291
Conclusion du chapitre Ier		293
Chapitre II -	<u>Les limites de la transposition</u>	294
<u>Section I</u> -	La nécessité de tenir compte des caractères propres du droit international	294

paragraphe 1 - Les caractères particuliers du droit international empêchent souvent la transposition pure et simple de notions de droit interne	295
1). L'exclusion du principe	296
2). L'adaptation du principe	298
3). L'application du principe "a fortiori" en droit international	303
paragraphe 2 - La prudence dans la transposition des principes s'impose à des degrés variables selon les domaines	305
<u>Section 2</u> - Le choix du principe applicable	310
paragraphe 1 - Le choix entre plusieurs principes	310
paragraphe 2 - L'influence prédominante et voulue d'un droit national	312
<u>Conclusion du titre II</u>	319
<u>Conclusion de la deuxième partie</u>	321

Troisième Partie

LA NATURE JURIDIQUE DES PRINCIPES GENERAUX =====

- Les principes généraux constituent-ils un système juridique autonome ?	326
--	-----

Titre I - Une source autonome, primaire et objective

Chapitre I ^{er} - <u>Une source autonome</u>	333
<u>Section I</u> - Les principes généraux de droit et la coutume	334
paragraphe 1 - Certaines théories nient la différence entre coutumes et principes généraux de droit	334
paragraphe 2 - Il est impossible d'assimiler principes généraux de droit et coutume	338
<u>Section 2</u> - Les principes généraux de droit et les principes généraux du droit international	342
I. Les principes généraux visés par l'art. 38 comportent les principes généraux du droit international, eux seuls	343

2.	Les principes généraux mentionnés par l'article 38-I (c) du Statut de la Cour mondiale comportent à la fois les principes généraux du droit international et les principes issus des droits internes	349
3.	Les principes généraux de droit sont les principes que l'on retrouve dans tout système juridique	353
4.	Les principes généraux de droit sont exclusivement les principes issus des droits internes	355
<u>Section 3</u>	- Les principes généraux de droit et la jurisprudence	358
paragraphe 1	- Les points de contact entre les principes généraux de droit et la jurisprudence	358
paragraphe 2	- Les principes généraux de droit ne sont pas des règles jurisprudentielles	362
Conclusion du chapitre I ^{er}		367
Chapitre II - <u>Une source primaire et objective</u>		369
<u>Section I</u>	- La validité des principes généraux de droit ne repose ni sur le droit conventionnel, ni sur le droit coutumier	370
paragraphe 1	- L'article 38-I (c), alibi des positivistes	371
paragraphe 2	- La valeur coutumière des principes généraux ?	376
<u>Section 2</u>	- Le fondement de la validité des principes généraux de droit. Une source "objective" ?	380
paragraphe 1	- Principes généraux et droit naturel	381
paragraphe 2	- Principes généraux de droit et équité	384
paragraphe 3	- Les principes généraux de droit constituent une source "objective" du droit des gens	387
Conclusion du chapitre II		392
<u>Conclusion du titre I^{er}</u>		394
Titre II - <u>Une source supplétive et transitoire</u>		397
Chapitre I ^{er} - <u>Une source supplétive</u>		398

<u>Section I</u>	- Principes généraux de droit et lacunes du droit international	398
Paragraphe I	- Les principes sont utilisés à défaut d'autres règles de droit international	399
Paragraphe 2	- Les principes généraux de droit et le problème du non liquet en droit international	403
	1. La prohibition du non liquet comme principe général de droit	403
	2. Les principes généraux de droit suppriment-ils toute possibilité de non liquet ?	405
<u>Section 2</u>	- La place des principes généraux dans la hiérarchie des normes en droit international	408
Paragraphe I	- Les discussions doctrinales	408
	1. Le rôle prééminent des principes généraux de droit - principes généraux et jus cogens	408
	2. Le caractère subsidiaire des principes	411
Paragraphe 2	- Le rôle complémentaire des principes généraux de droit dans la pratique	413
	1. Le heurt avec une norme conventionnelle ou coutumière contraire	414
	2. La coexistence avec une règle conforme	417
Conclusion du chapitre Ier		421
<u>Chapitre II - Une source transitoire</u>		423
Paragraphe I	- Les principes, étape dans l'élaboration des coutumes et des traités	423
	1. Les principes peuvent être à l'origine d'une règle coutumière	423
	2. Les principes généraux comme objet de codification	423
Paragraphe 2	- Les conséquences du caractère transitoire des principes	429
<u>Conclusion du Titre II</u>		432
<u>CONCLUSION GENERALE</u>		434

Bibliographie commentée	436
Table des documents	443
Index alphabétique des ouvrages, cours et articles	444

Vu : le Président

Madame le Professeur Suzanne BASTID, Membre de l'Institut

Vu : les Suffragants :

Monsieur le Professeur Paul REUTER

Monsieur le Professeur Michel VIRALLY

Vu et permis d'imprimer : le Président de l'Université de Droit,
d'Economie et de Sciences Sociales
de PARIS.