

**LES RAPPORTS ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL
ET LE DROIT INTERNE
A LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR PERMANENTE
DE JUSTICE INTERNATIONALE**

SOMMAIRE

- § 1. — EXAMEN DE LA CONFORMITÉ DU DROIT INTERNE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL.
- § 2. — EFFETS DE LA NON CONFORMITÉ DU DROIT INTERNE AVEC LE DROIT INTERNATIONAL.
- § 3. — EXAMEN PAR LA COUR DU DROIT INTERNE EN TANT QUE QUESTION PRÉALABLE.
- § 4. — APPLICATION DU DROIT INTERNE PAR LA COUR.
-

Les rapports entre le droit international et le droit interne ne sont pas seulement un des chapitres les plus importants du droit international, mais aussi une des questions les plus controversées de la doctrine. Dans le grand débat qui oppose les monistes et les dualistes, on peut invoquer, de chaque côté, les noms les plus illustres de la science du droit international. Il semble que tous les arguments théoriques imaginables aient été mis en avant de part et d'autre, avec une conviction et une clarté qui ne laissent rien à désirer. Tout — ou presque tout — étant dit, les positions restent figées et il y a raison de croire que ce n'est pas un argument de plus, mais le développement effectif du droit international et de

l'organisation internationale (ainsi que du droit public interne) (1) qui décidera finalement de la question.

Il serait donc aussi téméraire que superflu de vouloir reprendre une discussion quasi achevée. Tel n'est pas le but de cet article qui se propose une tâche beaucoup plus modeste : celle d'examiner la question dans le cadre restreint de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale.

Cependant, avant d'aborder cet examen, il nous semble nécessaire de nous arrêter un instant à la question intéressante qui a été récemment soulevée : est-il possible d'ignorer la grande controverse et d'adopter un point de vue qui ne serait ni moniste ni dualiste, en d'autres termes, d'affirmer un *tertium datur* ? Dans son beau cours à l'Académie de Droit International de La Haye, sir Gerald Fitzmaurice répond à cette question par l'affirmative.

« ...a radical view of the whole subject may be propounded to the effect that the entire monist-dualist controversy is unreal, artificial and strictly beside the point, because it assumes something that has to exist for there to be any controversy at all — and which in fact does not exist — namely a *common field* in which the two legal orders under discussion both simultaneously have their spheres of activity. » (2)

Sir Gerald affirme donc qu'il est tout aussi superflu et stérile de discuter les rapports entre le droit international et le droit interne, que de discuter, par exemple, les rapports entre le droit anglais et le droit français. Car, dans les deux cas, un « common field of operation » est inexistant.

Avant de pouvoir répondre à cette affirmation, il faut déterminer la portée exacte de la notion du « common field ». Car cette notion peut se rapporter aussi bien à l'objet de la réglementation juridique qu'à la *validité* des deux ordres juridiques *dans le temps et dans l'espace*.

Il y a lieu de croire que sir Gerald se sert de ce terme dans sa première signification. Ainsi, il définit le « same field » comme « the same set of relations and transactions » (3). De même, en contestant l'opinion de Kelsen sur la « simultaneous validity of international law and municipal law in space and time », sir Gerald

(1) Sur le développement et les tendances récentes du droit constitutionnel, voir Mosler, *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, Recueil des Cours, 1957, I ; P. De Visscher, *Les tendances internationales des Constitutions modernes*, Recueil des Cours, 1952, I.

(2) *The General Principles of International Law...*, Recueil des Cours, 1957, II, p. 71.

(3) *Ibid.*

affirme qu'il ne s'agit pas de temps et d'espace, mais que « international law and national law do not in fact govern the same set of relations » (4).

Cela n'empêche pas que, dans un passage qui traite de la primauté du droit international (que sir Gerald met « in its own field »), nous trouvons la phrase suivante :

« It is rather a supremacy of exactly the same order as the supremacy of French law in France or of English law in England, i. e. a supremacy not arising from *content*, but from the field of operation — not because the law is *French* but because the place, the field, is France. » (5)

Ici l'accent change. Il ne s'agit plus de l'objet de la réglementation (qui est probablement identique), mais — comme le dit l'auteur lui-même — de l'endroit, donc de l'espace.

Il nous faut donc suivre l'auteur sur les deux terrains qu'il indique lui-même.

1. La théorie de l'objet différent, ou plutôt — pour reprendre la terminologie classique — des « matières » différentes du droit interne et du droit international, n'apporte rien de nouveau par rapport à la doctrine dualiste traditionnelle. Au contraire, elle constitue un des deux arguments de fond dont se sert cette doctrine pour établir une séparation complète entre les deux ordres juridiques : à savoir précisément la différence des « matières » réglées par l'un et par l'autre (6) et la différence entre leurs sources. D'après cette théorie, il y aurait des « matières » qui, de par leur nature même, seraient réservées — et, par conséquent, réglementées — par le droit international, et d'autres qui seraient réservées au droit interne.

On aurait pu croire que la théorie des « matières » aurait définitivement vécu, ayant reçu un démenti flagrant du droit positif. Ainsi, ni le droit de la nationalité, ni le droit du travail, ni le droit international privé, n'échappent à l'emprise — actuelle ou en puissance — du droit international. En fait, il n'existe aucune « matière » du droit interne qui, de par sa nature même, serait incapable d'une réglementation internationale (7). Le domaine réservé des

(4) *Op. cit.*, p. 73.

(5) *Op. cit.*, p. 72.

(6) Triepel, *Droit international et droit interne*, traduit par René Brunet. Paris, Pedone, 1920, pp. 9 et 252.

(7) Guggenheim, *Traité de droit international public*, I, pp. 29-30.

Etats existe bien, mais il n'existe qu'aussi longtemps que les « matières » qu'il réglemente n'ont pas été soumises à une réglementation internationale, toujours possible (8). Une disparition totale du domaine réservé des Etats dans l'avenir ne pourrait nullement être exclue de par la nature même des choses. Par contre, il existe bien des « matières » qui ne peuvent être réglées que par le droit international. Il suffit de penser à une délimitation des frontières, opération impossible à accomplir par un droit interne quelconque. Ainsi, un développement progressif du droit international peut bien conduire à une situation où la notion de « domaine réservé » sera réservée exclusivement et précisément au droit international.

Dans ce sens donc, il n'y a aucune séparation nette — ni même logiquement nécessaire — entre « matières », qui permettrait de départager le « field of operation » des deux ordres juridiques. Au contraire, ceux-ci se rencontrent et s'affrontent précisément dans les « matières » soumises à une réglementation commune.

2. Qu'en est-il de l'existence ou de l'inexistence d'un « common field » dans l'espace ? A l'exception de la haute mer et des territoires sans maître, le « field of operation » du droit international coïncide exactement avec le « field of operation » du droit interne. Hors ces deux exceptions, le droit international ne se réalise, ne devient effectif que *dans* le domaine de validité des Etats. Une convention d'établissement ou une convention destinée à éviter la double imposition entre les Etats A et B sort ses effets dans les ordres juridiques des Etats A et B. Les règles coutumières concernant les privilèges et immunités diplomatiques ou le traitement à accorder aux étrangers, se réalisent dans les ordres juridiques internes des Etats. Où donc seraient-elles capables d'exécution et de réalisation ? Quel serait le « second field » mystérieux et situé quelque part en dehors des Etats où s'accomplirait la réalisation effective du droit international en dehors de tout contact avec le droit interne ?

Il n'existe donc pas un « autre » champ d'application, un champ d'application propre au droit international et différent de celui du droit interne. Le droit international a besoin, pour son exécution, du droit interne. Il ne peut se réaliser ni sans lui ni en dehors de lui. Cela a été clairement vu et admis par les défenseurs les plus éminents de la théorie dualiste (9). Et il ne s'agit pas là d'une

(8) Sur la relativité du domaine réservé, voir déjà C.P.J.I., B 4, p. 24.

(9) Voir ci-dessous.

affirmation seulement théorique. Toutes les questions concernant précisément la réalisation effective du droit international (10) sont là pour prouver *l'identité*, dans la réalité des choses, du champ d'application des deux ordres juridiques : l'exécution, le renvoi, la transformation, l'obligation de l'Etat d'adapter son droit interne à ses obligations internationales, l'impossibilité d'invoquer les lacunes de son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales, etc. Triepel exprime cette vérité d'une manière si frappante et si pittoresque que le passage en question vaut la peine d'être cité :

« Le droit international a *besoin* du droit interne pour remplir sa tâche. Sans lui, il est, sous de nombreux rapports, impuissant. Le législateur interne l'éveille de l'impuissance. Réseau flottant *au-dessus* des Etats, il veut être fixé *aux* Etats par des états puissants. Il est semblable à un maréchal, qui ne donne ses ordres qu'aux chefs de troupes et ne peut atteindre son but que s'il est sûr que les généraux, se conformant à ses instructions, donneront de nouveaux ordres. Si les généraux lui font faux bond, il perd la bataille. Et de même qu'un ordre du maréchal provoque des douzaines d'ordres ultérieurs de la part des subordonnés, de même nous verrons qu'une seule règle du droit international produit parfois une végétation, aux nombreuses ramifications, de normes du droit interne, qui toutes se réduisent à ceci : « réaliser » le droit international dans la vie étatique. » (11)

On ne peut citer ce passage sans le faire suivre du commentaire — le seul qui s'impose — de Kelsen :

« Mais cela est l'image parfaite de l'unité du droit international et de l'ordre juridique interne : le droit international — qui a besoin des ordres juridiques internes pour s'accomplir — comme ordre universel se trouvant au-dessus des ordres juridiques étatiques particuliers, les délimite et les réunit dans un tout supérieur. » (12).

Cela est loin d'être le seul cas où l'on peut être conduit au monisme par le raisonnement dualiste (13). La seule division savante

(10) Quelle que soit la mesure dans laquelle elles sont compliquées et rendues artificielles par la théorie dualiste. Voir Kelsen, « La transformation du droit international en droit interne », cette *Revue*, 1936, pp. 5-49.

(11) *Op. cit.*, pp. 268-269.

(12) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 150, note. (Traduit de l'allemand).

(13) Il est intéressant d'observer à quel point la doctrine dualiste se contredit elle-même. En dehors des exemples cités dans le texte, on pourrait relever un très grand nombre de cas où les dualistes font en réalité du monisme pur et simple. Ainsi, l'affirmation de rapports étroits entre le droit international et le droit interne (Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, « Opere di Dionisio Anzilotti », II, Tomo primo, pp. 322, 328 et 332 ; Triepel,

du droit interne *par rapport* au droit international, établie par Triepel (14), et Anzilotti (15), — outre qu'elle confirme d'une manière éclatante l'unité des deux ordres — montre précisément l'existence d'un « common field », l'identité du champ d'application du droit international et du droit interne.

Répétons-le, il y a des espaces où le droit international opère seul : c'est précisément le cas pour la haute mer et les territoires sans maître. Mais il n'y a plus, dans le monde d'aujourd'hui, d'espace où le droit interne puisse opérer seul. A l'intérieur de chaque ordre juridique interne, le droit international est également présent. Cette universalité du droit international a été mise en relief d'une façon convaincante précisément par sir Gerald Fitzmaurice :

« International law applies to and provides a regime for every portion of the globe. » (16)

Somme toute, un *tertium non datur*. L'essai d'élimination du problème monisme - dualisme, comme problème artificiel et irréal, n'a pas réussi. Le problème continue à se poser, aussi bien sous son aspect purement intellectuel que sous son aspect pratique.

Sous ce premier aspect, le problème naît du besoin qu'a l'homme de rationaliser et de systématiser les phénomènes, de les ramener à une forme logique et cohérente sans laquelle ceux-ci se laissent difficilement concevoir dans toute leur étendue. Dans ce sens, la conception moniste avec primauté du droit international répond seule à ce besoin, correspond à une nécessité intellectuelle et, en supprimant au maximum les contradictions et les difficultés, fournit des solutions logiques, cohérentes et acceptables (17).

op. cit., pp. 251-259) ; l'affirmation constante de la supériorité du droit international sur le droit interne (Anzilotti, *op. cit.*, pp. 448, 517-518, et *Cours de droit international*, p. 51 ; Triepel, *op. cit.*, pp. 262-269) ; la notion de compétences étatiques conférées par le droit international (Anzilotti, *Il diritto*, pp. 341 et s. ; Triepel, *op. cit.*, pp. 382-385). Kelsen est donc parfaitement justifié à parler d'une « tendance fortement moniste dans la construction dualiste de Triepel », *op. cit.*, p. 149, note 1 (traduit de l'allemand).

(14) *Op. cit.*, pp. 270-432.

(15) *Cours*, pp. 57-58.

(16) *Op. cit.*, p. 129. Voir le chapitre entier « Universality and Ubiquity », pp. 129-164.

(17) « Ce droit objectif supranational rend possible, sans aucun doute, la coexistence des ordres juridiques étatiques individuels. Même si ce droit objectif supranational n'avait d'autre contenu que celui qui permet à la pensée juridique d'envisager la coexistence des ordres juridiques étatiques individuels, il répondrait tout de même à une nécessité intellectuelle. » Guggenheim, *Beiträge zur Lehre von Staatensukzession*, p. 3 (traduit de l'allemand). Cf. Guggenheim, *Traité*, I, p. 27.

Cependant, ce n'est pas à cette nécessité intellectuelle — brillamment défendue par les auteurs de l'école moniste (18) — que cet article est consacré, mais aux nécessités d'ordre *pratique*. Peut-on résoudre dans la pratique des problèmes de droit international, en partant des principes dualistes ? (19). Plus particulièrement : l'arbitrage international, la juridiction internationale, sont-ils possibles, si l'on observe *effectivement* — et non seulement *verbalement* — le credo dualiste ?

L'étude présente se propose d'examiner cette question dans le cadre limité de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale.

La première constatation est que la Cour s'en tient strictement à la théorie traditionnelle et dominante. Elle est nettement, et de son propre aveu, volontariste (20), dualiste et, en conséquence, généralement soucieuse de la souveraineté de l'Etat. Dans les cas où la Cour exprime ce qu'on pourrait appeler sa doctrine de droit international, on y découvre sans difficulté l'influence profonde et déterminante de la pensée d'Anzilotti. La « profession de foi » dualiste de la Cour se trouve exprimée dans le passage bien connu de son arrêt dans l'affaire de Chorzów :

« Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. » (21)

On peut se demander ce que la Cour entend exactement par une telle description du droit interne.

Même du point de vue dualiste, la formule ne semble pas heureuse. Dans un sens, toute norme constitue un fait (fait social, fait juridique) (22). Donc, le caractère « de fait » d'une norme interne

(18) Kelsen, Guggenheim, Verdross, Bourquin, Kunz, Scelle.

(19) Voir le Mémoire du Conseil fédéral suisse à la S.D.N. en 1934 : « Les questions dont la Suisse demande l'examen par la Cour permanente de Justice internationale touchent à quelques-uns des problèmes les plus délicats du droit des gens, même au problème fondamental, central de cette science, celui de la naissance de la norme de droit international. Ils ne peuvent être correctement résolus qu'en partant du postulat de la primauté du droit international ». (*Journal officiel de la S.D.N.*, 1934, p. 1485).

(20) Voir A 10, p. 18.

(21) A 7, p. 19. Cf. aussi l'assimilation du droit interne au « fait » dans l'affaire des emprunts serbes, A 20/21, p. 19.

(22) Voir la définition de « fait » dans Lalande, *Dictionnaire philosophique* : « Ce qui est ou ce qui arrive, en tant qu'on le tient pour une donnée réelle de l'expérience sur laquelle la pensée peut faire fond ».

ne la distingue en rien d'une norme internationale et, faute de précision, ne fournit pas, par lui-même, la *differentia specifica*. L'identification de ces « faits » aux « manifestations de la volonté et de l'activité des Etats » n'avance pas les choses, puisqu'il est acquis que la « volonté » et l'« activité » des Etats ne sont ni des phénomènes psychologiques ni des phénomènes matériels et ne se traduisent précisément que par une activité juridique. On définit donc *idem per idem*.

La difficulté n'est résolue, au fond, que lorsqu'on se réfère à l'exposé de la doctrine dualiste fait par Anzilotti. C'est alors qu'on voit que l'intention de la Cour n'est pas de donner une définition positive du droit interne (23), mais de procéder à l'opération négative consistant à refuser à une règle de droit interne le caractère juridique, normatif, dans un autre ordre juridique, en l'occurrence dans le droit international. C'est ce principe qui est à la base d'une « séparation nette entre le droit international et le droit interne en ce qui concerne le caractère obligatoire de leurs normes respectives » (24).

C'est donc une « séparation nette » entre les deux ordres juridiques en question, avec toutes les conséquences qui en découlent, qui est le principe proclamé par la Cour comme l'une des bases mêmes de son activité juridictionnelle. Il s'agit maintenant de voir si une telle prise de position traduit une attitude nette, conséquente et — qui plus est — réalisable dans la jurisprudence de la Cour ou si, après un examen plus serré, celle-ci se révèle n'être qu'une affirmation verbale, recouvrant une réalité toute différente. Nous revenons ici à la question fondamentale que nous posions au début et qui est de savoir si une juridiction internationale est possible dans un système dualiste.

Rappelons tout d'abord un fait : la Cour, « organe du droit international », s'occupe du droit interne dans une mesure considérable. Ce fait seul donnerait à réfléchir. En effet, on peut dire sans hésitation que dans la grande majorité des affaires portées devant la Cour il y a un problème de droit interne qui se pose. Il suffit de penser au domaine réservé (25), à l'épuisement des recours in-

(23) Dont non seulement la clarté, mais aussi la nécessité pour le fonctionnement de la Cour peut être mise en doute. Voir Kopelmanas, « Du conflit entre le traité international et la loi interne », *R.D.I.L.C.*, 1937, p. 127, note 79.

(24) Anzilotti, *Cours*, p. 55.

(25) Ex. : B 4.

ternes (26), à la compétence de conclusion des traités internationaux (27), etc.

Cependant, nous limiterons notre examen aux affaires dans lesquelles les questions de droit interne figurent nettement au premier plan, plutôt qu'à celles dans lesquelles elles restent subordonnées à d'autres problèmes juridiques.

Dans ce genre d'affaires, la Cour exerce trois fonctions à l'égard du droit interne : 1) elle examine si le droit interne est conforme ou non conforme au droit international ; 2) elle examine le droit interne comme tel — en dehors de toute question de conformité au droit international — en tant que question préalable à la solution du problème de droit international soumis à sa décision ; et enfin 3) elle applique des règles de droit interne pour trancher le litige international.

C'est par une analyse de ces trois fonctions que nous essaierons de répondre à la question que nous avons formulée.

§ 1. — Examen de la conformité du droit interne avec le droit international

La terminologie employée dans ce domaine doit retenir particulièrement notre attention (28). Quelles que soient ses variations, il nous suffit ici de constater que les termes « conformité [compatibilité] du droit interne [des lois nationales] avec le droit international » sont employés par la Cour même, ainsi que par les juges dissidents (29). Le problème est donc posé par la Cour elle-même.

Mais poser la question d'une conformité — ou d'une non-conformité — du droit interne avec le droit international, c'est poser la question des *rappports systématiques* entre les deux ordres juridiques censés être complètement séparés. Admettre qu'une règle de droit interne peut être conforme — ou non conforme — au droit international, c'est admettre l'unité des deux ordres. C'est aussi admettre, dans le cadre de cette unité, la supériorité nette de l'un, auquel l'autre doit se conformer. Car, si les deux ordres étaient en effet complètement séparés l'un de l'autre, sans aucun lien

(26) Ex. : A/B 76.

(27) Ex. : Zones franches.

(28) Voir ci-dessous, pp. 272-275.

(29) Voir par ex., A 7, p. 20. *Op. diss.* Anzilotti, A/B 65, p. 63.

juridique et surtout sans aucun rapport de supériorité et de subordination, il serait parfaitement correct d'éliminer *a priori* l'idée même d'une relation de conformité, tout comme on l'élimine dans les rapports entre les différents droits étatiques. En effet, pourrait-on examiner le droit français au point de vue de sa conformité au droit suisse, ou le droit anglais au point de vue de sa conformité au droit turc ?

C'est donc à juste titre que le professeur Guggenheim observe :

« ...la doctrine dualiste n'assure pas l'indépendance complète et réciproque du droit des gens et du droit interne, car elle admet que l'ordre juridique international apprécie les normes du droit interne selon leur conformité à ses propres normes. » (30)

Or, qui dit « conformité », dit non seulement « unité », mais dit aussi « conflit » ou — tout au moins — possibilité d'un conflit. Mais, en harmonie avec leur propre doctrine, les maîtres de l'école dualiste affirment l'inexistence, plus, l'impossibilité d'un tel conflit (31).

Tirons les dernières conséquences de cette théorie, non seulement pour la doctrine, mais pour la pratique de la juridiction internationale. Que signifierait *en pratique* l'élimination de toute possibilité de conflit entre le droit international et le droit interne, donc l'élimination de toute possibilité d'un examen de leur conformité par l'instance judiciaire ?

Pour pouvoir répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner de plus près la substance même des affaires contentieuses (32). En règle générale, une affaire contentieuse, donc un litige international, aura pour point de départ un acte illicite, réel ou prétendu (33). L'acte illicite, c'est la violation par l'Etat d'une

(30) *Traité*, I, p. 23.

(31) « ...il ne peut pas y avoir de conflit entre des règles appartenant à des ordres juridiques différents et, par suite, notamment entre le droit international et le droit interne. Parler de conflit entre le droit international et le droit interne est aussi inexact que de parler de conflit entre les lois des différents Etats... » Anzilotti, *Cours*, p. 57. Cf. Triepel, *op. cit.*, pp. 23 et 252.

(32) Nous entendons par là non seulement les affaires qui se présentent sous forme contentieuse devant la Cour, mais également ceux des avis consultatifs qui, malgré leur forme procédurale, ne font que recouvrir des litiges interétatiques pendant devant un organe international autre que la Cour.

(33) Les exceptions semblent rares mais elles existent : par exemple des différends qui ont pour objet l'interprétation d'une convention, où aucun acte n'a encore été commis par aucune des Parties, mais où il s'agit d'une contestation au sujet de la marche à suivre à l'avenir. Exemples : traitement des nationaux polonais à Dantzig, stationnement des navires polonais à Dantzig. La définition bien connue du « différend » donnée par la Cour est assez large

norme obligatoire de droit international. Or, la violation du droit international par l'Etat a lieu, au moins dans la grande majorité des cas, *au moyen de son droit interne*. Comme l'a dit M. De Visscher au cours de sa plaidoirie dans l'affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig :

« Quand un Etat a assumé un engagement international qui lui impose une ligne de conduite définie, le manquement à cet engagement international peut résulter d'une activité quelconque, quand bien même cette activité, considérée du point de vue du droit interne, serait une activité simplement constitutionnelle, législative, administrative ou judiciaire. » (34)

L'acte illicite pourra donc consister, s'il est accompli *per-commissionem*, dans une loi, dans un acte administratif, dans une décision judiciaire de l'Etat. Accompli *per omissionem*, il consistera dans une lacune du droit interne de l'Etat par rapport à ses obligations internationales. Il relèvera donc dans les deux cas du domaine du droit interne.

Même si l'on admettait que l'Etat peut violer le droit international *autrement* qu'au moyen de son droit interne, il resterait ce fait que dans la grande majorité des affaires contentieuses c'est précisément le droit interne qui est en cause ; le problème de la violation du droit international se pose donc dans tous ces cas en tant que problème de conformité entre le droit interne et le droit international.

Mais, s'il existe une « séparation nette », complète et absolue entre les deux ordres juridiques, si — par conséquent — il n'y a aucune possibilité logique ni matérielle de conflit, si — dans le même ordre d'idées — il n'y a donc aucune possibilité d'examiner la question de la conformité d'une norme de droit interne avec une norme de droit international, il en résulte qu'il y a au moins une grande partie des différends internationaux qui, de par leur nature même, sont incapables d'être jugés par une instance internationale. Si l'on mène donc le raisonnement dualiste à ses dernières conclusions, il existe un *non possum* absolu pour le juge international, ce qui signifie la fin de tout arbitrage, de toute juridiction internationale, au moins dans sa partie la plus importante.

pour englober tous les genres de différends et non seulement ceux où un acte prétendu illicite a déjà été commis. Voir A 2, p. 11.

(34) Sér. C, 56, p. 246.

Il ne fait aucun doute que l'école dualiste n'a jamais voulu en arriver là. Aussi a-t-elle eu recours à des fictions pour sauver au moins le fonctionnement du système.

La fiction destinée à sauver aussi bien le credo dualiste que la possibilité même d'une juridiction internationale est fournie par la notion de l'*attitude*. Nous empruntons sa formulation à Anzilotti :

« ...l'activité législative est aussi un objet susceptible d'être apprécié suivant les critères du droit international ; non comme activité législative, mais comme attitude du sujet auquel l'appréciation se rapporte. » (35).

C'est en ce sens, « mais en ce sens seulement », poursuit Anzilotti, qu'on peut parler d'une « activité législative imposée par le droit international », d'une « activité législative permise par le droit international » et d'une « activité législative interdite par le droit international » (36).

On a beaucoup de peine à concevoir ce qu'est une « attitude » de l'Etat, surtout dans l'ordre juridique. Le terme n'a jamais reçu de définition juridique, ni même un essai de précision (37). Il y a donc lieu de se demander s'il constitue vraiment une notion nouvelle, indépendante et surtout *différente* de l'activité juridique de l'Etat, ou s'il n'est qu'une étiquette servant à cacher la réalité juridique. En d'autres termes : dans toutes les affaires contentieuses ayant pour point de départ un acte illicite (réel ou prétendu) d'un Etat, commis au moyen de son droit interne (*per commissionem* ou *per omissionem*), quel est l'objet sur lequel porte l'examen du juge international : la conformité d'une *attitude* de l'Etat avec une norme internationale — à supposer qu'une telle relation entre fait et norme soit logiquement possible (38) — ou la conformité d'une *norme* interne avec une norme internationale ?

(35) *Cours*, p. 57.

(36) *Op. cit.*, pp. 57-58. Cf. *Il diritto internazionale*, pp. 446-448.

(37) S'agit-il d'un anthropomorphisme juridique ? C'est en droit pénal qui a pour objet l'individu, qu'il est légitime de parler d'« attitude », avec toutes les nuances psychologiques que cela comporte. Y a-t-il des conditions pour transporter ces notions parfaitement applicables à la psychologie individuelle, dans le droit international ? Mais alors il faudrait aller jusqu'au bout et parler de la « colère » ou de la « douleur » de l'Etat, de son « repentir sincère » ou de son « émotion violente », de son « égoïsme » ou de sa « méchanceté ». (Tous les termes repris du Code pénal suisse). Il nous semble qu'il faut se décider : ou bien une « attitude » avec toutes les conséquences que le terme comporte, ou bien, tout simplement, l'activité juridique de l'Etat.

(38) Remarquons qu'en droit pénal il n'est pas question de « conformité » ou de « non-conformité » de l'acte incriminé de l'individu avec la norme, mais

Avant d'examiner les textes pertinents de la Cour, disons tout de suite qu'il ne s'agit pas, dans cet examen, de jouer sur les mots pour opposer un contre-verbalisme moniste au verbalisme dualiste, mais de rechercher, à travers la terminologie employée, la vérité juridique (39).

Prenons à titre d'exemple l'affaire de Chorzów, où l'Allemagne, ayant demandé à la Cour de qualifier l'application de la loi polonaise de 1920 de « mesure de liquidation au sens ... de la Convention de Genève », lui demande de dire que l'« attitude » du Gouvernement polonais n'était pas conforme à cette Convention (40). La Cour déclare qu'elle n'est pas « appelée à interpréter la loi polonaise comme telle », mais elle déclare pouvoir se prononcer sur la question de savoir « si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne » (41).

Il est donc à noter que la Cour 1) refuse de procéder à une interprétation personnelle d'une loi interne, et 2) limite son examen de conformité à l'« action » de la Pologne, cette « action » consistant en l'application de la loi. On est donc en droit de supposer qu'il n'en résultera aucune interprétation de la loi par la Cour et que l'examen de la conformité portera sur la conformité entre l'« action » (terme probablement équivalent à l'« attitude » d'Anzilotti et des conclusions allemandes) et la Convention de Genève, et non pas sur la conformité entre la loi et la Convention.

Qu'en est-il en réalité ? Immédiatement après la déclaration de principe citée plus haut, la Cour passe à l'interprétation de la première conclusion allemande et déclare :

« ...en abordant l'examen de la conclusion n° 1, il convient, en premier lieu, de rechercher si, d'une manière générale, les articles 2 et 5 de la loi du 14 juillet 1920 sont ou non compatibles avec les articles 6 à 22 de la Convention de Genève... ...si l'incompatibilité entre les deux groupes de dispositions est reconnue... ...si les articles 2 et 5 de la loi de 1920

d'une qualification de cet acte à la lumière de la norme. Le terme allemand de « Subsumption » rend encore mieux cette relation.

(39) Il en est avec les théories comme avec les actes juridiques dont Anzilotti dit à juste titre : « Ma non basta che un atto giuridico riceva una certa denominazione o assuma una certa forma per essere quel determinato atto capace di quei determinati effetti ; bisogna vedere se dell'atto in questione ricorrono i requisiti essenziali, o se, per avventura, la veste non copre un contenuto diverso ». « I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia », *Rivista di diritto internazionale*, 1912, p. 6.

(40) A 7, p. 12.

(41) A 7, p. 19.

sont, comme tels, incompatibles avec l'ensemble des articles 6 à 22 de la Convention... »

Et enfin :

« En abordant, afin de statuer sur la conclusion n° 1, la question de la conformité ou non-conformité entre les deux groupes de dispositions dont il s'agit, il convient d'examiner, d'un côté, le régime établi par le titre III de la Convention de Genève et, de l'autre, la portée et les effets des dispositions contenues dans les articles 2 et 5 de la loi polonaise du 14 juillet 1920. » (42)

Et c'est en effet ce que la Cour s'efforce de faire. Ce qu'elle compare, ce n'est pas une norme et une attitude. C'est exactement, comme elle le dit à la page 20 — mais contrairement à ce qu'elle annonce à la page 10 —, un examen de conformité, ou de non-conformité, entre « deux groupes de dispositions ». Et de même, contrairement à ce qu'elle avait annoncé, elle interprète la loi polonaise (comment pourrait-on établir une relation de conformité ou de non-conformité sans un minimum d'interprétation ?), pour arriver à cette conclusion :

« La Cour est d'avis que ... l'application des articles 2 et 5 de la loi polonaise du 14 juillet 1920 en Haute-Silésie n'est pas conforme au système établi par le titre III de la Convention de Genève. D'un côté, en effet, ces articles peuvent frapper des biens privés et les soustraire au régime de protection résultant des articles 6 à 22, pour les soumettre à des mesures plus graves défendues par la Convention. De l'autre côté, ignorant toute recherche relative à la validité du titre, ils suppriment tout examen préalable du cas individuel, alors qu'un tel examen est nécessaire pour la bonne application de la Convention. » (43)

En paroles, la Cour revient au terme d'« application » qui se confond avec celui d'« action » ou d'« attitude ». Mais elle y revient comme résultat non pas d'une analyse d'une « action » ou « attitude » non définie de la Pologne, mais comme résultat d'une interprétation du droit interne polonais. Et de plus, ayant repris le terme « application », elle conclut quand même son raisonnement en comparant les articles de la loi polonaise et ceux de la Convention de Genève.

Nous ne voulons pas multiplier les citations. Mais la lecture attentive de l'arrêt révèle que ce que la Cour examine au point de vue de la conformité au droit international, ce n'est pas une « attitude », c'est toujours, et dans les termes les plus concrets, la

(42) A 7, p. 20. C'est nous qui soulignons.

(43) A 7, p. 24.

loi interne (44). Le fait que, dans le dispositif de l'arrêt, la Cour revienne aux termes « application » et « attitude » n'y change rien.

Il suffit d'ailleurs d'examiner les documents de la procédure écrite et orale pour voir que ce qu'on y plaide, ce n'est nullement une « attitude » non définie, mais bien la loi polonaise en question. C'est cette loi concrète et bien définie qu'on analyse, qu'on examine, qu'on interprète, en vue d'affirmer — ou de contester — sa conformité au droit international.

L'« attitude » de l'affaire de Chorzów se transforme en « certaines mesures desquelles il résulte l'expulsion » des colons et une « position prise » par la Pologne dans l'affaire des colons allemands (45). Ici encore, la Cour n'examine ni une « position » ni une « mesure ». Ce qu'elle examine, c'est une loi polonaise bien concrète, au point de vue de sa conformité avec le Traité des Minorités (46). De même, les Parties s'occupent de cette loi et pas d'autre chose. C'est donc à juste titre qu'en analysant la demande d'avis du Conseil de la S.D.N., l'agent du Gouvernement polonais déclare :

« Les « mesures » dont parle le questionnaire, et dont résulte l'expulsion des colons, ne sont donc pas autre chose que les lois polonaises et, en particulier, la loi du 14 juillet 1920. » (47)

Dans l'affaire des phosphates du Maroc, ce n'est plus une « attitude » ni une « prise de position », — c'est un « accaparement » des phosphates marocains que la France, selon la requête italienne, aurait effectué contrairement à ses obligations internationales (48). Cette modification de style n'introduit rien de nouveau. Mais peut-être, du fait même qu'il est plus agressif et appartient plutôt au langage parlé que le terme, somme toute, neutre d'« attitude », il sert à illustrer d'une façon plus frappante l'impossibilité d'une construction juridique sur une base aussi a-juridique.

« Accaparement des phosphates — déclare le professeur Basdevant dans sa plaidoirie — c'est un terme qui revient incessamment dans les écritures italiennes ; mais c'est un terme général et vague, qui a besoin d'être précisé par l'indication des faits essentiels que le Gouvernement italien prétend invoquer et critiquer ...J'éprouve toujours de grandes difficultés à savoir d'une façon précise quel est l'objet du différend, quels

(44) Cf. A 7, pp. 31, 32-33.

(45) B 6, p. 7.

(46) Voir en particulier B 6, pp. 23-25.

(47) Sér. C 3 - I, p. 447.

(48) A/B 74, p. 15.

sont les faits sur lesquels le demandeur entend porter sa critique et qui doivent servir de base à ses demandes dans cette affaire. » (49)

En effet, d'après les documents de procédure italiens, l'« accaparement » se révèle être « une série d'actes illicites » constituant la prétendue « politique d'accaparement » française, « poursuivie avec la collaboration des pouvoirs législatif et exécutif et favorisée par la carence du pouvoir juridictionnel » (50). Encore une fois, il s'agit donc du droit interne français.

Dans l'affaire des écoles minoritaires en Albanie, la terminologie change encore. Ici il ne s'agit plus d'« attitude » ni de « prise de position », mais de ce qui pourrait, cette fois-ci, paraître vraiment un « simple fait », c'est-à-dire de la « suppression des écoles privées en Albanie ». Dans sa demande d'avis consultatif, le Conseil de la S.D.N. demande en effet à la Cour de dire si « la suppression des écoles privées en Albanie ... est conforme à la lettre et à l'esprit » de la Déclaration albanaise concernant les minorités (51). Mais, exprimée en termes juridiques, cette « suppression » n'est pas autre chose que la modification de la Constitution albanaise, portant fermeture des écoles privées de toutes catégories (52). Quand la Cour déclare la « suppression » non conforme aux obligations internationales de l'Albanie, ceci revient à dire qu'elle déclare non conforme à ces obligations la disposition visée de la Constitution albanaise (53).

Le compromis dans l'affaire Oscar Chinn demande à la Cour de dire si « les mesures ... dont se plaint le Gouvernement du Royaume-Uni » sont « en opposition avec les obligations internationales du Gouvernement belge vis-à-vis du Gouvernement du Royaume-Uni » (54). Quelles sont ces « mesures » que la Cour, dans son arrêt, déclare être conformes aux obligations internationales de la Belgique ? La Cour se pose elle-même cette question et répond qu'il s'agit des actes du Gouvernement belge, en d'autres termes, des actes administratifs du droit interne belge (55).

(49) Sér. C 85, pp. 997-998.

(50) Sér. C 84, pp. 45-46.

(51) A/B 64, p. 5.

(52) A/B 64, p. 13.

(53) Voir ci-dessous, p. 283.

(54) A/B 63, p. 66.

(55) A/B 63, p. 77.

Ces quelques exemples — dont on pourrait facilement étendre la liste — suffisent à montrer le caractère fictif et artificiel du terme « attitude » ou de tout autre terme de ce genre, par rapport à l'entité juridique qu'est l'Etat. « Attitude » ne veut rien dire. L'« attitude » n'est pas du tout le véritable objet de l'examen judiciaire. Ce qui fait en réalité l'objet d'un tel examen, c'est le droit interne des Etats, qui est la seule catégorie juridiquement valable, qui seul permet de poser le problème juridique et par lequel peut seule s'exprimer une « attitude » ou une « prise de position ».

Il reste à discuter une question connexe, celle de l'application de la loi interne. Tandis que l'« attitude » n'a aucune signification juridique, l'« application » en a bien une. Tandis qu'une opposition entre « attitude » et « droit interne » n'en est pas une, l'opposition entre l'application et la promulgation d'une loi est pleinement justifiée. A ce sujet il existe une opinion répandue selon laquelle la Cour ne pourrait jamais se prononcer sur la conformité au droit international d'une loi qui ne serait pas encore effectivement appliquée. S'agit-il là encore d'un effort pour priver la loi de son caractère normatif, en la réduisant à un « simple fait », donc à un fait matériel se réalisant dans le temps et dans l'espace à la suite de l'application effective de la loi ?

Contrairement à ce qu'il en était pour l'« attitude », on est ici dans le domaine juridique. Ceci admis, quelle est la vraie portée de cette argumentation ?

Tout d'abord, cette opinion n'est pas incontestée. Ainsi, parlant de la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes législatifs, le professeur Guggenheim écrit :

« Contrairement à une opinion répandue, ce n'est pas seulement au moment où il est véritablement appliqué que le droit interne peut violer le droit international. Il y a délit international du fait même de la promulgation — ou de la non-promulgation — d'une norme générale, susceptible d'être appliquée directement et causant par là même un dommage. La promulgation d'une norme contraire au droit international donne donc lieu à des sanctions... » (56)

Il est vrai qu'on ne trouve pas de confirmation de cette thèse dans la jurisprudence de la Cour. Mais il est également vrai qu'en fait la Cour n'a eu à se prononcer que dans des cas où une loi a été effectivement appliquée (57).

(56) *Op. cit.*, II, pp. 7-8.

(57) Ex. : A 7, B 6.

Pourtant, cette controverse, si intéressante soit-elle, est sans grande portée pour notre problème. Car même si l'on admettait la thèse que ce n'est que l'application de la loi qui peut faire l'objet d'un examen par la Cour, cela reviendrait seulement à dire que ce sont toujours les actes administratifs (nous laissons ici de côté la question des décisions judiciaires) et jamais les actes législatifs qui peuvent engager la responsabilité internationale de l'Etat. Cela serait en contradiction nette avec l'ensemble de la doctrine, qui affirme la responsabilité de l'Etat du fait de *tous* ses organes, législatifs aussi bien qu'administratifs et judiciaires ; mais on resterait toujours dans le domaine du droit interne, des actes juridiques de droit interne, et non dans le domaine des « simples faits ».

Notre conclusion sur ce point sera donc la suivante. La Cour examine le *droit interne* des Etats au point de vue de sa conformité avec le *droit international*, en admettant la possibilité d'un conflit entre les deux ; elle l'examine donc dans le cadre d'un seul système normatif et par suite en tant que droit et non en tant que « simple fait ». Si elle refusait de le faire, elle serait obligée de fermer ses portes à la grande majorité des affaires contentieuses. Cela ne vaut pas seulement pour la Cour. Dans un système dualiste, qui le serait vraiment et non seulement dans les mots, donc dans un système où, dans le cas d'une violation prétendue du droit international (qui, comme on l'a vu, s'effectue au moins dans la majorité des cas au moyen du droit interne) on ne pourrait pas examiner la conformité du droit interne avec le droit international, une juridiction internationale ne pourrait pas fonctionner. En réalité, c'est d'après le système moniste que la Cour remplit sa fonction en matière contentieuse, quel que soit le nom qu'elle lui donne. Elle le fait, parce qu'elle y est obligée par les réalités juridiques (58).

§ 2. — Effets de la non-conformité du droit interne avec le droit international

Avant de passer à l'examen des deux autres fonctions de la Cour à l'égard du droit interne, il semble indiqué de s'arrêter à la question des effets d'une constatation de la non-conformité du

(58) « Contrairement à son point de vue doctrinal, la C.P.J.I. s'est souvent vue en situation d'appliquer et d'interpréter le droit interne. » (Guggenheim, *op. cit.*, I, p. 23, note 1).

droit interne avec le droit international. Comment doit-on les apprécier au point de vue des rapports entre les deux ordres juridiques ?

Que se passe-t-il lorsqu'une règle de droit interne est déclarée par le juge international non conforme au droit international, en d'autres termes, quand celui-ci constate une violation, par l'État, du droit international au moyen de son droit interne ?

Les conséquences pratiques d'une telle constatation se placent surtout dans le domaine de la responsabilité internationale. Comme le dit le professeur Guggenheim :

« C'est dans le cadre de la responsabilité internationale de l'État pour une conduite contraire au droit international que ce dernier fait valoir sa supériorité sur le droit étatique ; il annule ou déclare illicites les actes contraires à ses normes et affirme donc ainsi sa primauté sur le droit interne. La doctrine dualiste ne saurait contester qu'en dernière analyse l'ordre juridique international affirme sa supériorité en annulant ou frappant de sanctions les manifestations du droit étatique qui lui sont contraires. » (59)

Cependant, nous laisserons ici de côté la question de la responsabilité internationale proprement dite, pour n'examiner les effets d'une constatation de non-conformité que dans le domaine des rapports des deux ordres juridiques.

La première conséquence d'une telle constatation, c'est l'affirmation nette par la Cour de la primauté du droit international sur le droit interne, même si le terme est soigneusement évité. Mais, encore une fois, ce n'est pas la forme verbale mais le contenu même de ce que dit la Cour qui importe. Ainsi, par exemple :

« ...une ordonnance de neutralité, acte unilatéral d'un État, ne saurait prévaloir sur les dispositions du Traité de paix. » (60)

« C'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité. » (61)

« Il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales. » (62)

On pourrait multiplier les citations. Outre ces affirmations *directes* de la primauté du droit international, il ne faut pas oublier toutes les affirmations *indirectes* qui vont dans le même sens, celles

(59) *Op. cit.*, I, pp. 23-24.

(60) A 1, p. 29.

(61) B 17, p. 32.

(62) A 24, p. 12.

qui sont implicitement contenues dans chaque constatation par la Cour de la non-conformité du droit interne avec le droit international (63).

En ce qui concerne les Parties, elles sont tout aussi catégoriques dans leurs affirmations de la primauté du droit international, avec la différence qu'elles n'hésitent pas à employer le terme même. Ainsi, par exemple :

« ...ces dispositions [du droit anglais], quelles qu'elles soient, ne sauraient l'emporter sur celles du droit international s'il y a un conflit entre le droit anglais et le droit international.

Il va de soi qu'il en serait de même pour n'importe quelle loi interne, de quelque pays que ce soit. Et c'est une vérité élémentaire que cette primauté du droit international. » (64)

« ...la primauté du droit des gens n'est plus discutée de nos jours ; elle est admise par toutes les écoles de droit international. » (65)

Il y a donc accord général quant à la supériorité du droit international sur le droit interne. Cette supériorité, qui était déjà implicite dans l'examen même de la conformité du droit interne avec le droit international, est ici affirmée *expressis verbis*. Mais comment arrive-t-on à la possibilité logique de faire la comparaison, d'assigner le rang de supériorité et d'infériorité à deux ordres juridiques qui, loin de former un seul système, n'auraient, au contraire, rien de commun ? Pour reprendre l'exemple cher à l'école dualiste, comment pourrait-on affirmer la primauté du droit grec sur le droit portugais ou du droit anglais sur le droit italien ?

La Cour pense-t-elle être ici d'accord avec l'orthodoxie dualiste qui croit pouvoir accomplir ce tour de force logique, quelles que soient les réserves dont elle entoure une telle affirmation ? (66).

(63) Sur ce point également la doctrine dualiste révèle sa « tendance fortement moniste » — voir ci-dessus, note 13 — en affirmant que le droit interne peut être contraire au droit international, mais que le droit international ne peut jamais être contraire au droit interne, — affirmation véritablement incompréhensible en dehors d'une théorie moniste avec primauté du droit international. Ainsi Triepel : « On n'a guère besoin de démontrer encore qu'en ce sens aussi aucune source de droit interne ne peut être supérieure à la source du droit international. Il n'y a pas de droit international conforme ou contraire au droit interne. ... le droit international ... n'est soumis à aucune appréciation de cette nature. ... Mais l'acte d'où naît le droit interne ... doit être apprécié, au point de vue de sa validité, d'après le droit international » (*op. cit.*, pp. 262-264). Cf. Anzilotti, *Il diritto*, pp. 444 et ss.

(64) Plaidoirie de M. Gidel, Sér. C 13 - II, pp. 54-55.

(65) Plaidoirie de M. Sauser-Hall, Sér. C 78, p. 293.

(66) « ...le droit international est supérieur à l'Etat en ce sens qu'il constitue une limite juridique de sa puissance, mais non pas dans le sens que la

Quels que soient ses motifs, le fait reste que, tout en se déclarant dualiste, elle proclame — on est presque tenté de dire : solennellement — la primauté du droit international. Et l'explication la plus simple de ce fait étonnant est qu'elle est obligée de le faire pour aller au bout de sa tâche, tout comme elle est obligée d'apprécier la conformité du droit interne au droit international pour pouvoir remplir sa fonction en matière contentieuse, qui est sa fonction primordiale.

Cette affirmation inévitable par le juge international de la primauté du droit international cadre évidemment mal avec la doctrine dualiste. Aussi s'empresse-t-on de sauver la théorie. On prétend notamment que cette primauté — ou cette « supériorité » — est limitée strictement au « domaine » du droit international, qu'elle ne produit d'effets que dans ce domaine, tandis qu'elle est dépourvue de toute effectivité dans le domaine interne. En d'autres termes, la règle de droit interne, déclarée par le juge non conforme au droit international, garderait sa validité interne ; les conséquences d'une telle non-conformité pour l'Etat n'affecteraient en rien son droit interne, mais se limiteraient au domaine de la responsabilité internationale. Ainsi la construction dualiste est apparemment sauvée, l'unité du système est rompue, la preuve est fournie d'une indépendance et d'une impénétrabilité complète des deux ordres juridiques.

Est-ce vraiment le cas ? Admettons pour le moment que l'affirmation de la validité interne d'une règle interne déclarée contraire au droit international soit toujours exacte. Serait-ce là une preuve concluante de la « séparation nette » des deux ordres juridiques ?

Sur le plan théorique l'école moniste a réfuté l'argument, en faisant appel à ce qui se passe, dans une situation analogue, dans le droit interne. Une règle interne, contraire à la Constitution, ne perd pas non plus automatiquement sa validité, du fait même de sa non-conformité à une règle hiérarchiquement supérieure. Elle n'est pas nulle *ipso jure*, elle est tout au plus annulable au moyen d'une procédure d'annulation. Mais le fait de l'existence simultanée de règles contradictoires à l'intérieur de l'Etat n'a jamais été utilisé par la doctrine pour démontrer le fait indémontrable du manque d'unité d'un seul et même droit interne. La règle de droit

puissance de l'Etat soit une délégation du droit international... » (Anzilotti, *Cours*, p. 51. Cf. Anzilotti, *Il diritto*, pp. 448, 517-518). Cf. aussi Triepel, *op. cit.*, pp. 251-269.

interne contraire à la Constitution reste, jusqu'à son annulation, tout aussi obligatoire que la règle de droit interne contraire au droit international. L'argument ne prouve donc rien en matière d'unité, ou d'absence d'unité, d'un système donné (67).

Mais l'affirmation même est-elle parfaitement exacte, au moins dans sa forme catégorique ?

Pour le soutenir, on se fonde sur une opinion quasi-générale. Il est vrai que, dans un cas où elle s'est prononcée directement sur ce point, la Cour permanente a affirmé *expressis verbis* la validité d'une règle interne contraire au droit international (68). Il est également vrai que dans un autre cas, où elle ne s'est prononcée qu'indirectement, elle a clairement laissé entrevoir qu'elle admettait comme conséquence d'une déclaration de non-conformité plutôt la responsabilité internationale que l'annulation de l'acte interne (69). Il est enfin tout aussi vrai que ce point de vue est admis par les Parties (70) et que, par conséquent, celles-ci ne plaident la nullité des règles internes contraires au droit international que dans les cas où elles peuvent invoquer une base conventionnelle claire, en d'autres termes dans les cas où un traité prévoit la nullité des règles internes qui lui seraient contraires, dérogeant ainsi à un prétendu droit international commun en la matière (71).

Cela n'épuise pourtant pas la question. En effet, en regardant de plus près, on trouve dans la jurisprudence de la Cour des exemples opposés à ceux que nous venons de citer, des cas où la Cour

(67) Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, pp. 159-169. Cf. Kelsen, *Principles of International Law*, p. 419.

(68) A/B 49, p. 336.

(69) A 7, p. 40.

(70) Ex. : « ...les tribunaux internationaux ne sont jamais entrés dans l'examen de la légitimité de la législation nationale d'un pays... S'ils ont été d'avis que cette législation était incompatible avec les règles du droit des gens, ils n'en ont pas ordonné l'abrogation ou la modification, mais se sont bornés à condamner l'Etat responsable à la réparation pécuniaire des conséquences dommageables. » (Contre-Mémoire yougoslave, Sér. C 78, p. 182).

(71) B 6, A 7, B 17. Voir en particulier la plaidoirie du professeur Kaufmann dans l'affaire du prince de Pless : « ...en vertu de cet article [art. 65 de la Convention de Genève], l'engagement incombant à la Pologne dépasse les engagements normaux d'ordre international. La Pologne s'est engagée à traiter les dispositions y visées non seulement comme simples lois, mais comme lois fondamentales avec les conséquences y rattachées. S'il s'agissait d'engagements normaux d'ordre international, l'obligation polonaise serait bornée à assurer l'exécution des engagements assumés. L'article 65 y ajoute l'obligation internationale que tout acte législatif, administratif ou autre, en un mot toute action officielle, n'a aucune validité, aussi dans l'ordre interne, si elle est contraire à ces dispositions d'ordre fondamental » (Sér. C 70, p. 291).

s'est prononcée dans un tout autre sens sur la validité d'une règle interne contraire au droit international, et cela aussi bien directement qu'indirectement.

Le premier cas s'est produit dans l'affaire du Groenland oriental. Reprenant presque textuellement le *petitum* danois, la Cour décide

« que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même Gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables. » (72)

Or, la déclaration d'occupation était un acte de droit interne norvégien, promulgué sous forme de résolution royale, étendant unilatéralement la souveraineté territoriale de la Norvège sur la partie contestée du Groenland (73). De plus, les faits constituant l'occupation norvégienne s'étaient produits avant la résolution royale (74). Par suite, loin de servir de base juridique à une occupation de fait, la résolution royale ne faisait que la confirmer *ex post*, ce qui est d'ailleurs clairement indiqué dans le texte même. Il aurait donc été d'autant plus possible pour la Cour de limiter sa décision sur l'illégalité et l'invalidité aux seules « mesures » d'occupation, sans viser la déclaration (75). Quelles que soient ses raisons d'agir, le fait reste qu'elle a directement déclaré nul un acte de droit interne contraire au droit international.

Il est à noter que, l'arrêt de la Cour ayant été rendu le 5 avril 1933, le Gouvernement norvégien révoqua par une proclamation du 7 avril 1933, donc deux jours plus tard, la résolution royale en question (76).

Il s'agit donc d'un cas très net où le jugement international a atteint directement un acte de droit interne. Ce cas est frappant bien qu'il soit, admettons-le, isolé. Mais ce seul exemple suffirait à ébranler l'idée d'une impossibilité totale pour le droit international d'atteindre directement le droit interne. Pourtant, notre examen de la question ne s'arrête pas là.

En effet, comme nous l'avons dit, il y a des cas dans lesquels la validité interne d'une règle interne contraire au droit interna-

(72) A/B 53, p. 75.

(73) *Ibid.*, p. 43.

(74) *Ibid.*, pp. 40 et 42.

(75) Il est à remarquer que, dans son opinion dissidente, le juge Anzilotti parle en effet uniquement de l'« occupation » norvégienne comme étant illégale, et non pas de la résolution royale, *ibid.*, pp. 94-95.

(76) Hudson, *World Court Reports*, III, p. 148.

tional est atteinte par un jugement international d'une manière *indirecte*. Dans ces cas la Cour, contrairement à ce qu'elle a fait dans l'affaire du Groenland oriental, ne parle même pas de la règle interne. Cependant, cette règle se trouve visée indirectement ; son sort interne devient en même temps une question de l'exécution de la sentence internationale.

Nous croyons qu'il y a lieu, même dans ces cas « indirects », de distinguer deux éventualités : a) les cas où l'exécution de la sentence est *impossible* sans une modification du droit interne visé, et b) les cas où l'exécution de la sentence est *possible* sans une telle modification mais où la règle interne se trouve en fait paralysée dans son application interne.

a) L'arrêt de la Cour dans l'affaire des zones franches décide

« Que le Gouvernement français doit reculer sa ligne de douanes conformément aux stipulations desdits traités et actes... » (77)

Or, cette ligne avait été portée à la frontière politique en vertu d'une loi française bien déterminée. Pour se conformer à la décision de la Cour, le Gouvernement français pouvait-il simplement exécuter l'opération matérielle du « recul de sa ligne de douanes », sans abroger la loi en question ? La réponse ne peut faire de doute. Pour que la sentence soit exécutée, la règle interne devra céder le pas, *dans le domaine interne*, à la règle internationale, — autrement dit, elle sera atteinte dans sa validité *interne* par le droit international qui pénètre d'une façon effective dans l'ordre juridique interne.

Dans l'affaire des écoles minoritaires en Albanie la Cour a, on s'en souvient (78), déclaré non conforme au droit international la suppression par l'Albanie des écoles privées, en d'autres termes, la modification de la Constitution albanaise. L'avis de la Cour fut émis le 6 avril 1935. Le 23 mai 1935, le Gouvernement albanais déclara son intention d'adopter des dispositions « correspondant à la situation présente ». Le 13 mai 1936, le Conseil de la S.D.N. accepta, comme conforme à la déclaration albanaise portant sur des minorités, un nouveau décret-loi albanais en la matière et déclara clos l'examen de la question (79).

(77) A/B 46, p. 172.

(78) Voir ci-dessus, p. 275.

(79) Hudson, *op. cit.*, III, p. 484. — Le fait qu'il s'agit ici d'un avis consultatif et non d'une sentence dans une affaire litigieuse ne change rien au fond du problème.

Dans les deux cas cités à titre d'exemple, il n'y avait aucune possibilité pour les Etats en cause de se conformer à la décision de la Cour sans une modification de leur droit interne. La règle de droit interne qui était à l'origine de la violation par ces Etats du droit international devait disparaître sur le plan interne, sinon les Etats en cause auraient commis une *seconde* violation du droit international, celle de la non-exécution d'une décision judiciaire internationale. La règle interne n'était donc nullement à l'abri du droit international, même sur le plan interne.

b) La seconde catégorie est d'ordre surtout pratique. Il s'agit ici des cas où l'exécution de la sentence qui vise indirectement une règle interne est bien possible sans modification de cette règle, mais où l'Etat va quand même la rapporter ou, au moins, en suspendre l'application, pour ne pas s'exposer à une série d'échecs devant la Cour. Ainsi, la Pologne ayant perdu l'affaire des colons et l'affaire de Chorzów du fait que la loi du 14 juillet 1920 avait été déclarée par la Cour non conforme à ses obligations internationales, ne s'est plus exposée à un troisième procès devant la Cour, ayant comme point de départ l'application de cette loi. En effet, on n'a plus entendu parler d'une telle application (80).

Nous pouvons donc résumer les résultats de notre examen comme suit. Il existe trois possibilités pour une décision judiciaire internationale d'atteindre la validité interne d'une règle de droit interne contraire au droit international :

- 1) déclaration directe par la Cour d'invalidité d'une telle règle ;
- 2) en l'absence d'une telle déclaration directe ;
 - a) nécessité juridique pour l'Etat d'annuler ou de rapporter la règle, afin de pouvoir exécuter la sentence internationale ;
 - b) nécessité pratique pour l'Etat d'annuler ou de rapporter la règle ou d'en suspendre l'application, comme conséquence des décisions de la Cour.

Ainsi, à la lumière de la jurisprudence même de la Cour, tombe un des arguments prétendument décisifs de la doctrine dualiste,

(80) Les matériaux nous manquent pour savoir si la loi polonaise de 1920 a été rapportée ou si c'est seulement l'application qui en a été suspendue. On voit à quel point fait défaut une étude approfondie des effets d'une sentence internationale à l'intérieur des ordres juridiques internes. Une telle étude nécessiterait une vaste enquête dans les législations nationales et devrait couvrir également les sentences arbitrales, le même problème s'étant posé quant à leur exécution. Voir p. ex. Lammasch, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit*, pp. 202 et ss.

celui de l'impénétrabilité du droit interne par le droit international, en l'occurrence celui de l'intangibilité interne de la règle interne contraire au droit international.

§ 3. — Examen par la Cour du droit interne en tant que question préalable

C'est dans l'affaire *Mavrommatis* que la Cour décrit elle-même sa fonction en cette matière, en soulignant qu'elle s'occupe de la validité des concessions *Mavrommatis*, donc, d'un point de droit interne,

« seulement comme d'une question préalable, non pas comme d'un point de droit rentrant, de par sa nature intrinsèque, dans la juridiction propre de la Cour. » (81)

Ceci — si nous comprenons bien la pensée de la Cour — est plus qu'une simple question de compétence et sert à mettre en relief encore une fois la « séparation nette » entre le droit international et le droit interne. La Cour est l'organe du droit international. Elle est censée trancher des questions de ce droit. Elle n'est pas censée trancher des questions de droit interne.

La position de départ étant celle-là, il est légitime de se demander pourquoi la Cour examine ce droit interne qui n'est pas « le sien », pourquoi elle décide de la validité d'une règle ou d'un acte de droit interne non plus par rapport au droit international, mais par rapport à ce même droit interne. Car c'est en cela que consiste l'examen par la Cour du droit interne à titre de question préalable.

La réponse est tout aussi simple que dans les cas précédents qui concernaient l'examen de la conformité du droit interne avec le droit international et la constatation de la primauté du droit international (82). La Cour le fait parce qu'elle est obligée de le faire, parce que, en s'abstenant de le faire, elle serait incapable de remplir sa fonction de base qui est de trancher un litige international qu'elle ne peut pas trancher sans une décision sur la question préalable.

C'est ainsi que la Cour affirme la validité en droit interne allemand des contrats accordés par le Gouvernement allemand aux

(81) A 5, p. 29.

(82) Voir ci-dessus, pp. 277 et ss.

colons (83) ; c'est ainsi qu'elle affirme la validité, en droit ottoman, des concessions Mavrommatis (84), la validité d'une loi ottomane d'après le droit constitutionnel ottoman (85), etc. Tout en le faisant, la Cour s'entoure de toutes les réserves, fait preuve d'une grande prudence à l'égard de la susceptibilité des États en matière de souveraineté et s'efforce d'enfermer cet examen et la décision qui en résulte dans les strictes limites de la question préalable. Cela signifie deux choses : 1) que la décision de la Cour sur la validité d'une règle interne par rapport au droit interne n'est jamais censée trancher une question *en droit interne*, elle n'est censée que servir de support logique indispensable à sa décision en matière internationale, sans préjuger quoi que ce soit sur le plan interne, et 2) que, précisément en tant que question préalable, elle est dépourvue de force de chose jugée (86).

Cela est convaincant et cadre parfaitement avec la doctrine dualiste. Mais encore une fois on doit se demander ce qu'il en est en réalité.

Arrêtons-nous un instant à l'avis consultatif concernant les décrets-lois dantziens (87). La compatibilité de certains décrets-lois dantziens avec la Constitution de la Ville libre de Dantzig, question de pur droit interne, n'était pas une question préalable à résoudre par la Cour en vue d'une autre décision qui, elle, eût relevé du droit international. Il n'existait dans l'affaire aucun différend interétatique (il s'agissait, tout au plus, comme le dit à juste titre le juge Anzilotti, d'un différend *interne* entre le Gouvernement dantziens et les partis d'opposition) (88). Il ne s'agissait pas non plus d'un « point » de droit international à décider par la Cour. La justification que donne la Cour du fait qu'elle accepte de répondre à la question posée par le Conseil de la S.D.N. invoque la garantie par la S.D.N. de la Constitution dantziens, comme constituant l'« élément international » dans l'affaire. Mais le Conseil ne demande pas à la Cour une interprétation de cette garantie ; il ne lui demande pas non plus si la garantie doit jouer dans le cas de l'espèce, ni comment elle doit s'exercer. Tout ce qu'il lui demande, c'est de constater la conformité ou la non-conformité des

(83) B 6.

(84) A 5.

(85) A/B 62.

(86) Voir l'opinion dissidente du juge Anzilotti, A 13, pp. 23-27.

(87) A/B 65.

(88) *Ibid.*, p. 64.

décrets-lois avec la Constitution et il n'est pas légitime de lire dans la demande des choses qu'elle ne contient pas (89).

Malgré cela, la Cour accepte de répondre et elle résout la question non pas comme une question préalable à une autre, mais comme une question principale, puisqu'il n'y en a pas d'autre. Elle le fait en se livrant à un examen très poussé, très détaillé du droit interne dantzikois, et ceci sans aucun rapport avec une question quelconque du droit international (90).

On pourrait, avec un certain effort d'imagination, construire cet examen malgré tout comme l'examen d'une question préalable à la vraie question de droit international qui doit, à son tour, être décidée par le Conseil de la S.D.N. lui-même. Mais il nous semble qu'il n'est pas permis de réduire l'activité autonome de la Cour à une activité subordonnée à celle d'un autre organe international et d'envisager ses décisions dans un autre cadre que celui de sa propre jurisprudence.

La décision dans l'affaire des décrets-lois dantzikois est certes la seule de ce genre. Mais elle suffit à mettre en doute le caractère absolu du principe selon lequel la Cour examinerait la validité d'une règle interne par rapport au droit interne uniquement comme question préalable, jamais comme question principale, « rentrant, de par sa nature intrinsèque, dans la juridiction propre de la Cour » (91). S'il s'agit en effet d'une exception, ce n'est pas une exception qui confirme la règle : c'est plutôt une exception qui détruit le principe.

Avec l'affaire des décrets-lois dantzikois, le droit international et le juge international « qui en est l'organe » ont effectivement pénétré bien profondément dans un ordre juridique interne. Mais il pourrait toujours être affirmé que, à tout le moins, l'avis de la Cour se limite à exprimer une opinion, sans *décider* quoi que ce soit sur le plan interne. Il en est autrement dans l'affaire de Chorzów.

On connaît les faits. En affirmant son droit à prendre possession de l'usine de Chorzów, la Pologne faisait valoir, entre autres, l'invalidité au regard du droit civil allemand, de l'acte par lequel le Reich avait vendu l'usine à l'Oberschlesische Stickstoffwerke. La Cour n'a pas partagé la manière de voir polonaise. Sur la ques-

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

(90) Cf. l'opinion dissidente du juge Anzilotti, *ibid.*, p. 61 ; cf. aussi l'exposé préliminaire de l'agent de la Ville libre, Sér. C 77, p. 175.

(91) Voir ci-dessus, p. 285.

tion de la validité de l'acte incriminé, par rapport au droit interne, elle s'est exprimée ainsi :

« La Cour a déjà constaté qu'au point de vue du droit international la transaction dont il s'agit doit, à son avis, être considérée comme effective et de bonne foi. Elle n'a trouvé dans les arguments portés à sa connaissance par la Pologne à l'appui de sa thèse susmentionnée aucune raison propre à modifier, au point de vue du droit civil, le résultat auquel elle est ainsi arrivée sur la base du droit international. Dans le cas actuel, la Cour est, en effet, d'avis que le droit de propriété de la Oberschlesische sur l'usine de Chorzów doit être considéré comme établi, son inscription dans cette capacité au registre foncier ayant été dûment effectuée. *Si la Pologne veut contester la validité de cette inscription, son annulation ne saurait, en tout cas, résulter que d'une décision rendue par la juridiction compétente...* » (92)

Comme on le sait, la Cour a déclaré dans le dispositif de l'arrêt que « l'attitude du Gouvernement polonais vis-à-vis des sociétés anonymes Oberschlesische Stickstoffwerke et Bayerische Stickstoffwerke n'était pas conforme aux dispositions » de la Convention de Genève (93).

Se fondant sur cet arrêt, le Gouvernement allemand introduisit, le 8 février 1927, une nouvelle instance, en vue d'obtenir de la Pologne des indemnités pour les deux sociétés. La Pologne souleva l'exception d'incompétence. C'est dans la procédure qui suivit que N. Politis, conseil du Gouvernement polonais, a, pour la première fois, fait entrevoir l'interprétation que ce dernier était sur le point de donner à la dernière phrase du passage de l'arrêt de la Cour, cité plus haut. D'après N. Politis, la question d'une indemnité due à l'Oberschlesische n'était pas encore litigieuse

« tant que la question de la validité de l'inscription de son titre de propriété, réservée par la Cour dans le passage dont j'ai donné lecture tout à l'heure, n'aura pas été réglée par les tribunaux polonais que le Gouvernement polonais est sur le point de saisir. » (94)

Cette allégation amena une réplique énergique de l'agent du Gouvernement allemand, le professeur Kaufmann. Celui-ci insista sur le fait que, dans son arrêt n° 7, la Cour avait « effectué et terminé » l'examen de la question de propriété de l'Oberschlesische et qu'aucune réserve n'avait été faite quant à la validité du contrat incriminé « au point de vue du droit civil » (95).

(92) A 7, p. 42. C'est nous qui soulignons.

(93) A 7, p. 81.

(94) Sér. C 13 - I, p. 32.

(95) Sér. C 13 - I, pp. 69-70.

Le 26 juillet 1927, la Cour rendit son arrêt, se déclarant compétente, sans s'occuper de ce début de discussion.

C'est à ce moment que les choses prirent une tournure dramatique. Le Gouvernement polonais introduisit, auprès du Tribunal régional de Katowice, une requête contre l'Oberschlesische, concluant, entre autres, à ce qu'il soit déclaré que cette dernière n'était pas devenue propriétaire des biens-fonds de Chorzów et que son inscription au registre foncier n'était pas valable. Dans les motifs invoqués à l'appui de ses conclusions, le Gouvernement polonais prétendit que, dans son arrêt n° 7, la Cour n'avait pas discuté l'invalidité en droit civil de la transaction en question et s'était retranchée derrière l'existence formelle de l'inscription.

« Mais, en même temps — poursuit la requête polonaise — la Cour a dit que, si la Pologne veut contester la validité de cette inscription, son annulation ne saurait, en tout cas, résulter que d'une décision rendue par la juridiction compétente.

...le Fisc utilise la possibilité, à lui réservée par l'arrêt de la Cour à La Haye, de contester devant le tribunal compétent la validité tant du changement de la propriété que de l'inscription. » (96)

Plutôt que d'attendre le jugement du Tribunal de Katowice, le Gouvernement allemand introduisit, le 18 octobre 1927, une requête devant la Cour, portant demande d'interprétation de ses arrêts n°s 7 et 8. La requête demandait à la Cour de dire et juger

« que la thèse que

1. dans son Arrêt n° 7, la Cour aurait réservé au Gouvernement polonais le droit d'annuler par la voie judiciaire, encore après l'arrêt susdit, l'acte du 24 décembre 1919 et l'inscription, basée sur cet acte, de l'Oberschlesische comme propriétaire aux registres fonciers ;

2. la requête introduite par le Gouvernement polonais contre l'Oberschlesische Stickstoffwerke A.-G. auprès du Tribunal civil de Kattowitz tendant à effectuer cette annulation, serait d'une importance internationale pour l'affaire relative à l'usine de Chorzów (demande en indemnité) et pendante auprès de la Cour,

ne correspond pas à une bonne interprétation des Arrêts n°s 7 et 8. » (97)

La requête allemande affirmait avec la dernière énergie que l'arrêt n° 7 de la Cour avait décidé de la validité, en droit civil, du titre de propriété de l'Oberschlesische sur l'usine de Chorzów.

Le problème est ainsi nettement posé. Il dépasse de loin la querelle purement verbale qui se rattache à la malheureuse for-

(96) Sér. C 13 - V, pp. 40-41.

(97) Sér. C 13 - V, p. 45.

mulation par la Cour du passage en question (98) et se réduit à ceci : la Cour, organe du droit international, professant une séparation nette entre le droit international et le droit interne, peut-elle *trancher* une question de droit interne ? Autrement dit : l'examen de la validité d'une règle ou d'un acte de droit interne par rapport à ce droit interne, peut-il, contrairement à la déclaration de principe de la Cour (99), dépasser le cadre étroit d'une décision préalable ? Cela entraîne une seconde question, se rapportant à la nature même de la décision préalable : une telle décision peut-elle avoir force de chose jugée tout comme la décision sur le fond du litige ? (100).

Dans le duel polono-allemand devant la Cour, c'est la Pologne qui se montra traditionaliste et orthodoxe du point de vue de la théorie dualiste. Ainsi, les Observations du Gouvernement polonais déclarent :

« ...il ne peut être douteux que, d'une part, le dispositif de l'Arrêt n° 7, déclarant qu'au point de vue des obligations internationales il y avait opposition entre l'attitude du Gouvernement polonais et la Convention de Genève, a trait à une matière toute différente de celle de la reconnaissance civile du droit de propriété de l'Oberschlesische sur l'usine de Chorzów, et que, d'autre part, *il n'est pas au pouvoir de la Cour — instance internationale — d'établir ce droit, en lui donnant l'autorité de la chose jugée.* » (101)

Les Observations polonaises rappellent que la Cour avait elle-même déclaré n'examiner « qu'en tant qu'un point incident ou préliminaire la question de l'existence éventuelle de droits au regard de la législation allemande » et poursuivent :

« Il est fréquent qu'une juridiction, dans le but de trancher le problème de droit dont elle est saisie, se voie contrainte de donner une opinion sur une question préalable et incidente qui dépasse sa propre compétence. Aucun doute que cette opinion ne saurait être considérée comme établissant les droits des Parties et ayant l'autorité de la chose jugée. On aboutirait autrement à ce résultat que toute juridiction pourrait résoudre obligatoirement, donc avec la force de la chose jugée qui s'attache à ses jugements, toute question de droit, même en dehors des limites de sa compétence.

(98) Voir ci-dessus, p. 288 ; voir aussi les explications laborieuses que la Cour est amenée à donner dans son arrêt n° 11 du passage contesté, A 13, pp. 17-19.

(99) Voir ci-dessus, p. 285.

(100) Cf. ci-dessus, p. 286.

(101) Sér. C 13 - V, p. 49. C'est nous qui soulignons.

Un tel résultat, de tout évidence, serait inconcevable. » (102)

A quoi l'exposé du Gouvernement allemand répond :

« Il est exact que la Cour n'a pas compétence pour « établir » un droit civil, comme dit le Gouvernement polonais... Mais il ne saurait être mis en doute que, pour autant qu'il est nécessaire, pour vider un conflit international, de décider d'une façon incidente un point de droit civil, la Cour est compétente pour le décider aux fins et dans le cadre du litige international dont elle est saisie et qu'elle est appelée à vider définitivement. » (103)

On voit que, tout en combattant avec toute l'énergie voulue le point de vue polonais, le Gouvernement allemand hésite quand même à s'opposer radicalement à la théorie dualiste et à dire que la Cour a effectivement tranché un point de droit interne au point de vue du droit interne. Cette réserve semble faciliter la réponse de l'agent polonais :

« Il semble que l'exposé joue ici avec le mot « décider ». Décider sur un point de droit ne veut dire rien d'autre que le trancher d'une manière obligatoire. Mais je me demande comment une juridiction internationale pourrait trancher, d'une façon obligatoire et définitive, un point de droit civil qui, comme le Gouvernement allemand le reconnaît lui-même, ne rentre pas dans sa compétence. » (104)

Cela est du dualisme classique. La Cour ne peut pas trancher un point de droit interne. Le droit international ne peut pas pénétrer dans le droit interne qui lui est fermé *ex definitione*. Tout comme une règle de droit interne est dépourvue de caractère normatif dans le droit international, la règle de droit international est dépourvue de caractère normatif dans l'ordre interne.

Le problème ainsi posé, que fait la Cour ? Ayant consacré plus de trois pages à une explication (presque embarrassée) du passage contesté de son arrêt n° 7, la Cour entre dans le vif du sujet. Le passage vaut la peine d'être reproduit en entier :

« ...la Cour a, par ledit arrêt, dit et jugé que l'attitude du Gouvernement polonais vis-à-vis de l'Oberschlesische n'était pas conforme aux dispositions de la Convention de Genève. Cette conclusion, qui est maintenant, sans conteste, passée en force de chose jugée, reposait, entre autres, d'une part, sur la constatation qu'au point de vue du droit international, le Gouvernement allemand avait bien le droit d'aliéner l'usine de Chorzów, et, d'autre part, sur la constatation qu'au point de vue du droit civil, l'Oberschlesische avait valablement acquis le droit de pro-

(102) Sér. C 13 - V, p. 50.

(103) Sér. C 13 - V, p. 59. Cf. la plaidoirie de M. Kaufmann, *ibid.*, pp. 24-25.

(104) Sér. C 13 - V, p. 32.

priété sur Pusine -- constatations qui constituent une condition absolue de la décision de la Cour. *La constatation suivant laquelle, au point de vue du droit civil, Pusine appartenait à l'Oberschlesische fait, par conséquent, partie des points que l'Arrêt n° 7 a tranchés avec force obligatoire aux termes de l'article 59 du Statut. Le contexte dans lequel se trouve le passage dont il s'agit sert précisément à établir le droit de propriété de l'Oberschlesische au point de vue du droit civil.* » (105)

La Cour répète la formulation dans le dispositif :

« La Cour ... décide et juge ... que, par ledit arrêt, la Cour a entendu reconnaître, avec force obligatoire pour les Parties au litige et dans le cas décidé, entre autres choses, le droit de propriété de la Société Oberschlesische Stickstoffwerke A.G. sur l'usine de Chorzów au point de vue du droit civil. » (106)

On ne saurait être plus net. Il ne reste aucune place pour un effort d'interprétation dualiste (107). La Cour fait exactement ce qu'elle dit : elle « établit » un droit de propriété « au point de vue du droit civil » ; elle « décide », « avec force obligatoire » une question de droit interne au point de vue de ce droit. Elle dépasse donc dans les deux sens le cadre qu'elle s'était elle-même tracé pour son examen du droit interne en tant que question préalable : elle tranche effectivement un point de droit interne et elle dote cette décision de la force de chose jugée (108). Elle affirme donc que le droit international pénètre directement dans le droit interne. (Remarquons que cette pénétration directe se fait non seulement sans la volonté de l'Etat en question, non seulement dans le silence de cet Etat, mais nettement *contre* sa volonté). Que reste-t-il alors de la théorie dualiste qui est celle de la Cour ?

On pourrait se demander pourquoi la Cour s'est départie, dans l'affaire de Chorzów, de façon aussi nette d'un des principes de base de sa propre doctrine.

Encore une fois (109), la réponse est simple : parce qu'elle y était forcée. Parce qu'il n'y avait aucun autre moyen pour elle

(105) A 13, p. 20. C'est nous qui soulignons.

(106) A 13, pp. 21-22. C'est nous qui soulignons.

(107) Rien n'est gagné pour une interprétation dualiste que de se retrancher derrière l'article 59 du Statut, avec sa réserve, reprise textuellement par la Cour dans le dispositif, « pour les Parties au litige et dans le cas décidé ». Les Parties au litige devant la Cour sont bien la Pologne et l'Allemagne, et non pas la Pologne et la Oberschlesische. Mais le droit que la Cour « établit » en droit interne est bien le droit de la Oberschlesische, sans lequel la procédure en indemnité perd sa base.

(108) Cf. ci-dessus, pp. 286-287.

(109) Cf. ci-dessus, pp. 277, 279 et 285-286.

de remplir sa fonction qui était celle de trancher un litige international.

Considérons les circonstances de fait. Dans tous les autres cas où la Cour a examiné le droit interne en tant que question préalable, il ne pouvait plus rien se passer sur le plan interne qui aurait eu trait à la question principale pendante devant la Cour. Par exemple : dans la première affaire des phares (110) la Cour examine la validité d'une loi ottomane par rapport à la Constitution de l'Empire ottoman ; le problème appartient à l'histoire ; il ne se passe plus rien, il ne peut plus rien se passer dans le domaine du droit interne qui pourrait avoir une répercussion quelconque sur le litige international pendant devant la Cour (111). Mais dans l'affaire de Chorzów, la Cour — s'étant prononcée sur un point de droit interne en tant que simple question préalable — se voit tout à coup face à un développement nouveau de ce même droit interne, développement qui, une fois admis sa validité interne, remet en question la base même de la décision internationale. Il s'agit, on le sait, d'un jugement d'un tribunal polonais. La Cour *ne peut pas*, face à ce nouveau développement, maintenir sa décision sur une question internationale qui dépendait logiquement d'une décision préalable sur un point de droit interne, sans *étendre* cette dernière bien au-delà des limites d'une question préalable, c'est-à-dire sans affirmer sa validité interne à l'encontre d'une décision judiciaire interne, et sans la doter de force de chose jugée. Admettre la validité interne d'une décision judiciaire interne, contraire à la décision préalable de la Cour, aurait signifié enlever la base même de sa décision dans le litige international (112).

La conclusion s'impose : la Cour n'a pas abandonné sa position dualiste en matière d'examen du droit interne en tant que question préalable, ni volontairement, ni par erreur. Elle l'a abandonnée parce que les réalités juridiques se sont, encore une fois,

(110) A/B 62.

(111) La situation est analogue dans l'affaire des colons ou dans l'affaire Mavrommatis.

(112) « ...la Cour, dans son Arrêt n° 8, a dit que la violation de la Convention de Genève ... ne pouvait être effacée par un jugement national qui, après coup, enlèverait la base à l'applicabilité de la Convention, base que la Cour avait admise dans son Arrêt n° 7. » A 17, p. 33. Ceci est parfaitement juste, sauf que la Cour l'a dit *non par rapport à un jugement national*, mais par rapport aux jugements éventuels du Tribunal arbitral de Haute-Silésie et du Tribunal arbitral mixte germano-polonais, dont elle examinait la compétence éventuelle, concurrente avec la sienne, et ayant exclu de cet examen précisément les tribunaux polonais, d'accord d'ailleurs avec la thèse polonaise. Voir A 9, pp. 31 et 26.

avérées plus fortes qu'une construction doctrinale. On peut ainsi juger de la valeur d'une construction qui s'écroule au contact des réalités.

Il y a lieu de croire que la Cour a eu conscience du caractère « révolutionnaire » de la décision qu'elle avait été amenée à rendre. La question étant revenue devant elle dans la procédure menant à l'arrêt n° 13 (113), elle a essayé de restreindre la portée de sa décision contenue dans l'arrêt n° 7 et confirmée par l'arrêt n° 11. Ayant rappelé qu'elle avait reconnu, avec force obligatoire, le droit de propriété de l'Oberschlesische au point de vue du droit civil (114), ayant réaffirmé la validité, au point de vue de ce droit, des transactions qui avaient été à la base de ce droit de propriété (115), la Cour a observé :

« Quel que soit l'effet de cette décision incidente sur le droit de propriété au point de vue du droit civil, il est évident que... » (116)

Cette réserve verbale ne change en rien la situation. « L'effet de cette décision incidente » sur la situation juridique interne devait fatalement être décisif. En effet, la décision judiciaire du tribunal polonais de Katowice devenait pratiquement inopérante et sans aucune suite ni valeur juridique pour le Gouvernement polonais. La Cour a, à juste titre, refusé d'admettre qu'un jugement national puisse infirmer, même indirectement, un arrêt rendu par une instance internationale (107). Mais il n'y a aucun doute que le jugement national s'est trouvé en fait infirmé par un jugement international.

L'impénétrabilité du droit interne par le droit international s'est ainsi encore une fois révélée être une fiction de la doctrine dualiste.

§ 4. — Application du droit interne par la Cour

Le fait que la Cour, organe du droit international, se voit amenée à *appliquer* le droit interne en tant que *norme* applicable à un litige *international*, norme en vertu de laquelle ce dernier est *tranché*, est sans aucun doute tout à fait extraordinaire.

(113) A 17 (Chorzów, indemnité - fond).

(114) A 17, p. 24.

(115) *Ibid.*, p. 31.

(116) *Ibid.*, p. 31. C'est nous qui soulignons.

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

Le cas ne s'est produit qu'une seule fois dans la jurisprudence de la Cour permanente. Ce cas isolé est cependant d'une telle importance qu'il mérite d'être examiné de plus près. Il s'agit de l'affaire des emprunts serbes et brésiliens (118).

La contestation soumise à la Cour concerne, aux termes mêmes de l'arrêt, « exclusivement des rapports entre l'Etat emprunteur et des personnes privées, c'est-à-dire des rapports qui par eux-mêmes sont du domaine du droit interne » (119). Ceci déjà pose un problème épineux. Car, malgré la protection diplomatique exercée en faveur des porteurs par le Gouvernement français (120), il ne s'agit ni d'un examen de conformité entre le droit interne et le droit international, ni d'un examen du droit interne à titre préalable, mais d'un différend dont « l'objet même » — toujours dans les termes de la Cour — « ne porte que sur des questions de fait et de droit interne » (121). La Cour se pose donc la question de savoir si un tel caractère du différend ne l'empêche pas de s'en occuper.

Il y a lieu de remarquer que tout le raisonnement de la Cour sur ce sujet figure dans un chapitre intitulé « La juridiction de la Cour ». Ceci est à retenir. On pourrait donc s'attendre à ce qu'il s'agisse pour la Cour d'établir sa compétence et non le droit applicable (122).

Malheureusement, c'est ici que se produit une confusion dans le raisonnement de la Cour entre deux questions d'ordre tout à

(118) A 20/21.

(119) *Ibid.*, p. 18.

(120) Protection, d'ailleurs, fort douteuse, étant donné l'anonymat des porteurs ; voir l'opinion dissidente du juge Pessôa, pp. 64-65 ; voir aussi la formulation même du compromis : « ...si les porteurs de titres de cet emprunt ont, quelle que soit leur nationalité, le droit... » etc., p. 7. C'est nous qui soulignons.

(121) *Ibid.*, p. 18.

(122) Il est vrai que la Cour a une tendance à identifier ces deux questions. Voir B 15 : « La compétence implique le pouvoir de décider quel est le droit matériel applicable en l'affaire à laquelle la compétence s'étend », p. 26. — Malgré le respect dû à la Cour, cela est inacceptable. Peut-on vraiment supposer que, par ex., un tribunal interne, ayant établi sa compétence, peut appliquer n'importe quel droit de son choix ? Ainsi, un tribunal répressif pourrait-il décider de mettre de côté le Code pénal de son pays pour en appliquer un autre ? Un tribunal civil pourrait-il mettre de côté le contrat de droit privé liant les Parties en litige, pour en appliquer un autre qui lui plairait mieux ? Poser la question, c'est la résoudre. — En ce qui concerne la Cour elle-même, une fois établie sa compétence, pourrait-elle mettre de côté son Statut, y compris l'article 38 ? Le raisonnement laborieux de la Cour précisément dans l'affaire des emprunts, tendant à concilier l'applicabilité du droit interne avec le Statut, fournit la réponse.

fait différent : 1) *objet du litige*, 2) *droit applicable*. La Cour admet que « à un point de vue général, on doit reconnaître que la fonction propre de la Cour consiste à trancher des différends ... sur la base du droit international ». « Mais — continue la Cour — il ne serait guère exact de dire que seules des questions de droit international peuvent être l'objet d'une décision de la Cour ». C'est ici que la Cour invoque l'article 36, alinéa 2 (c) du Statut, qui parle de « la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international ». Et, persistant dans sa voie traditionnelle d'assimiler le droit interne aux faits (123), la Cour déclare que ces faits dont elle doit constater la réalité « peuvent être de n'importe quelle nature ». Elle répète encore la même idée dans le paragraphe qui suit, en affirmant que, dans des conditions déterminées, « sa juridiction ne saurait fléchir ... en raison de ce que le différend porte sur une question de droit interne plutôt que sur un point de pur fait » (124).

Tout ceci n'a trait qu'à la question de la *compétence* de la Cour par rapport à l'*objet du litige* et non — quelle que soit la terminologie employée — au *droit applicable*. Or, à cet égard, même si on admettait l'assimilation du droit interne aux faits, telle qu'elle avait été proclamée par la Cour dans son arrêt n° 7 (125), la raison tirée de l'article 36, alinéa 2 (c) du Statut pour affirmer sa compétence dans le cas en question ne serait guère convaincante. Car la disposition invoquée ne se rapporte nullement à *n'importe quel fait*, mais, d'une façon très précise, uniquement au fait qui, s'il était établi, « constituerait la violation d'un engagement international ». Or, il n'y a pas eu un engagement international dans l'affaire. Par conséquent, il n'y a pas de fait qui l'aurait violé. La condition de l'article 36, alinéa 2 (c) pour l'examen d'un fait par la Cour n'est pas remplie (126).

C'est cette faute de raisonnement qui est à la source de la confusion, mentionnée ci-dessus, que fait la Cour entre l'objet du litige et le droit applicable. Car la constatation du caractère interne du litige à son origine n'entraîne pas du tout automatiquement l'applicabilité du droit interne. Si la Cour avait invoqué l'article 36, alinéa 2 (c) correctement, autrement dit, s'il y avait eu en effet une violation d'un engagement international, le droit interne ne de-

(123) Voir ci-dessus, p. 266.

(124) A 20, p. 19.

(125) Voir ci-dessus, p. 266.

(126) Cf. l'opinion dissidente du juge Pessôa, *ibid.*, p. 64.

viendrait aucunement applicable au litige ; au contraire, c'est le droit international qui serait applicable (127). Ce n'est que l'invocation erronée de la disposition citée qui entraîne le lien automatique entre l'objet du litige et le droit applicable, permettant ainsi à la Cour de passer outre à l'article 38 de son Statut, de façon unique dans sa jurisprudence (128).

La différence entre ces deux questions une fois établie, l'explication que donne la Cour de son rôle dans l'affaire devient manifestement insuffisante, même si, pour les besoins de la cause, on adoptait l'assimilation du droit interne au fait. Car cette assimilation ne sert d'explication que pour *une* des deux questions, entremêlées dans le raisonnement de la Cour : celle de sa compétence par rapport à l'objet du litige. En d'autres termes, le droit interne et les faits étant identifiés, la Cour peut aussi bien s'occuper de l'un que de l'autre. Mais cette assimilation ne sert strictement à rien pour expliquer et justifier l'*application* par la Cour du droit interne. On peut très bien concevoir qu'on examine un fait ; on ne peut pas concevoir qu'on l'applique pour la solution d'un problème juridique.

L'explication de la Cour est par trop laborieuse. Le droit interne, assimilé à un fait, ayant perdu son caractère normatif dans le domaine international, retrouve tout d'un coup précisément ce caractère normatif, redevient le *droit* que le juge international applique à la solution d'un différend interétatique, — sans que l'on nous explique cette métamorphose. Car il n'y a pas moyen d'échapper à l'évidence : on n'applique pas un fait ; on applique une norme.

Ainsi, l'application du droit interne par la Cour reste un phénomène que celle-ci n'a jamais expliqué et qu'elle n'a jamais concilié avec sa doctrine. Il est possible qu'ici également, elle ait été amenée à prendre cette position par les nécessités juridiques de l'affaire. Peut-être, comme l'ont prétendu certains juges dissidents, aurait-elle dû se déclarer incompétente (129). Cela est une autre question. Mais une fois qu'elle s'est déclarée compétente, une fois

(127) C'est ce qui se produit dans tous les cas d'une *vraie* protection diplomatique. Nonobstant la contestation entre un Etat et les particuliers qui est à leur origine, c'est toujours le droit international qu'on applique à la solution du litige devenu interétatique. Voir l'opinion dissidente du juge Novacovitch, *ibid.*, pp. 77-78.

(128) Voir sur ce point les opinions dissidentes des juges Pessôa et Novacovitch, *ibid.*, pp. 64 et 79.

(129) Voir les opinions dissidentes des juges Pessôa et Novacovitch.

qu'elle s'est inclinée devant la nécessité d'appliquer le droit interne, elle a porté le coup de grâce à sa doctrine dualiste, déjà fortement ébranlée par sa propre jurisprudence.

Conclusion

Sur tous les points examinés au cours de cette étude, nous avons rencontré une unité de système entre le droit international et le droit interne. Cette unité s'est révélée plus forte que la doctrine dualiste de la Cour et que son souci réel d'enfermer sa jurisprudence dans le cadre de cette doctrine. Nous avons vu le dualisme de la Cour fléchir chaque fois devant les réalités et les nécessités juridiques. Si, malgré son credo dualiste, la Cour a été amenée à examiner la conformité du droit interne avec le droit international, à proclamer la primauté de ce dernier, à atteindre une règle de droit interne, déclarée non conforme au droit international, dans sa validité interne, à faire pénétrer le droit international dans le droit interne avec effet prépondérant et, finalement, à appliquer le droit interne comme norme applicable au litige international, — c'est parce qu'elle y a été contrainte par les nécessités de sa fonction. Cela fournit la réponse négative à la question que nous nous sommes posée au début de cet article : la juridiction internationale est-elle possible sur la base d'une théorie dualiste ?

On nous dira que cette juridiction a tout de même fonctionné d'une manière satisfaisante sur la base de cette théorie. A cela nous répondrons que, trop souvent, la théorie s'est réduite à des mots qui ne correspondaient pas aux réalités. Et ce n'est pas le nom — « *Schall und Rauch* » — qui importe, mais précisément les réalités juridiques..

Une doctrine dualiste, effective et conséquente, est incapable d'assurer le fonctionnement adéquat de l'arbitrage et de la juridiction internationale, de même qu'elle est incapable d'assurer le développement et le progrès du droit international en général. Un tel progrès, au contraire, exige la reconnaissance et l'application du principe de l'unité des deux ordres juridiques, avec pénétration croissante du droit international dans le droit interne.

Krystyna MAREK,
Chargée de recherches
à l'Institut universitaire de Hautes Etudes Internationales,
Genève.