

DROIT PUBLIC ET DROIT PRIVÉ DANS L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

PAR

FRANÇOIS RIGAUX

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE LOUVAIN.

1. Dans sa *Théorie générale du droit*, le professeur Jean Dabin a tracé les principes d'une *division logique du droit*. Le critère du classement est la *nature* des relations assujetties à la réglementation juridique, sans toutefois que la division du droit descende jusqu'aux spécifications de l'*objet matériel* de ces relations. Elle s'arrête à la détermination de la « qualité publique ou privée, des sujets en relations », l'Etat étant choisi pour principe de la division. « C'est l'existence de l'Etat, en effet, qui donne naissance à la double série des relations *privées* et *publiques*, d'une part, des relations *internes* et *internationales*, d'autre part » (1).

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de cette division ; elle n'aboutit pas à la distinction de quatre matières fondamentales : droit privé, droit public, droit interne et droit international. En effet, la distinction entre les relations *internes* et les relations *internationales* que M. Dabin estime « plus fondamentale encore à certains égards que la précédente » (2) obéit aussi à un critère très différent : ce critère serait, quelle que soit la qualité des personnes intéressées à la relation, l'existence d'un « élément d'extranéité » qui donne précisément à cette relation son caractère « international ». Il faut, dès lors, combiner les deux classifications : à l'intérieur de l'ordre juridique étatique, *droit privé* et *droit public* constituent les deux branches du *droit*

(1) JEAN DABIN, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., 1953, n° 86.

(2) *Op. cit.*, n° 89.

interne. Et la distinction entre les relations privées et les relations publiques (ou politiques) se prolonge dans l'ordre juridique international où elle justifierait la division traditionnelle du droit international *public* (ou droit des gens) et du droit international *privé*. Ce que paraissent confirmer certains internationalistes, notamment le professeur Sibert, quand il écrit : « Malgré les points de contact, inévitables, qui existent entre ces deux branches du droit international, elles sont séparées du point de vue scientifique par la même différence qui existe entre le droit public et le droit privé de chaque Etat » (1).

2. Existe-t-il, en droit international, une *summa divisio* fondée sur le caractère *public* ou *privé* des relations juridiques assujetties à cette branche du droit ? Telle est la question que nous voudrions approfondir, en choisissant pour point de départ la distinction — traditionnelle dans l'ordre interne — entre le droit privé et le droit public.

Pour y répondre, il convient d'abord de mesurer la portée et les limites de cette distinction elle-même, ce qui fera l'objet d'une première section. La suite de cette étude sera consacrée à la *définition* du droit international (section II) et à sa *division* (section III). Ces deux problèmes sont nécessairement liés : comment diviser ce qui n'a pas été défini, mais inversement, la division (ou la description par énumération du contenu d'une matière) constitue aussi un moyen de la définir.

SECTION PREMIÈRE. — PORTÉE ET LIMITES DE LA DIVISION DROIT PUBLIC-DROIT PRIVÉ.

3. Fondée sur la qualité des personnes assujetties à la relation juridique, la division droit public-droit privé est liée à la notion des *droits subjectifs*. C'est en réalité par référence aux *sujets de droit* qu'il est permis de distinguer deux catégories fondamentales de relations : d'une part, les relations auxquelles est partie l'Etat ou l'un de ses organes et, d'autre part, les relations interindividuelles. Les juristes qui ont prétendu « exorciser » le

(1) M. SIBERT, *Traité de droit international public*, 1951, I, n° 3.

sens métaphysique qu'ils jugeaient inhérent à la notion de droit subjectif (1), ont en même temps repoussé toute *summa divisio* du droit : il est d'ailleurs symptomatique que l'école sociologique a surtout recruté parmi les publicistes et qu'elle tendait, dans une certaine mesure, à l'absorption du droit privé par le droit public.

Quoi qu'il en soit, voilà fixée une première limite de la division proposée : elle est inséparable de la notion technique de *droit subjectif*.

4. Il est assez remarquable que le droit international nous fournit une confirmation immédiate de cette interprétation. Comment, dans la conception traditionnelle, se définit le *droit des gens* (ou droit international *public*) ? Il régit « les relations entre sujets du droit international » (2). Le droit des gens se définirait donc comme l'ensemble de normes gouvernant une société délimitée par la qualité de ses membres : Etats et collectivités reconnues par le droit des gens. Cette définition ne confirme-t-elle pas que la distinction, dans l'ordre international, d'un secteur *public* et d'un secteur *privé* est liée à la qualité des personnes assujetties à la réglementation ?

Ici encore, l'école sociologique nous offre la contre-épreuve de cette affirmation : fondée sur la négation des droits subjectifs ainsi que de la personnalité des Etats et des autres collectivités, le système bien connu de Georges Scelle exclut toute distinction à l'intérieur du *droit international* lequel régit et les relations dites interétatiques et les relations privées. Les disciples du maître ont appliqué ses théories, le plus souvent au droit international privé (3), parfois à d'autres matières, par exemple au droit social international (4).

(1) Voy. JEAN DABIN, *Le droit subjectif*, 1952, p. 18 et suiv.

(2) CH. ROUSSEAU, *Droit international public*, 1953, n° 1 ; dans le même sens : M. SIBERT, *op. cit.*, 1951, I, n° 1, qui assujettit au droit des gens les Etats et autres collectivités de la société internationale ; JEAN L'HUILLIER, *Eléments de droit international public*, 1950, n° 1 ; P. GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, 1953, I, p. 8. Telle est aussi la définition retenue par M. DABIN, *Théorie générale du droit*, n° 89.

(3) Voy. notamment : CHARLES CARABIBER, *Les juridictions internationales de droit privé*, Neuchâtel-Paris, 1947, notamment p. 92. Ouvrage d'ailleurs précédé d'une très intéressante préface de G. SCELLE.

(4) Voy. notamment : L.-E. TROCLET, « Monisme juridique et droit social international », dans *Hommage à Léon Graulich*, 1957, p. 107 et suiv.

5. *Summa divisio* du droit, la distinction entre relations privées et publiques n'épuise pas les possibilités de classement. Il est permis en effet, comme l'a noté M. Dabin, de soumettre le droit à une division « plus empirique, plus pragmatique », en se fondant sur l'*objet matériel* des relations juridiques. Et d'en donner des exemples : le droit du travail, le droit rural, le droit forestier, le droit aérien (1).

Ce qui mérite davantage d'être souligné, c'est que certaines de ces matières ne peuvent être considérées comme de simples subdivisions, soit du droit privé, soit du droit public. Sans doute le droit civil ou le droit commercial seront-ils rattachés au droit privé, tandis que le droit constitutionnel, le droit administratif paraîtront de simples compartiments du droit public. On n'en peut dire autant du droit social, du droit aérien, ni, comme l'écrit M. Dabin, du droit du travail, « régissant la matière du travail dépendant, lequel ressortit d'ailleurs, dans son état actuel, au droit privé et au droit public ». Centrées autour d'un objet concret : l'utilisation de l'espace aérien, la relation du travailleur dépendant à l'égard de celui qui l'emploie, de telles matières contiennent nécessairement et des règles de droit privé et des règles de droit public. A la division logique relation privée-relation publique s'oppose une classification de modes diversifiés de relations, plus proches de la vie réelle, mais aussi plus complexes et qui résistent dès lors à toute division purement logique. Enfin, certaines branches traditionnelles : le droit pénal, le droit judiciaire, échappent de par leur nature à la division droit public-droit privé. « Bien que ces branches du droit concernent des activités de l'Etat : l'application des peines, la façon de rendre la justice..., elles ne constituent, semble-t-il, que des droits « d'accompagnement », dont le rôle est simplement de *mettre à exécution* (par la sanction de la peine, par l'intervention du juge) les règles de droit matériel, public ou privé, interne ou international, sans qu'elles régissent elles-mêmes aucun secteur déterminé de la vie sociale » (2).

(1) J. DABIN, *Théorie générale du droit*, p. 109, note 4.

(2) J. DABIN, *op. cit.*, p. 110. Sur ce caractère des « droits d'accompagnement », voy. encore, en ce qui concerne notamment le droit pénal : JEAN DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, 1935, p. 65, 66 et 80.

SECTION II. — LA DÉFINITION DU DROIT INTERNATIONAL.

6. La difficulté de *définir* le droit international résulte, à notre avis, de l'ambiguïté de ce qualificatif. En effet, les épithètes « privé » ou « public » se réfèrent à la qualité de certains sujets de droit ; les qualifications « social », « aérien », « administratif », expriment l'*objet matériel* des relations soumises à la règle de droit ; enfin, les notions « droit pénal », « droit judiciaire », « instruction criminelle » désignent certains modes d'exécution ou de « réalisation » de la norme substantielle. Le qualificatif « international » introduit une dimension nouvelle dans la réglementation juridique : lié à la multiplicité des ordres juridiques nationaux, il évoque, à propos de n'importe quelle catégorie de relation juridique, le phénomène de la *frontière*, limite territoriale de part et d'autre de laquelle se localisent les éléments principaux de la situation concrète ; il désigne aussi une catégorie de rapports juridiques inconnue du droit « interne » : la relation interétatique ; enfin, il affirme l'existence d'autres *sources de droit* que les sources formelles du droit national. Tels sont les trois aspects principaux du droit international et ils nous serviront de repères quand il s'agira d'adapter au droit international, les procédés de classement utilisés en droit interne.

7. Arrêtons-nous d'abord au dernier des trois aspects qui viennent d'être distingués : le caractère multiple, hétérogène, des *sources de droit*. Ce double caractère s'oppose à la conception *exclusive* de l'ordre juridique étatique sous la forme où elle a été défendue par l'école italienne : règles de droit des gens et règles de droit étranger ne seraient valables dans l'ordre interne que moyennant leur *réception formelle*, à l'intervention d'une source de droit étatique. Il paraît plus conforme au développement des relations internationales, et aussi plus réaliste, de reconnaître l'existence de trois catégories de sources de droit : les sources de droit étatique, les sources du droit international — dont l'article 38, § 1^{er}, du Statut de la Cour internationale de justice donne une liste qui n'est peut-être pas exhaustive — et enfin les droits étrangers.

8. Proposée — est-il besoin de l'ajouter? — du point de vue d'un ordre juridique étatique, cette distinction de trois catégories de sources de droit nous conduit à poser la question suivante : quel lien existe-t-il entre l'*objet* qui pourrait être assigné au droit international et les *sources* de ce droit? Les deux notions coïncident-elles, en manière telle que les situations qui forment l'objet du droit international ne pourraient être régies que par l'une des sources du même droit? Inversement, est-il possible que certaines matières traditionnelles du *droit interne* soient régies par une source du droit international? Dans ces différents cas, la *source* de la réglementation en vigueur exerce-t-elle une influence sur la classification des matières?

En d'autres termes, le droit international se caractérise-t-il par « l'élément d'extranéité » que révèle l'analyse de la situation juridique assujettie à la règle ou, au contraire, par l'origine de cette règle, à savoir qu'elle appartient à l'ordre juridique international? La *définition* du droit international suscite dès lors la difficulté suivante : quel critère faut-il adopter pour le définir, la qualité « internationale » des relations qui en font l'*objet* ou la nature « internationale » des *sources* auxquelles il est fait appel?

9. La spécificité des sources du droit international joue un rôle tellement prépondérant qu'il faut se demander si, pour la définition de cette matière, la notion de « source » n'est pas en voie de supplanter la détermination de l'objet matériel de la branche de droit considérée. Dans le système, assez généralement admis aujourd'hui, suivant lequel le droit international, « ordre juridique de superposition » peut exercer une fonction régulatrice sur les ordres juridiques internes (1), subsiste-t-il encore une catégorie de *relations juridiques* échappant à l'empire (au moins virtuel) du droit international? Comme l'a écrit M. Guggenheim, « Le droit des gens se réserve... de soumettre n'importe quel objet à sa propre réglementation et de le soustraire ainsi à celle du droit interne » (2). Sans doute, cette expansion du droit inter-

national est-elle à ses débuts, l'efficacité en est limitée quant aux matières réglementées, quant à sa diffusion dans l'espace (voy. *infra*, § 10) et aussi quant aux pouvoirs de contrainte qui l'accompagnent. Toutefois, quelques exemples de réglementation, par le droit international, de situations juridiques purement internes, ne suffiraient-ils pas à compromettre tout effort de définition de cette branche du droit par son objet matériel?

De tels exemples abondent. Nous en indiquerons de trois espèces. Il convient de citer d'abord toutes les conventions internationales portant loi uniforme dans les matières traditionnelles du droit interne (droit civil ou commercial, droit pénal, droit social, etc.). Le droit communautaire appartient à une seconde catégorie : tels les traités ayant institué les Communautés européennes ou l'Union économique Benelux. Ces instruments internationaux se caractérisent par « la reprise en commun de fonctions souveraines » (1) que les Etats n'étaient plus en mesure d'exercer de manière adéquate sur l'étendue de leur territoire. L'application de la règle de droit communautaire et la compétence des autorités communes ne se limitent pas aux relations qui présenteraient un élément d'extranéité mais elles s'étendent aux relations purement internes par rapport à chacun des Etats membres. Et enfin, dernier exemple : la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950. Ce traité a notamment organisé la *protection internationale des individus à l'égard de l'Etat dont ils sont ressortissants* (2). Le droit des gens réglemente ainsi une situation qui, dans la conception classique, appartient au *droit public interne*.

Entre ces trois exemples de réglementation d'une relation (dite) de droit interne par une source du droit international, il existe une remarquable analogie : l'adoption d'une norme commune par les différents Etats, parties au système d'unification, tend à éliminer, à l'intérieur de ce système, toute influence du « phéno-

nationales, Paris, 1956, p. 131 et suiv. ; JEAN BUCHMANN, *A la recherche d'un ordre international nouveau*, Louvain, 1957, p. 40.

(1) P. WIGNY, « Un nouveau chapitre du droit des gens », dans *Hommage à Léon Graulich*, Liège, 1957, p. 151.

(2) Sur cette question, voy. de plus amples développements dans l'étude déjà citée, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1960, p. 31 et 32, 41 et 42.

(1) Voy. des références dans F. RIGAUX, « Le double mouvement d'expansion et de rétraction dans l'ordre juridique international », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1960, p. 13, note 2.

(2) P. GUGGENHEIM, *op. cit.*, I, p. 27. Voy. encore : P. REUTER, *Institutions inter-*

mène de la frontière », au moins en ce qui concerne la matière réglementée. Pour ce faire, les situations qui présentent l'élément d'extranéité défini par la convention (c'est-à-dire celles dont les éléments de localisation se répartissent sur les territoires des Etats ayant adhéré au système d'unification) deviennent, par rapport à ce système, des situations purement internes et elles absorbent naturellement les situations — de beaucoup les plus nombreuses — qui ne présentent aucun élément quelconque d'extranéité. Situations purement internes et situations présentant un élément d'extranéité sont donc assujetties à la même règle de droit et celle-ci émane d'une source du droit international (le traité). Devant une telle constatation, est-il encore possible de retenir comme critère de distinction entre le droit interne et le droit international la présence éventuelle d'un élément matériel d'extranéité dans la situation elle-même?

10. Et cependant, si le critère de la source de la réglementation ne peut être négligé, il ne saurait suffire à nous permettre de distinguer le droit international du droit interne. Trois observations peuvent être faites à cet égard.

La première est bien connue : l'ordre juridique international se caractérise par ses *lacunes*. Dans de nombreux domaines, l'empire du droit international est purement virtuel, soit parce qu'aucune règle juridique n'a encore été dégagée, soit parce que les seules sources de droit effectives (et même existantes) sont des sources étatiques. Définir le droit international comme l'ensemble des matières régies par une source de droit international imposerait un inventaire sans cesse renouvelé — et combien bigarré. Bien plus, ne subordonnerait-on pas à un *fait d'existence* : l'apparition, en droit positif, d'une norme juridique commune, le contenu de la discipline elle-même?

Seconde observation : c'est la distinction, également classique, entre le droit international général et le droit international régional. L'une des sources les plus actives du droit international, le *droit conventionnel* appartient à cette seconde catégorie : la plupart des traités même multilatéraux ne lient qu'un nombre restreint d'Etats. Dès lors, si le contenu du droit international dépendait de l'existence d'une réglementation émanant des sources appro-

priées, ne faudrait-il pas renoncer à en donner une définition universellement valable?

La troisième observation nous fait aborder un phénomène inverse de celui-ci qui a été décrit ci-dessus : s'il arrive parfois que certaines situations internes sont régies par une source du droit international (*supra*, § 9), il est beaucoup plus fréquent qu'une *situation internationale* soit réglementée par l'ordre juridique étatique. L'exemple le plus caractéristique est sans doute celui du *droit international privé*, dont il est généralement admis aujourd'hui qu'il est propre à chaque Etat et, par conséquent, régi par les sources du droit interne (1). Et cependant, en raison de son objet : la *situation privée internationale*, cette matière devrait appartenir au droit international. On constate donc un divorce entre le caractère *international* de l'objet du droit international privé et l'origine *interne* de ses principales règles. Quand on veut classer cette matière, faut-il la ranger parmi les branches du droit interne ou parmi celles du droit international?

11. Définir le droit international, est-ce en déterminer l'*objet matériel*? Mais cet objet est indéterminable puisque, par définition, rien n'échappe à son empire. Allons-nous plutôt le caractériser par ses *sources*, au risque de lui offrir un vêtement informe, variable selon les temps et selon les lieux? Tel est le dilemme devant lequel nous place toute tentative de définir le droit international. La question peut provisoirement être réservée : la relation existant entre l'objet assigné à la règle de droit et la source dont elle émane ne peut être déterminée de manière uniforme dans les divers secteurs du droit international. C'est pourquoi ce problème nous paraît lié à la *division* de cette branche du droit, question à laquelle sont consacrées les pages qui vont suivre.

SECTION III. — DIVISION DU DROIT INTERNATIONAL.

12. La distinction traditionnelle entre le droit international *public* et le droit international *privé* peut être retenue comme

(1) En ce sens, notamment : J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., 1953, p. 109, note 3; P. GUGGENHEIM, *op. cit.*, I, p. 28.

summa divisio du droit international, si l'on cesse d'identifier la première de ces deux matières au droit des gens classique. En d'autres termes, il faut introduire dans le droit international public une division telle que le *droit des gens* ne constitue plus qu'une partie de cette branche du droit.

13. De quoi se compose, en effet, le droit international *public*? Il a pour objet toute relation à laquelle un Etat est partie. Toutefois, l'analogie avec le *droit public interne* est trompeuse : dans cette dernière matière, la relation se noue tantôt entre divers organes ou corps politiques du même Etat, tantôt entre cet Etat (ou l'un de ses organes) et un individu. En droit international, il existe, au contraire, deux variétés de relations du type « public » :

a) La première, la plus connue, est aussi la plus spécifique : c'est la relation interétatique (ou la relation entre collectivités du droit des gens ou encore entre un Etat et l'une de ces collectivités). Cette première série de relations forme l'objet assigné au droit des gens classique : les rapports entre sujets du droit international.

b) Sous sa seconde forme, la relation de droit international public est beaucoup plus proche du rapport de droit public interne. Rien ne l'en sépare sinon la présence d'un « élément d'extranéité » : on y rencontre notamment les rapports entre un Etat (ou l'un de ses organes) et un individu, personne physique ou morale (condition des étrangers, application du droit fiscal, du droit social, aux rapports internationaux).

14. Peuvent être également rattachés à cette branche du droit international public, tous les « droits d'accompagnement » dans lesquels se manifeste un élément d'extranéité. Tel sera le cas, notamment, pour les règles spéciales de compétence en matière répressive, quand le fait punissable a été commis hors du territoire national. Il en est de même pour les *conflits d'autorités et de juridiction* auxquels peuvent donner naissance les relations privées internationales. Toutes ces questions concernent l'intervention des organes étatiques : tantôt en présence de personnes étrangères, tantôt pour l'administration d'une situation privée internationale, tantôt pour la juridiction à exercer sur une telle situation, tantôt

à l'occasion de la collaboration d'autorités appartenant à divers Etats (exécution des commissions rogatoires en matière civile et répressive, extradition, exequatur des décisions judiciaires, etc.).

15. Dans sa partie « privée », le droit international se limite à la branche des *conflits de lois*. Il s'agit de *relations privées*, pareilles à celles que connaît le droit privé interne, sous cette seule réserve qu'elles présentent un élément d'extranéité.

La principale originalité du droit international privé est l'accueil qui y a été réservé à la troisième des sources de droit distinguées ci-dessus (§ 7) : le *droit étranger*. En effet, la technique du droit international privé consiste à *rattacher* certains aspects de la situation juridique internationale à la loi nationale la plus appropriée. Comme l'a indiqué M. Batiffol (1), cette coopération des divers droits nationaux ne se limite pas à une application quasi mécanique de la règle de droit privé matériel étrangère mais elle s'effectue déjà lors de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois nationale, notamment quand le juge saisi s'inspire de conceptions étrangères pour trancher des problèmes tels que ceux du renvoi ou de la qualification.

16. Trois secteurs ont été distingués dans le droit international : le *droit des gens* (§ 13, a), certaines matières de droit international public distinctes du droit des gens (§ 13, b et § 14) et le droit international privé (§ 15).

Les matières appartenant à ces trois secteurs ne sont pas soumises à un régime uniforme en ce qui concerne la *source* du droit applicable. Il existe une différence fondamentale entre, d'une part, les matières *nécessairement* régies par une source du droit international et, d'autre part, les matières dont la réglementation peut émaner des multiples ordres juridiques nationaux. La séparation qui, de ce point de vue, s'opère entre les diverses matières du droit international, a pour critère la *qualité* des personnes assujetties à la règle de droit. On peut affirmer que le droit étatique est incompétent pour réglementer les relations internationales auxquelles est partie un sujet de droit public national ou international, étranger à l'Etat législateur.

(1) *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956.

Dès lors, ayant pour objet les relations entre membres de la société internationale, le *droit des gens* ne saurait être régi par une source de droit national : la nature même des relations fait obstacle à ce qu'une de ces collectivités de droit public prétende unilatéralement régir des relations auxquelles, par hypothèse, sont parties d'autres collectivités jouissant de compétences semblables.

Dans le second secteur du droit international on rencontre certaines applications du même principe : partout où les « droits d'accompagnement » exigent la collaboration des autorités respectives de plusieurs Etats, celle-ci ne peut résulter que d'une norme *internationale*, qu'elle soit coutumière ou conventionnelle. Quant aux relations qui se forment entre un individu et un Etat, elles ne peuvent, à défaut de norme internationale, être réglementées que par la loi nationale de *cet* Etat.

Dans ces limites, les matières du droit international public autres que le droit des gens peuvent être régies par une source de *droit interne*. Il en est de même, sans restriction cette fois, pour la matière des conflits de lois (troisième secteur du droit international). Dans les deux derniers secteurs, il est donc possible que les éléments *internationaux* de la situation assujettie à la règle de droit contrastent avec le caractère *national* de la règle elle-même.

17. Rigoureusement exacte quand elle tend à éliminer du *droit des gens* toute source de droit nationale, la distinction entre les deux ordres juridiques cesse d'être absolue dès qu'on l'applique aux matières qu'ils régissent concurremment. La suprématie qui appartient en principe à l'ordre juridique international donne à la compétence exercée par les divers Etats un caractère *subordonné*. Certains diront que cette compétence leur a été déléguée par le droit des gens, d'autres — plus proches des réalités historiques — que la fonction législative assumée par les Etats supplée la carence ou l'inefficacité des règles internationales. Dans certaines matières — pensons notamment à la condition des étrangers, à l'administration de la justice —, la supériorité de l'ordre juridique international s'exprime dans les faits : la coutume internationale prescrit aux Etats des directives générales dont

il est rare qu'ils s'écartent délibérément. Elle stipule des exceptions (privilèges et immunités) universellement respectées. Enfin, grâce à la symétrie que présentait dans les rapports mutuels de deux Etats, la relation entre chacun d'eux et les sujets de l'autre, l'idée de réciprocité a favorisé l'ébauche d'un règlement international, en multipliant la conclusion d'accords bilatéraux, puis multilatéraux (1).

18. Dans d'autres matières, — notamment en droit international privé —, la concurrence des deux ordres juridiques a donné lieu à certaines difficultés. Quelques auteurs paraissent tenir compte de l'origine de la règle considérée pour en déterminer le classement. Par exemple, suivant M. Guggenheim, « les règles du droit international privé font notamment partie du droit international public lorsqu'elles sont contenues dans des conventions internationales » (2). En revanche les règles nationales de conflit de lois appartiendraient au droit interne.

Le principe de classification ainsi posé ne paraît pas très clair : que signifie cette distinction, à l'intérieur du droit international privé, entre deux « familles » de règles dont les unes relèveraient du *droit international public*, tandis que les autres appartiendraient au *droit interne*? N'étant pas antithétiques, ces deux concepts ne peuvent être utilisés pour diviser le droit international privé.

19. Ce n'est pas à dire que la distinction faite par M. Guggenheim soit dénuée de signification. Ne vise-t-elle pas, d'une manière générale, l'efficacité dans l'ordre juridique interne, des sources du droit international? Comme aucune situation quelconque n'échappe à la compétence de l'ordre juridique international, il arrive qu'il s'assujettisse des situations juridiques purement internes : par exemple deux ou plusieurs Etats décident, par traité, d'uniformiser certaines matières du droit privé ou du droit social. La réglementation trouve sa source dans un acte du droit des gens, la *convention internationale*, et il est arbitraire d'affirmer, comme on l'a fait parfois, que, à la faveur de sa *réception* par

(1) Sur l'absence d'« étanchéité » de l'ordre juridique international et de l'ordre interne, comp. H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 133 et suiv., p. 135, note 1, p. 136, note 2.

(2) P. GUGGENHEIM, *op. cit.*, I, p. 28, note 2.

l'ordre juridique interne (par exemple à la suite de la procédure d'approbation du traité par le pouvoir législatif et de la publication officielle de ses dispositions), le traité directement applicable dans l'ordre interne (*self-executing*) est devenu une *loi nationale*. Quand le juge national applique une disposition d'un traité, il est conscient de mettre en œuvre une source du *droit des gens* (1). Et par conséquent, une telle disposition obéit, devant les tribunaux nationaux, aux règles d'interprétation du *droit des gens* (2). De même, quand le juge national contrôle la validité formelle du traité, il vérifie, suivant les critères du droit des gens, si la convention est régulièrement entrée en vigueur dans l'ordre international (3), avant même de rechercher s'il a été satisfait aux formalités d'introduction dans l'ordre juridique interne.

20. Quand la convention internationale porte loi uniforme dans une matière de droit privé, il serait donc possible d'y distinguer deux éléments : les dispositions uniformes appartiennent au droit privé (*interne*) par leur *objet matériel*, tandis que leurs éléments *formels* relèvent du droit international public (droit des gens).

Si le traité a pour objet des situations juridiques internationales (conflits de lois, conditions des étrangers) pouvant être réglementées par les sources de droit interne auxquelles a été reconnu un caractère *supplétif* (*supra*, § 17), les dispositions uniformes sont internationales et quant à leur source et quant à leur contenu. Toutefois, deux subdivisions du droit international doivent être considérées ici : la convention de conflit de lois relève du *droit des gens* (branche du droit international public) par sa source, tandis que son contenu appartient au droit international *privé*.

Tel est le sens dans lequel la distinction formulée par M. Guggenheim (*supra*, § 18) nous paraît acceptable. Mais elle ne s'applique pas seulement au droit international privé. Dans toute branche du droit, quand la réglementation émane d'une source

de droit international, il y a lieu de distinguer entre le *contenu matériel* des dispositions considérées et leurs aspects *formels*. C'est par ceux-ci que la règle peut être rattachée à l'ordre juridique international et l'application qui en sera faite par les tribunaux nationaux suscitera un problème préalable de droit des gens qui, dans l'état actuel de la société internationale, est de la compétence des juridictions et des autorités *nationales* (1).

21. L'intérêt pratique de la distinction entre le secteur *public* et le secteur *privé* du droit international n'est guère contestable.

Un premier exemple a déjà été rencontré (§§ 16 et 17) : il s'agit de l'incompétence de l'ordre juridique national pour régler une relation à laquelle est partie un autre sujet du droit des gens que l'Etat législateur.

A cette incompétence « législative » sont liées les conditions auxquelles est subordonné l'exercice de la fonction *juridictionnelle* dans les relations internationales. Seule une juridiction internationale peut trancher un litige entre Etats. Quand la contestation oppose un individu à un Etat, seules les juridictions de cet Etat sont compétentes pour en connaître (2). Bien plus, les tribunaux d'un Etat déterminé sont sans compétence pour apprécier les actes de la puissance publique accomplis par des autorités étrangères. Ils pourront seulement s'opposer à ce que ces actes aient un effet sur le territoire de l'Etat au nom duquel ils administrent la justice (3).

(1) Cela n'exclut pas que la juridiction nationale appliquant (et interprétant) une convention internationale ne s'efforce d'y procéder à la lumière du *droit des gens*. Par exemple, si le sens d'une disposition est controversé, le tribunal recherchera l'intention commune des Etats contractants. Cette fonction internationale du tribunal national illustre très bien ce que Georges Scelle a appelé le « dédoublement fonctionnel ». Il n'empêche que l'interprétation uniforme des règles communes aux divers Etats qui ont adhéré au système d'unification sera plus sûrement atteinte si une juridiction supérieure également commune à ces Etats est spécialement chargée de veiller au maintien et au respect du droit communautaire. Telle est la direction dans laquelle on s'engage depuis une dizaine d'années.

(2) Sans doute, suivant une exception assez généralement admise aujourd'hui, l'Etat étranger ne peut se prévaloir de son immunité de juridiction quand le litige a pour origine un « acte de gestion » et non l'exercice de la puissance publique. Mais il s'agit d'une exception qui confirme la règle : elle suppose, en effet, que l'Etat étranger se soit dépouillé de sa qualité publique pour accomplir des actes de droit privé, et, par conséquent, plus rien ne s'oppose à l'application normale des règles de droit international privé.

(3) Il s'agit d'une distinction classique dans la matière des conflits d'autorités et de juridiction.

(1) Voy. dans le même sens, pour le droit international privé, H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 136, note 2, citant J. MAURY.

(2) Voy. par exemple : cass., 19 mars 1842, *Pas.*, 1842, I, 133 ; 26 juin 1846, *Pas.*, 1846, I, 432 ; 13 février 1911, *Pas.*, 1911, I, 126.

(3) Voy. cass., 19 novembre 1900, *Pas.*, 1901, I, 53.

La distinction entre le secteur public et le secteur privé du droit international peut encore être invoquée pour expliquer certaines limites auxquelles est assujéti l'exercice de la protection diplomatique. Chaque Etat a un pouvoir d'évocation lui permettant de soumettre au *droit des gens* tout litige auquel est intéressé un de ses nationaux. Cela exige que l'autre partie au litige soit l'Etat étranger contre lequel est réclamé le bénéfice de la protection diplomatique. Dès lors, une relation de droit privé ne permettra jamais, comme telle, le recours à cette institution du droit des gens. Le recours ne sera possible qu'à la faveur d'un détour : si un litige de droit privé a été tranché par un tribunal national, le plaideur étranger pourra, le cas échéant, invoquer le bénéfice de la protection diplomatique. Mais celle-ci, qui ne saurait trouver sa source dans la situation de droit privé, objet du litige, se fondera sur l'acte juridictionnel, exercice de la puissance publique, par lequel s'est établie une relation de droit public entre le plaideur et l'Etat.

CONCLUSION.

22. La distinction entre les relations *publiques* et les relations *privées* peut être jugée pour le moins aussi féconde en droit international qu'elle l'est en droit interne. Toutefois, les données propres aux relations internationales imposent d'y distinguer trois branches principales : la première, le *droit des gens*, réglemente les relations spécifiques de la société internationale, il s'agit d'un mode de relation juridique propre à cette société, avec lequel aucune relation « interne » n'offre de véritable analogie. L'importance croissante du droit des gens résulte aujourd'hui de ce que les Etats tendent à régler entre eux, au niveau de la société internationale, de nombreux problèmes auxquels autrefois ils donnaient une solution dans le cadre plus limité de l'ordre juridique interne.

Les deux autres branches du droit international présentent une nette analogie, l'une avec le *droit public*, l'autre avec le *droit privé*, suivant une division traditionnelle en droit interne. La première contient toutes les matières réglementant des relations (internationales) auxquelles sont parties un Etat ou une personne

de droit public national. On y rencontre aussi les règles adaptant aux relations internationales les « droits d'accompagnement » (droit pénal, droit judiciaire, etc.). Enfin, le droit international privé a pour objet matériel les relations privées internationales.

23. L'autre problème de classification abordé dans cette étude a jusqu'ici été laissé en suspens (*supra*, § 11) : il s'agit de la distinction entre le droit international et le droit interne, cette division opérant automatiquement *définition* de la première des deux matières.

Ici encore, la référence à un élément caractéristique de la relation juridique paraît devoir être retenue : il s'agit de ce qu'on appelle l'*élément d'extranéité*, par lequel se définit la situation assujéti au *droit international*. Sans doute aucune situation quelconque n'échappe-t-elle (au moins virtuellement) au droit international. Mais aussitôt qu'une source de droit des gens s'applique à une situation interne, elle l'internationalise en quelque sorte ou, pour le moins, elle assimile la situation interne aux situations internationales assujétiées à la même réglementation. Dès lors la notion d'*élément d'extranéité* reste le guide le plus sûr, peut-être même le seul possible pour une distinction entre le droit interne et le droit international. Si celui-ci devait un jour atteindre à l'état de plénitude formelle que d'aucuns lui prêtent déjà aujourd'hui, on assisterait à l'absorption du droit interne par le droit international. Les progrès timides accomplis sur cette voie ne nous permettent pas de renoncer dès à présent à la division traditionnelle entre le droit interne et le droit international.

* * *

L'auteur de cette étude n'a certes pas eu la prétention de souligner la rigueur et la fécondité des développements que M. Dabin a consacrés au problème de la division du droit : ses propres œuvres constituent un témoignage qui se suffit à lui-même. Que celui à qui sont dédiées ces pages, veuille n'y lire rien d'autre que la reconnaissance de ceux qui, après avoir joui de son enseignement, ont trouvé dans ses écrits la source de nouvelles réflexions.