SUR UN PONT AUX ANES : LES RAPPORTS ENTRE DROIT INTERNATIONAL ET DROITS INTERNES

par

Michel VIRALLY

Professeur à l'Institut universitaire de Hautes Etudes internationales de Genève

---

I

L'ultime recours de l'interrogateur lassé par l'universelle ignorance d'un candidat en droit international réside, bien souvent, dans une question sur les rapports de ce droit avec les droits internes. Rares sont ceux qui ne connaissent pas les mots-clés de « monisme » et de « dualisme » et ne sont pas capables d'ébaucher un parallèle entre les deux doctrines. La matière est ordinairement traitée au début du cours et des manuels. Elle se présente comme une belle querelle d'école, dans laquelle les arguments se groupent et se répondent en une heureuse harmonie, qui plaît à l'esprit et se grave aisément dans la mémoire. Le candidat qui renaît à l'espoir d'obtenir son rachat conclue habituellement en faveur de la thèse du monisme à prépondérance du droit international, à laquelle se rallie la grande majorité des auteurs contemporains et, par conséquent, selon toute vraisemblance, son propre examinateur.

La généralité de ce mouvement de pensée laisserait croire facilement que la discussion est close. L'importance donnée encore maintenant à l'exposé classique des deux thèses s'explique par l'influence exercée entre les deux guerres par le dualisme, notamment au sein de la Cour permanente de justice internationale. Elle se justifie, en outre, par des raisons pédagogiques évidentes, qui imposent de partir de bases théoriques fermes. Mais, ceci mis à part, la cause n'est-elle pas définitivement entendue ?

Un certain malaise subsiste cependant. Il se manifestera, par exemple, chez l'étudiant informé et intelligent — auquel on peut aussi poser la question évoquée plus haut, avec d'autres intentions.

Poussé dans ses derniers retranchements, obligé de faire état de ses connaissances de la pratique internationale, il laissera finalement, dans bien des cas, transparaître un scepticisme, inavoué peut-être, mais profond, à l'égard des affirmations du monisme. Une telle attitude, de la part d'un esprit déjà averti, mais non encore engagé dans une spécialisation, n'est pas indifférente. On peut légitimement se demander si la querelle du monisme et du dualisme ne porte pas sa part de responsabilité dans la désaffection de beaucoup de juristes — et d'administrateurs ou d'hommes politiques formés par le droit — à l'égard du droit international, que certains vont jusqu'à placer hors des disciplines juridiques, et dont beaucoup n'attendent plus rien.

Il faut bien l'avouer : il existe une difficulté réelle à s'en tenir à l'une ou l'autre des thèses en présence. Le dualisme a été défendu par des esprits très remarquables, comme Triepel et Anzilotti. Leur habileté dialectique a pu faire illusion. Elle a longtemps dissimulé les faiblesses logiques et les contradictions de la théorie. Elle a réussi, pendant un temps, à faire admettre les extraordinaires complications, le byzantinisme, auxquels on est contraint pour rendre compte des rapports qui s'établissent, malgré tout, entre les deux ordres juridiques prétendument séparés. L'évolution de la société internationale, en multipliant et intensifiant ces rapports de façon considérable, a jeté un jour cru sur les artifices dont le dualisme est contraint d'user. Une étude récente, appuyée sur une documentation exhaustive (1), a montré que la position dualiste était absolument intenable pour un juge international confronté aux exigences de sa fonction, même s'il prétend, verbalement, en faire profession. C'était porter le coup de grâce à une théorie dont la réfutation doctrinale a été présentée depuis longtemps de façon définitive (2).

Les mêmes reproches ne peuvent pas être adressés au monisme. Bien au contraire, ce dernier repose sur une construction logique d'une grande rigueur et d'une forte simplicité. Ce sont ces qualités qui l'ont fait adopter par la majeure partie des internationalistes contemporains, dont plusieurs ont d'ailleurs contribué avec succès à son élaboration doctrinale (3). En même temps, le souci légitime

(1) K. Marek, « Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la C.P.J.I. », *R.G.D.I.P.*, 1962, pp. 260-298. *Add.* du même auteur, le volume I du *Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la C.P.J.I. et de la C.I.J.*, publié sous la direction du professeur Guggenheim, Genève, 1962.

(2) V. par ex. : Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Rec. A.D.I.L.H.*, 1926, IV, p. 231 ss.; Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, vol. I, 8e éd., p. 39 ss. ; Guggenheim, *Traité de droit international public*, t. I, p. 21 ss.

(3) V. en particulier, outre les auteurs cités à la note précédente : G. Scelle, *Précis de droit des gens*, t. I, p. 32 ss., et M. Bourquin, « Règles générales du droit de la paix », *Rec. A.D.I.L.H.*, 1931, I, p. 143 ss.

d'établir l'ordre juridique interétatique sur des fondements solides et de favoriser son développement les amenait à affirmer le primat du droit international.

Ce n'est pas dire, cependant, que le monisme ait réussi à éliminer toutes les difficultés pratiques — ou même intellectuelles — que soulève sa confrontation avec les réalités internationales.

La thèse du monisme tient tout entière dans l'affirmation de l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique interne, imposée par des raisons de cohérence et de logique (4). Mais il subsiste une ambiguïté inquiétante. A l'intérieur même de l'unité qu'ils composent, les deux ordres juridiques se trouvent nécessairement dans un rapport de subordination l'un par rapport à l'autre. Sur le plan de la logique où il s'est placé, le monisme ne trouve pas d'arguments décisifs en faveur de l'un des deux systèmes possibles : supériorité du droit international ou supériorité du droit interne (5). Les hésitations bien connues du célèbre fondateur de la *Reine Rechslehre*, Hans Kelsen, illustrent assez ce manque de détermination de la théorie. Certes, ces doutes sont uniquement d'ordre méthodologique. L'« hypothèse » de la supériorité du droit international s'impose pour des raisons pratiques et morales à la fois. Elle est la seule qui permette au droit international de se développer de façon indépendante. Que l'hypothèse inverse reste tout aussi valable sur le plan des principes laisse, cependant, l'esprit mal satisfait et troublé.

Il en va d'autant plus ainsi que la suprématie du droit international, proclamée radicale et absolue, une fois ces doutes vaincus, se trouve souvent en butte à la contradiction. Certes, devant les instances internationales, politiques ou juridictionnelles, elle obtient assez aisément sa consécration — au moins verbalement. Les conséquences qu'on en tire n'en demeurent pas moins fort modestes. Devant les instances nationales, la situation est moins claire. Dans bien des cas, la loi de l'Etat est placée, par les tribunaux étatiques, au même niveau que les traités et la coutume internationale. Si un nombre grandissant de constitutions reconnaissent expressément la supériorité du droit international, ce n'est pas le cas de toutes celles actuellement en vigueur, et cette reconnaissance n'est pas toujours suivie d'un renversement de la jurisprudence antérieure. Or, l'efficacité du droit interne, juridiquement inférieur, l'emporte de loin sur celle du droit international, dont la supériorité risque ainsi d'apparaître purement

(4) Guggenheim, *op. cit.*, p. 24. Pour G. Scelle, cette unité est imposée par sa conception de l'unité sociologique de la société internationale et des sociétés étatiques.

(5) Si on ne veut pas faire appel à l'idée d'un troisième ordre juridique, chargé spécialement de régler les relations entre les deux premiers. Cette idée ne paraît pas pouvoir être sérieusement soutenue sans référence au droit naturel, exclue par les doctrines positivistes (dans le même sens, V. Fitzmaurice, *Rec. A.D.I.L.H.*, 1957, II, pp. 71 et 82 ss.).

nominale. Il est toujours fâcheux et inquiétant que s'établisse un fossé ou, plus encore, une contradiction entre la théorie et la pratique.

On constate, en fait, un manque de continuité tout à fait frappant entre le droit interne et le droit international, qui se développent chacun suivant sa dynamique propre. Et si ces dynamiques ne sont pas divergentes, elles sont, à tout le moins, indépendantes l'une de l'autre : elles ne suggèrent aucunement l'idée d'une unité. C'est seulement pour des raisons d'ordre historique — contingentes par conséquent — qu'elles engendrent, depuis quelques temps, une interpénétration et une collaboration de plus en plus fréquentes et étroites entre les deux ordres juridiques. Ce phénomène, d'ailleurs, fait moins progresser l'unification du droit interne et du droit international qu'il ne provoque l'apparition d'un troisième ordre juridique, mixte ou intermédiaire, malaisé à définir. La formation d'un droit européen, dans le cadre des Communautés existantes, en fournit un exemple frappant.

Devant ces difficultés, certains ont été tentés de nier purement et simplement le problème, de le réduire à une querelle doctrinale dépourvue d'incidence sur l'analyse du droit positif et dont on peut, par conséquent, faire avantageusement l'économie. C'est la position qui fut brillamment soutenue par Sir Gerald Fitzmaurice, dans un cours remarqué à l'Académie de droit international de La Haye (6). Il est douteux, cependant, que le problème puisse être réellement esquivé : il n'a pas été créé de toutes pièces pour la joie d'édifier une théorie nouvelle ou d'alimenter une controverse excitante. Le seul argument invoqué pour l'écarter réside dans l'affirmation selon laquelle n'existerait aucun domaine commun ouvert à l'application des deux droits. Il n'est pas nouveau mais constitue, au contraire, un des points d'appui classiques de la théorie dualiste, fréquemment réfuté par des adversaires monistes. C'est un fait que certaines normes juridiques internationales réclament leur application en droit interne et ne peuvent la trouver ailleurs. Un autre fait que le droit international est contraint, dans beaucoup de cas, de prendre en considération l'existence et la validité de normes étatiques (7). L'évolution actuelle des rapports internationaux et de la technique des traités démontre de la façon la plus claire qu'il n'y a plus de domaine dans lequel le droit international ne puisse pénétrer : ce qui demeure aujourd'hui encore réservé au droit interne ne l'est que provisoirement (8).

(6) *Rec. A.D.I.L.H.*, 1957, II, p. 5 ss., v. notamment p. 70 ss.

(7) La démonstration en a été clairement faite, à propos de la jurisprudence de la Cour Permanente de Justice internationale, malgré les conceptions doctrinales de juges influents et nombreux, dans l'étude précitée de Mlle Marek (v. *infra*, note 1).

(8) Le principe de cette extension avait déjà été admis par la Cour Permanente de Justice internationale dans son célèbre avis consultatif sur les décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc (*C.P.J.I., Série B*, n° 4, p. 24).

Dès lors, nier l'existence du problème sur lequel s'affrontent monistes et dualistes revient à adopter, *de facto*, la position dualiste, sans répondre pour autant aux critiques qui ont été justement adressées à cette théorie. On ne s'est pas évadé de la controverse, comme on se l'était proposé.

Sans adopter une attitude aussi radicale, et en admettant que le problème considéré se pose effectivement, on peut encore se demander si les termes dans lesquels il a été formulé par les uns et les autres sont bien ceux qui convenaient et si une analyse plus poussée de ses données ne permettrait pas d'aboutir à des solutions plus satisfaisantes. C'est la voie que nous nous proposons d'explorer dans la suite de ces réflexions.

II

Un accord profond unit monistes et dualistes sur quelques propositions fondamentales : elles constituent le terrain commun indispensable au déploiement d'un combat doctrinal.

Les uns et les autres admettent comme une évidence que les rapports entre ordre juridique international et ordre juridique interne ou étatique sont enfermés dans les termes d'une alternative très stricte, qu'il convient de résumer encore une fois, au risque de répétitions lassantes. Ou bien l'on est en présence de deux ordres séparés, rigoureusement clos sur eux-mêmes et entre lesquels aucune sorte de rapport n'est concevable — sur le plan du droit, s'entend. C'est la thèse du dualisme. Ou bien, on se trouve en face d'un ordre juridique unique, englobant tous les autres. C'est ce que soutient le monisme. Cette seconde thèse comporte à son tour trois variantes, suivant qu'on admet comme ordre global conférant son unité à l'ensemble : l'ordre international, l'ordre étatique, ou un troisième ordre hypothétique intégrant les deux premiers. Toutes ces thèses ont eu leurs partisans. Leur variété ne doit pas faire illusion. On reste pris dans une seule alternative que définit l'opposition : « séparation — unité », avec plus d'exactitude que le couple classique, « dualisme — monisme ». Impossible de s'en échapper.

En creusant un peu plus profondément, on trouverait, à la racine, une conception de l'ordre juridique commune aux partisans des deux thèses antinomiques. Selon cette conception, l'unité des normes multiples qui composent un même ordre juridique leur est conférée par leur identité d'origine, par le fait qu'elles proviennent toutes, en dernière analyse, des mêmes sources et, par conséquent, finissent par se rattacher aux mêmes normes originaires, d'où ces sources procèdent. Le normativisme kelsénien, avec sa conception de la norme fondamentale unique (et hypothétique), représente l'expression la plus rigoureuse de cette doctrine, mais celle-ci inspire aussi, sous des

formulations différentes, la plupart des auteurs qui ont soutenu des positions personnelles dans la querelle du monisme et du dualisme (9).

Il en résulte d'importantes conséquences. En premier lieu, toutes les normes juridiques dont la validité découle, directement ou indirectement, d'une norme appartenant à un certain ordre juridique, font aussi partie de cet ordre. Inversement, toutes les normes qui ne bénéficient pas de ce rattachement lui sont étrangères et ne peuvent produire aucun effet de droit à l'intérieur de cet ordre. Elles sont, vis-à-vis de lui, dépourvues de tout caractère juridique et ne constituent donc, à son égard, que de simples faits (10). Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que leur contenu soit repris par une norme émanant d'une des sources valant pour l'ordre juridique considéré. Mais il s'agirait alors d'une mutation, faisant apparaître une norme nouvelle, sans rapport avec l'ancienne : c'est le procédé de la réception.

Les ordres juridiques sont donc rigoureusement clos, fermés sur eux-mêmes et imperméables aux normes étrangères. Ou plus exactement, ils ne peuvent s'ouvrir que par le sommet : lorsque la norme fondamentale dont ils dépendent se rattache elle-même à une norme plus haute, et appartient, par conséquent à l'ordre juridique plus élevé dont cette norme fait partie. Dans ce cas, le premier ordre juridique n'est qu'un ordre partiel, à l'intérieur d'un ordre global unique, dont la supériorité est hiérarchiquement établie : l'ordre partiel ne peut poser valablement que les normes que l'ordre supérieur l'autorise à créer, par délégation (11). Selon qu'on admettra ou non que la norme fondamentale de tout ordre étatique appartient au droit international, on sera moniste ou dualiste.

Ainsi formulée, l'alternative parait tout à fait irréelle, et exagérément dogmatique la conception de l'ordre juridique dont elle part. Nous avons exposé ailleurs les principes qui nous paraissent conférer son unité à un ordre juridique et déterminer ses rapports avec d'au-

(9) V. les auteurs cités *supra*, note 2. *Add.* : Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Rec. A.D.I.L.H.*, 1923, p. 77 ss. ; Anzilotti, *Cours de Droit international*, trad. Gidel, p. 49 ss. et surtout p. 44. La brièveté de cette étude nous contraint à simplifier l'exposé des thèses en présence et à ne pas tenir compte de toute la richesse des variantes qu'elles comportent, malgré leur intérêt. Nous n'avons pu, notamment, tenir compte de la position originale de G. Scelle, mais nous sommes inspirés surtout d'Anzilotti et de Kelsen, chefs de file incontestés des deux écoles dualiste et moniste. Notre propos n'est pas, à vrai dire, de procéder à une critique systématique de ces doctrines bien connues, qui aurait exigé plus de soin dans leur présentation. Nous souhaitons seulement synthétiser à grands traits leurs tendances essentielles, afin de situer, par rapport à elles, la conception que nous proposons. On nous pardonnera, dans ces conditions — nous l'espérons tout au moins — d'avoir eu recours à cette méthode simplifiée que nous croyons avoir utilisée sans trahir rien ni personne.

(10) « Toute norme n'a de caractère juridique que dans l'ordre dont elle fait partie » (Anzilotti, *op. cit.*, p. 55).

(11) Kelsen, *Principles of International Law*, p. 424. Anzilotti, *op. cit.*, p. 50.

tres ordres (12). Nous voudrions nous en tenir à quelques remarques inspirées par l'observation des réalités de la vie internationale contemporaine.

On ne peut qu'être frappé, tout d'abord, par le caractère spontané de la création de tout ordre étatique. L'Etat trouve en lui-même, dans l'assentiment du groupe humain qu'il intègre, le fondement de sa légitimité. Tout ordre étatique est auto-créateur et se développe à partir de sources originaires qui lui sont propres et qui n'ont besoin, pour affirmer leur validité, de se référer à aucune norme supérieure (13). C'est forcer la réalité que d'affirmer que le droit international délègue aux autorités étatiques les compétences nécessaires à la création de l'ordre interne. Le droit international intervient après coup, lorsque la collectivité étatique est déjà formée, organisée et dotée de règles juridiques internes (14). L'ordre juridique étatique se forme en dehors du droit international et sans lui.

Le droit international n'en a pas moins un rôle essentiel à jouer dans le processus de création de l'Etat : c'est précisément, de l'intégrer dans la société internationale, de lui conférer ses compétences internationales, de le faire bénéficier des droits et de le soumettre aux obligations qui trouvent leur origine dans les normes internationales. L'Etat ne peut se conférer à lui-même de telles compétences, puisqu'elles concernent d'autres Etats, indépendants de lui. Il ne peut les acquérir que grâce à la reconnaissance dont il bénéficiera de leur part. Mais, précisément, la reconnaissance est une institution du droit international. Le droit étatique peut seulement désigner les autorités qu'il charge d'exercer en son nom, ses compétences internationales, et ces autorités peuvent revendiquer la plénitude des avantages juridiques que le droit international confère à l'Etat, en demandant à être reconnues. Leur statut international ne sera établi définitivement

(12) *La pensée juridique*, pp. 183 ss. et 199 ss.

(13) Dans les Etats anciens, la coutume a habituellement rempli cette fonction de source originaire (cf. M. Virally, *op. cit.*, p. 162 ss.). Dans les Etats nouveaux, c'est le pouvoir législatif établi à la suite d'élection, obéi par l'ensemble de la population et bénéficiant ainsi d'un *consensus* populaire (*ibid.*, p. 191 ss.). Il est significatif que ce mécanisme joue même pour les Etats dont l'acte de naissance officiel a été un traité, donc un acte de droit international (Viet Nam - Laos - Algérie).

(14) La doctrine dominante, en droit international, considère d'ailleurs que l'existence d'un gouvernement constitue une condition *sine qua non* de la reconnaissance d'un Etat nouveau. Or un gouvernement n'apparaît que grâce à un processus d'organisation politico-juridique. L'ordre juridique étatique précède donc la personnalité internationale, c'est-à-dire le moment où la collectivité étatique — toujours selon la doctrine dominante — devient sujet du droit international.

Tout ce qu'on peut dire est que le processus de formation de l'Etat nouveau se développe en conformité ou en violation du droit international, qu'il est licite ou illicite au regard du droit international. Mais, même dans le cas où il est licite, ce serait porter la fiction au delà des limites admissibles que d'affirmer que le droit international a conféré aux dirigeants de la nouvelle unité politique les compétences nécessaires, en droit interne, pour l'organiser. Cela devient plus irréel encore, lorsque le processus est illicite.

que par l'accueil fait à cette revendication par les gouvernements étrangers.

L'intégration de l'Etat dans la société internationale, par quoi il acquiert, avec la personnalité internationale, les droits — et les obligations — qui y sont rattachés, ne modifie en rien les fondements du droit interne, dont la formation n'a pas seulement précédé cette intégration par accident, par un processus historique, somme toute contingent même s'il est constant, mais de toute nécessité : par définition, le droit international constitue un droit au second degré, dont la fonction n'est pas de régler des rapports inter-individuels, mais d'ordonner les relations entre des sociétés politiques. Il ne peut donc apparaître qu'après que ces sociétés se soient constituées et aient engagé entre elles des rapports de fait. Dès lors, affirmer que le droit interne est délégué par le droit international, c'est-à-dire procède de ce dernier, ne représente qu'une fiction, et presque un contre-sens à l'égard de la véritable nature du droit international.

La vérité est que le droit international se borne à reconnaître l'existence du droit interne, dont il a d'ailleurs besoin pour son propre fonctionnement (15). Ce n'est pas là un cas unique et exceptionnel dans les rapports entre ordres juridiques, mais, au contraire, un exemple d'une situation qui se répète fréquemment. Il est tout à fait erroné de poser en postulat, comme l'a fait Anzilotti, que « toute norme n'a de caractère juridique que dans l'ordre dont elle fait partie » (16). Certes, la validité de toute norme est relative et l'étendue de sa validité est déterminée d'abord par l'ordre auquel elle appartient. Mais rien n'empêche qu'un autre ordre juridique reconnaisse cette situation lorsque les conséquences juridiques qui en découlent peuvent être, *de facto,* invoquées devant lui, ce qui se produit très souvent. Tout le droit international privé ou, en tout cas, la théorie des conflits de lois, s'est édifié à partir de la reconnaissance, par un droit étatique donné — c'est-à-dire par les tribunaux qui en relèvent — de l'existence d'ordres juridiques étrangers, et de la validité des normes les composant, lesquelles peuvent, dans certains cas, être appliquées par ces tribunaux. La théorie des conflits de lois nous met ainsi en présence d'ordres juridiques étrangers les uns aux autres, qui se reconnaissent mutuellement, sans se préoccuper de savoir s'ils dérivent ou non leur validité d'un même ordre supérieur commun, et tirent des conséquences pratiques de cette reconnaissance en réglant le concours (ou le conflit) de leurs normes respectives dans des cas concrets.

(15) Anzilotti lui-même l'admet sans hésitation : « ...le droit international présuppose l'Etat, c'est-à-dire le droit interne, parce que l'Etat, tout en ne s'identifiant pas avec l'ordre juridique, n'est pas concevable sans lui. Il le présuppose, dirons-nous, non pas historiquement mais logiquement, parce que les normes internationales ne sont possibles que pour autant qu'elles s'appuient sur des normes internes » (*op. cit.*, p. 51).

(16) *Op. cit.*, p. 55.

Une telle méthode est parfaitement rationnelle. Elle se fonde sur l'unité conceptuelle du droit, admise sans discussion même par les partisans les plus décidés du dualisme. L'existence d'un ordre juridique valable à l'égard d'une collectivité donnée est d'abord une question de fait, relevant d'une simple constatation. C'est seulement après cette démarche initiale qu'on peut s'interroger sur le fondement de cette validité, se demander si les normes composant cet ordre juridique méritent d'être appliquées là même où la force publique cesse de les imposer. Comme le montre l'exemple du droit international privé, une réponse affirmative peut être donnée dès lors qu'il n'existe pas de contradiction radicale entre les principes dominant l'ordre juridique examiné et ceux de l'ordre juridique dont relève le tribunal qui procède à cet examen. Nulle part n'apparaît la nécessité d'une norme juridique supérieure commune. En postuler l'existence ne semble ni rationnellement nécessaire, ni conforme à la pratique.

III

Il n'existe donc aucun obstacle intellectuel à organiser la collaboration de deux ordres juridiques rigoureusement autonomes — c'est-à-dire tirant leur validité de normes indépendantes — dès lors qu'ils se reconnaissent mutuellement comme valables chacun dans sa sphère. Ne peut-il en être ainsi entre ordre international et ordre interne ?

Une objection surgit aussitôt. Nous avons raisonné jusqu'à présent sur l'hypothèse de rapports entre ordres étatiques, qui s'établissent sur un plan horizontal, les Etats étant indépendants et égaux. Au contraire, l'ordre international a sa place au-dessus de l'ordre interne. Il ne suffit pas, dès lors, d'instaurer une coopération pratique, mais dont chacun est libre de déterminer les conditions et les limites (17). Il s'agit, ce qui est tout autre chose, d'affirmer la supériorité d'un ordre sur l'autre, avec toutes les conséquences juridiques que cela entraîne. Le droit international ne peut collaborer avec le droit interne sur un pied d'égalité. Il prévaut sur le droit interne, qui doit se conformer à ses dispositions : refuser d'admettre cette proposition serait retomber dans le dualisme. Ne se trouve-t-on pas, dès lors, dans une situation radicalement différente de celles qui ont été précédemment analysées ?

La différence est peut-être moins profonde qu'il ne paraît d'abord. Elle tient à la nature propre du droit international. On s'est beaucoup

(17) On sait que les conflits de lois sont, en réalité, réglés par chaque droit national suivant des règles qui lui sont propres. Le droit international privé n'est, en réalité, qu'une branche du droit national. Aussi les solutions adoptées d'un Etat à l'autre se contredisent-elles fréquemment. Les inconvénients de cette situation font reconnaître de plus en plus le besoin d'aboutir à une unification, par voie de traité (cf. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., nos 24 et ss.).

interrogé sur le fondement de sa supériorité. En réalité, cette supériorité est inhérente à la définition même de ce droit et s'en déduit immédiatement. Tout ordre juridique confère aux destinataires de ses normes des droits et pouvoirs juridiques qu'ils ne sauraient s'attribuer sans lui ; il leur impose des obligations, qui les lient. Par là même, tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il n'est pas. Ceci demeure vrai même s'il ne se compose que de normes coutumières ou conventionnelles, dont la création découle de l'activité de ceux-là mêmes qui leur sont soumis. Le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence. Cette idée est admise sans difficulté même par les tenants du dualisme (18). Elle en contient une autre : celle de la suprématie du droit international à l'égard du droit étatique. Soit que l'on confonde Etat et droit étatique, comme l'enseigne la *Reine Rechtslehre,* soit qu'on voit dans ce droit le produit de l'activité des organes constitutionnels, ou encore la création spontanée de la collectivité nationale, la supériorité du droit international sur l'Etat est équivalemment supériorité sur le droit étatique. Les dualistes reculent devant cette conclusion évidente uniquement parce qu'ils ne conçoivent pas de rapports possibles entre deux ordres juridiques, si l'un ne dérive pas de l'autre et n'est pas délégué par lui ; ce qui, fort justement, leur paraît, dans ce cas, contraire à la réalité (19). Comme nous l'avons vu, cela n'est nullement nécessaire. Le droit international peut, sans difficulté, reconnaître l'ordre juridique interne comme tel, tout en admettant son autonomie ou, si on préfère, l'autonomie de ses sources, qui est réelle. Cela ne l'empêche pas de le tenir, en même temps, pour un ordre inférieur, dont les normes ne sauraient, en aucun cas, prévaloir sur les siennes propres : c'est la conclusion juridique qu'impose l'observation de leurs situations respectives. On comprend aisément, dès lors, que la position dualiste soit intenable pour une Cour internationale (20). A partir du moment où un organe international est obligé, pour la solution d'une espèce concrète, de tenir compte de l'existence de normes de droit interne, il est contraint de les considérer comme des normes vraiment juridiques, c'est-à-dire comme produisant des effets de droit — car, après tout, elles ne sont pas autre chose. Mais, en même temps, il ne peut les concevoir autrement qu'inférieures au droit international qu'il est chargé d'appliquer, et soumises, par conséquent, aux prescriptions impératives de ce dernier, impuissantes à produire valablement des effets qui les contrediraient.

Il est donc tout à fait inutile, pour fonder la supériorité du droit international, de faire appel à la fiction d'une délégation, dont le

(18) Anzilotti, *op. cit.*, pp. 43, 44 et 51.
(19) *Ibid.*, p. 51 ss.
(20) En fait, si on admet qu'ordre international et ordre interne peuvent entretenir des rapports juridiques autrement que sur la base d'une délégation du premier au second, toute l'argumentation dualiste s'effondre, par manque de base.

caractère irréel est trop apparent pour ne pas faire douter d'une suprématie ainsi établie. On ne saurait, d'autre part, assez insister sur le fait que le droit international ne peut pas se passer du droit interne. Non pas qu'il soit incapable, par nature, d'atteindre directement les individus humains, d'en faire ses destinataires autrement que par l'intermédiaire du droit interne (21). La réponse à la fameuse question : l'individu est-il sujet du droit international ? ne peut être donnée par aucune théorie établie *a priori*, mais seulement par un examen du contenu du droit international positif, mené sans idées préconçues (22). Ce qu'on peut affirmer, en revanche, sans craindre la contradiction, c'est que le droit international n'atteint directement les individus — dans l'état actuel de son développement — que de façon exceptionnelle. En règle générale, il laisse, au droit interne le soin de prendre les mesures nécessaires à son application. De même, ce n'est pas lui, mais le droit interne, qui désigne concrètement les autorités ayant qualité pour représenter l'Etat à l'extérieur et qui définit les conditions de leur concours dans l'exercice des compétences internationales de l'Etat. L'ordre juridique international est donc incomplet : il a besoin du droit interne pour fonctionner. Il ne peut se passer de collaborer avec lui et, partant, de le reconnaître, ou, plus précisément, de reconnaître son existence et sa validité au plan qui est le sien, c'est-à-dire à un plan juridiquement inférieur.

La démonstration ainsi ébauchée doit être complétée. On a pu expliquer la primauté du droit international sur le droit interne, en respectant l'autonomie (23) de l'un et de l'autre, sans les réunir artificiellement à l'intérieur d'un même ordre juridique, ce qui paraît conforme au niveau de développement actuel des sociétés humaines (24). Mais cette primauté n'est établie, en tout cas, que *dans*

(21) Sans qu'il soit nécessaire de chercher un autre exemple, le développement du droit de la fonction publique internationale dément cette prétendue incapacité.

(22) En réalité, le droit international contemporain présente, à des degrés d'ailleurs fort différents, des aspects de coordination et d'intégration des ordres étatiques (cf. *La pensée juridique, op. cit.*, p. 210 ss.). Le fait que le droit international puisse avoir des individus comme destinataires ne lui enlève pas le caractère de « droit du deuxième degré » que nous lui avons reconnu plus haut (v. *supra*, p. 495), dans la mesure où sa fonction essentielle demeure celle de régler les rapports entre collectivités politiques indépendantes. On peut, au contraire, s'interroger sur le caractère international d'un corps de règles constitué principalement pour régler des rapports privés, même si, accessoirement, il concerne les relations interétatiques. C'est le cas du droit fédéral. C'est aussi celui du droit « européen ».

(23) Définie, de façon relative, par le caractère autonome de leurs sources, comme on l'a dit déjà, et non de façon absolue, par leur imperméabilité, comme l'enseigne le dualisme.

(24) On ne saurait évidemment exclure que la « marche à l'unité » suivie par l'humanité ne parvienne un jour à réaliser cet ordre juridique global, planétaire. De nombreux signes permettent aujourd'hui de penser qu'il ne s'agit pas d'une idée de poète, d'un objectif inaccessible, qu'on peut d'ores et déjà préparer les voies qui y conduisent. Mais nous en sommes encore assez loin et les obstacles restant à surmonter sont

l'ordre international. La méthode que nous avons suivie empêche d'en déduire la supériorité du droit international dans l'ordre interne, en raison même de l'autonomie qui lui est reconnue. N'y a-t-il pas là une contradiction ?

Il s'agirait, dans ce cas, non pas d'une contradiction logique, condamnant la méthode utilisée, mais bien d'une contradiction apparue dans les réalités juridiques, qui en connaissent bien d'autres exemples. Il est aisé, en effet, de poursuivre notre raisonnement. L'ordre interne est impuissant à répondre à tous les besoins de réglementation juridique. Il est, en particulier, incapable de se soumettre les rapports de la collectivité nationale avec des Etats étrangers, imposés par une coexistence qui résulte elle-même de l'histoire. Il rencontre donc des limites, limites de fait plus que limites de droit, d'ailleurs. Le droit interne peut tenter de se saisir de ces rapports — c'est la position soutenue par le monisme à prépondérance du droit interne. Il n'y parviendra que dans la mesure où ses prétentions seront accueillies par les autres États, que si un accord avec eux se réalise sur le contenu de certaines règles, si une coutume se forme en ce sens : bref, si des normes réellement internationales prennent naissance (25). En un mot, le processus déjà décrit se reproduit ici : l'ordre étatique doit reconnaître le droit international. Pratiquement, il y est contraint (26). Il ne peut, sans incohérence, le reconnaître autrement que comme un droit supérieur (27).

trop nombreux, variés, et redoutables, pour qu'on puisse se déclarer certain d'y parvenir jamais.

(25) On en a un exemple frappant dans un domaine où, pourtant, l'Etat dispose de moyens matériels importants pour imposer ses prétentions : celui des frontières maritimes, notamment à propos de l'étendue de la mer territoriale et du plateau continental. L'insuffisance des déclarations unilatérales et, en même temps, le rôle qui leur est imparti dans le processus de formation de règles internationales nouvelles (ou de révision des anciennes), sont clairement perceptibles. D'une façon plus générale, une loi interne réglant un objet qui, par nature, appartient aux rapports internationaux (c'est-à-dire met en cause les droits et obligations des Etats tiers), ne peut être considérée par l'ordre international que par référence avec ses propres sources. Il y verra donc une simple prétention, susceptible de prendre valeur de précédent dans le cas de formation d'une coutume, mais dépourvue de conséquences juridiques, si elle reste isolée. Sauf, bien entendu, si l'acte unilatéral de l'Etat a été pris en application d'une norme préexistante du droit international : il présente alors la valeur juridique que cette norme lui assigne (V. pour la délimitation des espaces maritimes, l'arrêt, en date du 18 décembre 1951, de la Cour Internationale de Justice, dans l'affaire des Pêcheries, *Rec.*, p. 132).

(26) V. ci-dessous, note 29.

(27) Ce qui explique que, malgré le talent de certains de ses partisans (V. par ex. : Decencière-Ferrandière, « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'Etat, *R.G.D.I.P.*, 1933, p. 644 ss.), le monisme à prépondérance du droit interne n'ait jamais réussi à expliquer de façon satisfaisante la force obligatoire du droit international. Il doit se contenter de simples verbalismes, comme la théorie de l'auto-limitation, qui confond droit et psychologie, ou de paradoxes brillants mais peu constructifs.

IV

Si les choses paraissent ainsi relativement simples au plan des principes, il n'en va plus de même à celui des conséquences à en tirer. Ce sont pourtant ces conséquences qui importent et serviront à juger l'exactitude des principes. Toutefois, avec ce changement de plan, on passe du domaine de la réflexion théorique et des définitions à celui de l'analyse des institutions existantes et de leur fonctionnement. Il en va toujours ainsi lorsqu'on se penche sur un problème d'application du droit, qui est d'abord un problème d'efficacité et soulève, par conséquent, des difficultés pratiques à prendre en considération au moment même d'engager un effort de construction intellectuelle. Cette remarque nous paraît d'une très grande importance. Elle signifie d'abord qu'on ne saurait trouver une solution unique et *a priori* aux conflits qui peuvent naître, en fait, entre les normes de droit international et les normes de droit interne. Les solutions sont multiples et évolutives. Elles dépendent non seulement des rapports de système entre les deux ordres, mais encore du degré de développement du droit international et des droits étatiques, ainsi que de leurs structures respectives. Elles varient aussi suivant que le règlement du conflit est recherché au niveau des rapports entre Etats ou à celui des voies de recours ouvertes aux simples particuliers.

Au niveau de l'ordre international, la solution sera nécessairement dictée par le principe de la supériorité du droit international. En cas de conflit véritable, c'est-à-dire d'incompatibilité d'une norme de droit interne avec une disposition impérative du droit international, la seconde doit prévaloir sur la première. Cela est aisé à affirmer, mais toute la question est de savoir comment se traduira cette prévalence. Or, l'efficacité du droit international, comme on sait, se trouve limitée par le fait que sa primauté normative n'est pas garantie par l'existence d'organes d'exécution hiérarchiquement supérieurs aux organes de l'Etat, dont l'action pourrait se faire sentir à l'intérieur de l'ordre étatique lui-même. Pour cette raison, les conséquences d'une déclaration d'incompatibilité, lorsqu'elle interviendra, seront normalement limitées à l'ordre international : mise à la charge de l'Etat, responsable d'un délit, d'obligations compensatoires (obligation de réparer, de caractère international) ou déchéance de droits (théorie des représailles). Dans la plupart des cas, l'annulation n'est pas possible, ou bien elle n'a pas d'autre portée qu'une déclaration d'inopposabilité : la mesure frappée se voyant privée de tout effet dans l'ordre international (ce qui laisse subsister la question de ses effets dans l'ordre interne) (28). Il est clair que le recours à des mesures plus éner-

(28) V. pour les exemples tirés de la jurisprudence de la C.P.J.I., K. Marek, *op. cit.*, p. 277 ss. Dans tous les cas cités, la décision de la

giques, annulation véritable ou exécution forcée, n'exige pas un renforcement de la supériorité normative du droit international, mais bien plutôt la création d'organes internationaux compétents pour prendre ces mesures (et disposant des instruments propres à assurer leur réalisation).

Cette carence institutionnelle de l'ordre international contraste avec la forte organisation du droit interne qui, non seulement trouve en lui-même les sources originaires dont il a besoin pour se développer de façon autonome, mais encore dispose des moyens nécessaires pour réduire, juridiquement et physiquement, toutes les résistances à l'application de ses normes qui pourraient surgir au sein de la société étatique. Dès lors, puisque le droit international ne peut s'imposer à l'ordre juridique interne, il lui faut, pour y déployer ses effets, bénéficier à son tour, comme nous l'avons dit plus haut, d'une reconnaissance de la part de ce dernier (29).

Toutefois, une telle reconnaissance, imposée par une nécessité de fait, ne garantit pas que l'ordre étatique, ou plutôt les divers organes par lesquels il s'exprime, auront toujours le désir et la volonté de se soumettre exactement aux obligations que le droit international leur impose. C'est le contraire qui est vrai. Ils auront tendance à ne retenir que ce qui est conforme à leurs intérêts, à contester, — de bonne ou de mauvaise foi — la portée ou la validité des normes qui les gênent ou pourront même décider, plus cyniquement, de violer le droit international, en se donnant comme loi suprême la poursuite de l'intérêt national. C'est cette attitude des Etats, malheureusement fréquente, qui donne une apparence de justification à la thèse du monisme à prépondérance du droit interne. Pourtant elle ne diffère pas sustantiellement de celle qu'on peut observer chez les sujets de n'importe quelle branche du droit interne. La norme juridique se caractérise précisément par ce qu'elle peut être violée, à la différence de la loi physique. Et ses destinataires se font rarement faute de tenter au moins de profiter de cette possibilité.

La question prend pourtant ici un aspect particulier, du fait que ceux qui peuvent vouloir s'affranchir du droit international sont ceux-là mêmes qui créent le droit interne. Elle se trouve compliquée encore

Cour n'a pas porté d'effet immédiat dans l'ordre interne. Elle a dû être suivie d'une mesure de retrait ou de révocation prise par les autorités étatiques compétentes.

(29) Ces remarques permettent de préciser et de compléter les conclusions auxquelles nous étions précédemment parvenus. Nous avons dit que l'ordre juridique interne était contraint en fait de reconnaître le droit international, nous référant à l'état actuel de développement des rapports internationaux. Mais il est clair que cette reconnaissance deviendrait inutile — ou, si on préfère, serait juridiquement imposée à l'ordre interne — si le droit international disposait d'organes propres, lui permettant d'assurer, de façon effective, son application dans l'ordre interne. C'est ce qui se passe, par exemple, pour le droit européen, créé par les organes des Communautés européennes.

par la complexité structurelle du droit interne — toujours distribué en plusieurs couches superposées — et la multiplicité des organes chargés de le créer et de l'appliquer, entre lesquels s'établissent des relations dont la nature exacte est souvent difficile à analyser.

Indépendamment du gouvernement, chargé de la politique étrangère, la reconnaissance du droit international émane normalement, des tribunaux. Ceux-ci ne peuvent, toutefois, en assurer l'application que dans les limites de leur compétence. Fréquemment, celle-ci ne leur permet ni de critiquer l'action gouvernementale, ni d'apprécier la régularité des actes de législateur. Dans ce cas, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de faire prévaloir le droit international — malgré sa supériorité — sur une décision gouvernementale ou sur une loi contraire. Il est important de souligner que ce résultat ne découle pas d'une méconnaissance de la force propre au droit international, mais d'une particularité de l'organisation étatique. En parallèle, on signalera les cas où les tribunaux tranchent un conflit entre loi et constitution en faveur de la première, malgré la supériorité de la seconde, parce qu'ils ne s'estiment pas compétents (ou n'ont effectivement pas reçu compétence) pour apprécier la constitutionnalité des lois. Cela signifie que la responsabilité ultime d'assurer la conformité de la loi à la constitution a été conférée au législateur lui-même et non aux tribunaux, en vertu d'un règlement politique, qu'on peut estimer politiquement regrettable, mais qui n'est pas juridiquement absurde. Un règlement analogue peut parfaitement intervenir en ce qui concerne la responsabilité ultime d'assurer la conformité du droit interne au droit international — attribuée soit au Parlement, soit au gouvernement, de préférence aux tribunaux, dont la responsabilité dans ce domaine est limitée, notamment en raison des incidences de l'application du droit international sur les rapports extérieurs de l'Etat et, éventuellement, sur sa sécurité.

Les partisans de la thèse dualiste ont souvent invoqué, à l'appui de leurs idées, les mesures particulières d'introduction exigées par certains ordres étatiques préalablement à l'application d'un traité en droit interne. Loin de plaider en faveur de leur cause, la diversité des solutions adoptées en droit positif montre bien qu'il s'agit là uniquement d'une répartition des compétences à l'intérieur de l'Etat, sans portée sur la force juridique du droit international. L'abandon de ces mesures d'introduction ou leur limitation à de simples formalités de publicité représente une simplification et une adaptation aux besoins croissants de la réglementation internationale. Il met en évidence aussi l'inutilité de procédures auxquelles on ne s'était souvent soumis, dans le passé, que pour satisfaire aux exigences de conceptions doctrinales, dont les erreurs et les exagérations n'ont été aperçues que progressivement, sous la pression de la pratique. Sauf quelques survivances accidentelles, dues à l'esprit de tradition, ces procédures ne se sont maintenues que là où elles conservent une signification politique

— au point de vue des rapports entre les pouvoirs constitutionnels — ce qui est le cas, par exemple, en Angleterre.

Cette évolution, provoquée par des facteurs d'ordre interne, n'a pas renforcé la suprématie normative du droit international, qui était déjà acquise. Elle l'a rendue seulement plus évidente. Aujourd'hui, dans beaucoup d'Etats, le droit international est reconnu en tant que tel par la constitution et non pas seulement par les tribunaux. Mais il a encore besoin d'être reconnu. Sa supériorité par rapport à la loi est plus fréquemment proclamée de façon explicite, au lieu d'être sous-entendue. Cela n'a pas changé grand'chose aux problèmes concrets posés par cette supériorité, lorsque l'affirmation du principe ne s'est pas accompagnée d'une autorisation aux tribunaux d'apprécier la régularité de la loi en contradiction avec un traité.

V

En conclusion de cette étude, nous voudrions souligner encore une fois que les rapports entre droit international et droits internes soulèvent deux sortes de difficultés : une question théorique et une multitude de problèmes pratiques. Ceux-ci sont suffisamment importants et difficiles pour qu'on n'en complique pas les termes et qu'on n'empêche pas l'application de solutions possibles en résolvant celle-là de façon exagérément dogmatique.

Le droit international se développe dans une société caractérisée par le pluralisme des ordres juridiques autonomes qui la composent, et qui sont seuls à disposer des moyens propres à assurer l'exécution forcée du droit. Il tient compte de cette situation en qualifiant ces ordres étatiques de souverains et en reconnaissant leur capacité à soumettre aux normes juridiques qu'ils créent eux-mêmes les rapports sociaux qui s'établissent en leur sein. En même temps, s'attribuant le pouvoir de régler juridiquement les relations des Etats entre eux, le droit international s'affirme supérieur à eux et à leur droit interne. De la même façon, en prenant part au commerce juridique international, les Etats reconnaissent l'existence et la supériorité du droit international — même s'ils n'acceptent pas toujours, de plein gré, de se soumettre à toutes ses prescriptions, ou encore contestent la validité ou la portée de telle ou telle des normes qui le composent.

Droit international et droits internes constituent donc des ordres formant deux catégories distinctes et autonomes dans leurs modes de création, mais non rigoureusement séparées. Au contraire, ils reconnaissent mutuellement leurs validités respectives et entretiennent entre eux des rapports multiples, dominés par le principe de la supériorité du droit international. Si on tient aux formules simplificatrices, on

peut donc parler d'un pluralisme à primauté du droit international (30).

C'est dans ce cadre général très souple et n'excluant, *a priori*, que les solutions qui méconnaîtraient la véritable nature du droit international — exprimée dans sa supériorité à l'égard des droits internes — que doivent être envisagés les problèmes posés par la pratique.

Ces problèmes sont eux-mêmes, de deux ordres. Contrairement aux affirmations dogmatiques des dualistes, il est faux que droit international et droits internes ne s'occupent jamais des mêmes relations, n'aient absolument pas le même domaine. Le nombre des traités s'occupant des relations entre personnes privées ou d'activités autrefois réservées à la compétence intérieure des Etats s'accroît sans cesse. Il n'est désormais plus de domaine où le droit international n'ait pénétré ou ne puisse pénétrer. L'abandon généralisé des mesures d'introduction du droit conventionnel dans l'ordre interne, la rédaction détaillée et en style direct de nombreux traités, dès lors immédiatement applicables sans dispositions complémentaires, ont multiplié les normes « mixtes », appartenant à la fois aux droits internes et au droit international. Dès lors, on se trouve en présence d'innombrables problèmes de *collaboration* entre les deux ordres, auxquels il faut chercher, de façon réaliste, des solutions efficaces et simples.

(30) Nous récusons à l'avance le terme de dualisme que certains pourraient être tentés d'appliquer à l'explication que nous proposons, parce qu'elle affirme l'autonomie des deux catégories d'ordres en présence. Ceci pour deux raisons. Une raison de clarté tout d'abord. Comme nous l'avons exposé, nous refusons de nous laisser enfermer dans l'alternative monisme-dualisme telle qu'elle a été définie, de façon classique, par les tenants des deux théories. En fait, tout en tenant compte de certaines des préoccupations, à nos yeux légitimes parce que nées de l'observation des réalités contemporaines, animant les uns ou les autres, nous sommes partis de prémisses très différentes. C'est pourquoi, non par souci d'originalité à tout prix, mais pour éviter les ambiguïtés qui en résulteraient inévitablement, nous ne voulons pas être réintroduits, ne fut-ce que par un qualificatif, dans la querelle à laquelle nous entendons échapper.

Ensuite et surtout pour une raison de fond. Le terme de dualisme nous place dans la perspective particulière de celui qui raisonne à partir d'un Etat déterminé, pour se demander si les tribunaux de cet Etat doivent appliquer le droit international. Pour lui, en effet, il y a bien deux ordres en présence : l'ordre étatique dont il relève et l'ordre international. Pour nous, comme nous croyons l'avoir clairement montré, la question ne peut être résolue de façon satisfaisante que si on se place au point de vue du droit international et si on tient compte de sa nature particulière. Or, le droit international se définit précisément comme celui qui ordonne les rapports s'établissant entre plusieurs ordres étatiques. Il ne s'agit donc jamais d'un dualisme véritable, mais bien d'un pluralisme mettant en présence un ordre juridique supérieur et un nombre indéterminé (mais en tout cas supérieur à l'unité) d'ordres juridiques subordonnés.

L'erreur commune au monisme et au dualisme est d'avoir établi un parallélisme fallacieux entre deux ordres juridiques, dont l'un représente à la fois une catégorie particulière et une réalité unique, alors que l'autre ne constitue qu'une unité à l'intérieur d'une catégorie qui en comprend un grand nombre.

La seconde série de problèmes qui résulte des conflits pouvant surgir entre droit interne et droit international. Comme on l'a vu, leur solution doit être poursuivie simultanément dans l'ordre interne et dans l'ordre international.

Des progrès ont déjà été réalisés sur ces deux plans concrets, sous la pression des besoins de la pratique et de la nécessité de s'ouvrir aux réalités internationales, ressentie toujours avec plus d'intensité par les ordres étatiques, malgré le soin jaloux avec lequel ils cherchent à sauvegarder leur souveraineté. Beaucoup reste à faire. Les internationalistes peuvent aider d'autant plus efficacement à accomplir de nouveaux pas en avant, qu'ils adopteront une vue plus réaliste et moins rigide des rapports de système entre droits internes et droit international.

Michel VIRALLY.