

RÉFLEXIONS SUR L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC PAR LES TRIBUNAUX NATIONAUX*

*Wilhelm Wengler***

Plusieurs auteurs (et corps politiques) dans l'Europe continentale ont dans les dernières années exhorté les tribunaux nationaux à appliquer, même où il n'existe aucune disposition constitutionnelle explicite, les règles du droit international public dans la plus grande mesure, et en cas de conflit de les préférer aux règles du droit national même si les règles du droit national ont été adoptées plus tard. La Cour de la Communauté Européenne a déjà décidé que les tribunaux des états membres sont strictement tenus de refuser de mettre en vigueur toutes les règles du droit national qui ne sont pas conformes avec les ordonnances des corps législatifs de la Communauté ou qui sont défendues par le traité établissant la Communauté.

Dans une évaluation critique de ces tendances, l'auteur examine quelle est "l'application" du droit international public par les tribunaux nationaux. Il démontre que l'application du droit international public par les tribunaux nationaux nécessite un "renvoi" aux sources du droit international public exprimées dans une règle quelconque du droit national. Il démontre que les effets d'un tel renvoi sont limités non seulement aux règles qui sont "self-executing" mais aussi par plusieurs autres facteurs. Des exemples sont donnés où le droit international public lui-même interdit la mise en application directe de certaines règles du droit international par les tribunaux nationaux, et les raisons motivant ces interdictions sont examinées. Enfin, le problème suivant est soulevé à savoir s'il se peut qu'il y ait crime international pour un juge national de refuser de mettre en vigueur les règles du droit international public ou d'appliquer des règles du droit national qui sont défendues par le droit international public.

* For English title and abstract, see pp. 318-19 *infra* Ed.

** Dr. jur., Dr. rer. pol. Professeur ordinaire, Freie Universität Berlin; membre de l'Institut de Droit International.

I. INTRODUCTION

Ces dernières années, les débats de doctrine sur les rapports entre droit international public et droit national et sur le rôle du juge national lors de l'application du droit international public ne se sont pas encore apaisés pour diverses raisons. Bien qu'on parle aujourd'hui non seulement d'un monisme modéré, mais encore d'un dualisme également modéré,¹ une réconciliation entre adeptes des doctrines "moniste" et "dualiste" sur la base d'un examen critique des prémisses propres à ces deux théories paraît éloignée.² De plus, des motivations essentiellement politiques se dissimulent souvent dans l'attitude de ceux qui, apparemment internationalistes enthousiastes et partisans de l'observation stricte du droit international public dans les États, donnent leur soutien à la théorie moniste. Nombreux en effet sont les détenteurs du pouvoir exécutif qui, dans les États à régime parlementaire, tentent d'élargir leurs pouvoirs au détriment des assemblées en favorisant l'efficacité dans l'ordre juridique national de règles à la création desquelles l'exécutif a seul concouru, sans l'intervention des assemblées parlementaires.³

¹ Voir W. RUDOLF, *VÖLKERRECHT UND DEUTSCHES RECHT*, surtout à ix (1967).

² Les adeptes de la théorie moniste assimilent "ordre juridique" et "système de création du droit" (*Rechtserzeugungssystem*) et, de plus, prétendent qu'il ne peut exister qu'un seul ordre juridique. Dans I W. WENGLER, *VÖLKERRECHT* 44-48 (1964) [ci-après WENGLER], j'ai tenté de montrer que l'on peut entendre la notion d'"ordre juridique" d'une autre manière, à savoir comme un système de création et d'emploi de moyens de contrainte juridique (*Rechtserzwangssystem*), et que plusieurs de ces systèmes peuvent coexister. C'est sans doute parce qu'il n'a pas suffisamment pris en considération ces parties de mon exposé que le Professeur Kunz me fait le reproche d'avoir trahi la doctrine de Kelsen. Book Review, 59 AM. J. INT'L L. 403-08 (1965).

³ L'opinion selon laquelle le juge national serait tenu, en cas de conflit entre une loi nationale et un règlement arrêté par les organes de la Communauté Économique Européenne et devant être appliqué dans l'État, à faire prévaloir ce dernier, voir p. 302 *infra*, se révèle en dernière analyse, comme un renforcement non négligeable de l'avantage détenu par les Exécutifs sur les Parlements nationaux du fait qu'ils agissent en la personne de leurs représentants au sein du Conseil des Ministres de la Communauté Économique Européenne et qu'ils nomment les membres de la Commission. Le fait que le Parlement Européen, composé de délégués des Parlements nationaux, recommande que les actes normatifs à édicter dans les États membres pour l'exécution du droit communautaire soient, eux aussi, pris autant que possible par l'Exécutif et non sous forme de lois formelles votées par le Parlement, [1967-1968] EUR. PARL. DEB., No. 91, à 109, est-il signe que les Parlements nationaux se seraient résignés devant cette tendance?

En remplaçant la théorie traditionnelle de la "transformation" de l'école dualiste par une nouvelle théorie désignée comme une doctrine de l'"adaptation," M. Mosler cherche apparemment à fonder l'opinion voulant que le juge national doive également faire application de traités conclus par le seul Exécutif sans approbation parlementaire donnée sous forme d'une "loi-enveloppe" (*Mantelgesetz*), voir: *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, 91 ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL, RECUEIL DES COURS [REC. C. ACAD. D. INT.] 619, à 649 (1957). Déjà selon l'ancienne théorie de la transformation, il n'est pas impossible pourtant que du droit national promouvant la réalisation du droit international public et prononçant des renvois aux traités, voir pp. 280-281 *infra*, soit créé autrement que par des lois adoptées par le Parlement. Un renvoi au droit international public, et notamment aux traités, peut par exemple, si la délégation du pouvoir normatif est régulière en droit national, figurer dans un règlement arrêté par l'Exécutif. Le renvoi à un traité pourrait même, pour autant que le contenu normatif ainsi créé puisse figurer dans une instruction, être opéré par une instruction de service adressée à des fonctionnaires de l'État. Le juge national pourrait être appelé à appliquer un renvoi de cette nature afin par exemple, de rechercher, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, s'il y a eu insubordination d'un fonctionnaire destinataire de cette instruction. Cependant, aucun fonctionnaire venant par hasard à prendre connaissance d'un traité conclu, peut-être secrètement, par son gouvernement, et à l'exécution duquel il serait normalement appelé à collaborer dans l'exercice de ses fonctions, ne saurait être tenu de s'y

Les partis politiques détenant le pouvoir dans un État à un moment donné cherchent même à garantir la permanence de règles nationales, introduites par eux, sous des gouvernements futurs éventuellement aux mains de l'opposition actuelle, en donnant à leur maintien en vigueur le caractère d'une obligation internationale et en affirmant la primauté du droit international sur le droit interne.⁴ Arrivée au pouvoir, l'opposition invoquera, c'est bien compréhensible, les arguments livrés par la théorie dualiste. De terribles simplificateurs enfin, comme le droit des gens en a connu tout au long de son histoire, ont fait perdre de vue la diversité des opérations que recouvre l'"application" du droit international public par le juge national.

II. QU'EST-CE QUE L'"APPLICATION" DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC PAR LE JUGE NATIONAL?

Que fait le juge national lorsqu'il "applique" au cours d'un procès le code pénal adopté par le législateur national? Il constate d'abord si l'accusé s'est ou ne s'est pas conformé à une règle de comportement portée par ce code, puis au cas d'une constatation concrète négative—en liaison, le plus souvent avec des constatations relatives à divers autres points—, il déclare que d'autres organes étatiques peuvent ou doivent le frapper des sanctions prévues par cette règle et dont il fixe souvent lui-même le quantum. Le droit international public lui aussi, dans les ordres et interdictions qu'il porte, ne peut avoir, et n'a pour objet que des comportements humains ou les événements dont ces comportements peuvent être la cause. Le juge national—et non seulement un tribunal international—peut certainement examiner dans quelle mesure ces ordres ou interdictions de droit international ont été—ou n'ont pas été—observés par leurs destinataires; le juge national peut donc, de la même manière qu'il applique le droit pénal national dans la première phase de l'exercice de sa fonction jurisprudentielle dans un procès

conformer sans en avoir reçu au préalable l'ordre, soit dans une loi, soit dans un décret, soit dans une instruction de son supérieur hiérarchique.

Là où le juge national faisant application du droit international est lié à des interprétations ou avis d'origine gouvernementale, il existe également pour les Exécutifs nationaux une incitation à étendre par renvois aussi fréquents que possible aux normes internationales la consistance du droit interne national. Mais aussi, pour autant que l'interprétation du droit international est réservée à un organe international, il est curieux justement de trouver parmi les partisans de la compétence du juge national à l'effet de rejeter une loi nationale pour le motif qu'elle n'est pas compatible avec le droit international, les auteurs qui, par ailleurs, tendent à élargir autant que possible le domaine des questions non-justiciables.

⁴ C'est la prétention voulant que les Concordats conclus par les États avec le Saint-Siège soient—contrairement aux conventions conclues avec d'autres organisations religieuses—des traités de droit international public liant les gouvernements à venir, qui explique la propension des partis politiques sympathisant avec l'Église catholique à cimenter au moyen d'un Concordat le système d'instruction publique choisi lorsqu'ils détiennent le pouvoir. Les auteurs du protocole supplémentaire de la Convention européenne des droits de l'homme du 20 mars 1952 tendant à protéger, au titre des droits de l'homme, le "droit des parents d'assurer l'éducation des enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques" voulaient barrer la route non seulement à une éducation des enfants conforme aux convictions des gouvernements, mais encore à un système d'éducation basé sur le droit de l'homme à recevoir l'instruction la plus complète possible avant, et afin, de former sa conviction.

pénal, "appliquer" le droit international public afin d'en constater la violation. Une toute autre question par contre est celle de savoir les effets qu'il peut attacher à la constatation concrète d'une non-observation du droit international public. Pas plus que le "tribunal" présidé par Lord Russell et s'étant donné pour mission de constater les violations commises par les américains au Viêt-Nam, il ne pourrait frapper l'État tenu responsable au regard du droit international des sanctions prévues par le droit international public. Bien que, en général, rien ne s'oppose à ce que le juge national ne s'exprime, dans les motifs du jugement, dans le sens d'une constatation d'une violation du droit international par un État étranger, aucun tribunal national ne peut, avec force obligatoire au regard du droit international, ordonner à des organes étatiques étrangers la cessation d'actes illicites en droit international public (par exemple, évacuer un territoire illicitement occupé, ou prélever sur le trésor les sommes nécessaires pour indemniser les victimes de ces violations), ni les menacer des représailles relevant du droit international public, ni ordonner des représailles concrètes, même s'il ne s'agissait que de représailles affectant les seules personnes ayant agi pour l'État étranger responsable en droit international.⁵ On peut concevoir, mais ce sera extrêmement rare, qu'un tribunal national doive, à l'occasion d'une procédure relative à des questions de droit national, se prononcer indirectement sur la question de savoir s'il y a violation du droit international par un État étranger et si, de ce fait, le gouvernement de l'État du for a le droit, au regard du droit international ou au regard du droit national, d'ordonner des représailles contre cet État étranger.⁶ Même dans ce cas, la décision ne pourrait acquérir force de chose jugée en droit international.

Les situations dans lesquelles un juge national pourrait, pour des violations du droit des gens commises dans l'exercice d'un pouvoir souverain, prononcer des peines contre les organes d'un État étranger ou les condamner à réparation sont tout à fait particulières. Là encore, les sanctions infligées (atteintes à la liberté ou à la propriété, éventuellement déchéance d'une charge publique) sont des sanctions privant le condamné d'un bien juridique normalement protégé par le droit national. Lorsqu'une personne est condamnée par un tribunal national pour un crime de droit international, la sanction spécifique de droit international public intervient automatiquement comme l'*excommunicatio latae sententiae* du droit canon; c'est la perte de l'immunité devant les tribunaux des États étrangers pour les actes pris dans l'exercice d'un pouvoir souverain qui est la sanc-

⁵ Serait-il habilité à de telles décisions par un traité de droit international public, le tribunal national deviendrait, dans cette mesure, tribunal international, c'est-à-dire un "tribunal de droit international public."

⁶ Le Conseil privé, dans sa décision relative à l'affaire *The Zamora*, [1916] 2 A.C. 77, s'est notamment prononcé sur le point de savoir si le gouvernement britannique pouvait, au regard du droit international public, ordonner certaines représailles contre l'Allemagne, et si ces représailles pouvaient, au regard du droit interne de la Grande Bretagne, être réputées licites par le tribunal anglais des prises.

tion spécifique relevant du droit international public et qui frappe *ope legis* l'auteur d'un crime grave de droit international.⁷ Cette sanction toutefois n'intervient que pour les violations du droit international public les plus graves, commises par des "criminels" de droit international; et la constatation explicite ou implicite du juge national relative à la perte de l'immunité de l'organe étranger en ce qui concerne des actes souverains, en raison de la gravité de la violation, n'a jamais force de chose jugée sur le plan international (à moins que le tribunal national n'ait reçu mission, par un traité auquel l'État responsable était également partie, de se prononcer en même temps en qualité de tribunal international). Dans tous les cas, fort nombreux, où l'organe étatique étranger auteur de la violation de droit international public ne peut être actionné, l'immunité a justement pour effet d'empêcher le juge national d'appliquer le droit international public de la même manière qu'il applique le droit national dans une procédure judiciaire contre un organe national.

III. DE L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL À L'ÉGARD DE PERSONNES AUTRES QUE LES ORGANES ÉTATIQUES ÉTRANGERS

A supposer que la violation du droit international public soit commise par des organes étatiques nationaux, des interdictions tirées du droit constitutionnel interne s'opposent souvent à ce que le juge national puisse agir contre les membres coupables de ces organes. Aucun tribunal national ne peut agir contre les membres du Parlement pour avoir enfreint une obligation internationale en n'adoptant pas, par exemple, une loi nécessaire à l'exécution d'un traité. Il est facile pourtant de concevoir des cas où une autre solution s'impose. Pour avoir refusé, en méconnaissance d'un traité de délivrer une licence d'importation, le fonctionnaire de l'État du for compétent à cet effet (ou le fisc de la personne morale l'employant) pourrait être condamné par le juge national à réparer le dommage illicitement causé à l'importateur en ayant fait la demande; les membres des forces armées nationales peuvent bien être condamnés à des peines pour avoir traité des prisonniers de guerre étrangers d'une manière constituant une violation des dispositions des Conventions de Genève. Dans ces hypothèses, le juge national "applique" directement des normes de comportement de droit international public lorsqu'une règle juridique posée par le législateur national, d'une part, prévoit pour tout comportement "illicite" une des sanctions typiques du droit national (privation de liberté, mesures d'exécution forcée sur les biens à fin de réparation) et, d'autre part, renvoie pour l'appréciation de cette illicéité, à des normes de comportement contenues dans des actes normatifs pris par les organes créateurs du droit international. Si donc le juge national applique ces règles internationales,

⁷ Voir I WENGLER 540-51.

c'est non seulement à l'effet de constater leur violation en tant que telle, mais encore dans le but d'ouvrir la voie à des sanctions de droit national interne. En dernière analyse, si le juge national applique ici du droit international public c'est dans le but d'en imposer l'observation par la contrainte (*erzwingende Anwendung*); on escompte que ces sanctions de droit national dissuaderont les destinataires des règles internationales de les violer. Plus précisément, le renvoi opéré par une source juridique de droit interne aux normes de comportement formulées dans une source internationale a pour effet de produire dans l'État du for des règles de comportement ayant la même teneur, qui, du fait même que leur violation—une fois constatée par le juge national—entraîne des sanctions typiques du droit interne, s'avèrent partie intégrante du droit national.⁸ L'application du droit international auquel le juge est ainsi "renvoyé" par une directive de droit interne sert donc à proprement parler, à contraindre à l'observation de règles de droit national ordonnant ou interdisant un comportement identique, donc de règles de droit national que l'on peut qualifier de "parallèles" aux règles internationales visées par le renvoi.⁹

Le juge national ne peut appliquer directement ces règles internationales—c'est-à-dire, introduire leur contenu normatif dans sa recherche du droit—que si le législateur national, d'une part, s'abstient de poser, de façon autonome et sans se référer ni à la source de droit international ni à la durée de sa validité, des règles de comportement ayant un contenu identique, et, d'autre part, recourt à ce moyen de technique législative que constitue le renvoi. Encore faut-il, pour que ce système puisse fonctionner—donc pour affirmer l'existence, par suite du renvoi, de règles natio-

⁸ Dans la mesure où l'on entend par "ordre juridique" un *Rechtserzwingungssystem*, l'appartenance d'une norme à un ordre juridique déterminé signifie que la violation de cette norme déclenche certaines sanctions contre les biens juridiques normalement protégés par d'autres règles relevant de ce même ordre juridique. Pour plus de détails, voir 1 WENGLER à 44-48.

⁹ L'opinion selon laquelle les règles de droit international public relatives au comportement des organes de représentation extérieure de l'État ne pourraient point donner lieu à une application devant le juge national, ne me paraît pas fondée. Si l'obligation internationale est celle de poser ou de ne pas poser un acte qui, par sa nature, relève de la compétence exclusive des organes de représentation extérieure (la dénonciation d'un traité conclu avec un État tiers, par exemple, la déclaration de guerre...) il n'est point exclu que ne vienne s'ajouter à l'obligation internationale de l'"État" une obligation de l'organe compétent à cet effet, obligation relevant du droit interne et dont la non-exécution déclenche des sanctions de droit national. Cette obligation de droit interne peut résulter soit de ce que la constitution, ou une loi-enveloppe, déclare la règle internationale partie composante du droit national, soit de ce que l'organe en question est tenu à titre général, en droit interne, à prévenir tout désavantage que pourrait apporter à l'État la non-exécution d'une obligation internationale. Si le droit national renvoie à l'interdiction de droit international public, de toute déclaration de guerre entraînant une guerre d'agression, la sommation de recourir à la force armée que contient la déclaration de guerre constitue une sommation de recourir illicitement à la force, qui, en tant que telle, peut déclencher des sanctions au regard du droit pénal normal de l'État. La règle *nulla poena sine lege* ne met pas en échec la condamnation de l'organe fautif, pourvu que la loi renvoie à un traité contenant l'interdiction de la guerre d'agression et que le traité soit publié dans l'État. Si les tribunaux nationaux s'efforcent sans cesse d'éviter toute désapprobation, même dépourvue de sanctions, d'actes des organes politiques de l'État du for pour le motif qu'ils constituent une violation de l'interdiction du recours à la force, c'est pour d'autres raisons. Voir, note 60 *infra*.

nales "parallèles" et leur applicabilité immédiate devant le juge national—que ces règles de droit international public désignent leurs destinataires et le comportement exigé d'eux d'une manière suffisamment précise pour que le juge puisse leur donner plein effet sans qu'il soit besoin que le législateur pose un acte normatif complémentaire en droit interne. C'est justement, en partie, ce que l'on entend lorsqu'on affirme que le juge national ne peut directement appliquer que les règles internationales "self-executing."

IV. QUAND LE JUGE NATIONAL A-T-IL L'OCCASION D'APPLIQUER DES RÈGLES INTERNATIONALES IMPOSANT À L'ÉTAT LA CRÉATION DE RÈGLES PARALLÈLES ?

(1) Il est fréquent que la règle de droit international public désigne un fait et statue qu'un État (ou tout autre "sujet" de droit international public propre à une telle imputation) est responsable de sa réalisation. Ce "fait" peut être un comportement humain en tant que tel (par exemple, le fait de la part de tous les combattants de ne pas commettre certains actes de guerre sur les équipements de la Croix-Rouge) ou l'effet produit par une activité humaine (la construction d'un pont, par exemple, le maintien des eaux d'un lac frontière à un certain niveau)

Dans ce dernier cas, il est indifférent du point de vue du droit international de savoir par quelles personnes sera produit l'effet voulu. Si les personnes qui, dans l'État responsable, sont véritablement à même de contribuer par leurs propres actes à l'obtention du résultat exigé en droit international n'agissent pas spontanément, elles peuvent y être incitées, par persuasion ou promesses de récompenses, ou même contraints par les détenteurs de la puissance publique dans cet État. Lorsque la règle internationale exige certaines actions ou abstentions de personnes déjà définitivement désignées en droit international, l'État responsable en droit international de la réalisation de ce "fait" peut contraindre ces personnes à obéir à une règle de comportement parallèle au droit national. Si l'État recourt à la contrainte, il est indifférent du point de vue du droit international de savoir si elle est licite ou illicite au regard du droit interne; en tout cas, l'État responsable en droit international peut connaître dans son droit national des règles de comportement dont la réalisation est à la fois la réalisation de la règle internationale. Nous les appelons règles parallèles de droit étatique.

A la responsabilité de l'État dans la réalisation d'un fait déterminé peut s'ajouter, en tout cas, une obligation de droit international public d'abroger les règles juridiques—ou de ne pas adopter de règles nouvelles—s'opposant, en ce qu'elles ordonneraient de contraire, à la réalisation du résultat voulu par la règle internationale. Lorsqu'un État est tenu en droit international public à ne pas dériver—ou à ne pas laisser dériver—les eaux d'un lac frontalier, il n'est pas douteux, d'une part, que cet État

demeure responsable même au cas où une règle interne ordonnerait une telle dérivation, et que, d'autre part, il suffit en général pour satisfaire au droit international public qu'aucune eau ne vienne en fait à être dérivée, bien que ce soit alors en violation d'une règle interne obligeant certaines personnes à procéder à de tels actes. Il est possible pourtant que la seule existence d'une règle interne contraire soit déjà interdite par une règle du droit international public. Même en ce cas, il est vrai, les États étrangers ayant droit à ce qu'un autre État réalise un fait déterminé n'élèveront en général de protestation que si ce fait ne trouve pas réalisation. Peut-être cependant, devra-t-on déjà admettre l'existence en droit universel coutumier d'une règle générale selon laquelle tout État responsable de la réalisation d'un fait est également responsable de ce qu'aucune disposition de droit national fasse obstacle ou même interdise ouvertement cette réalisation.¹⁰ La création de cette responsabilité additionnelle par traité entraîne certainement pour l'État l'obligation d'abroger toute règle interne antérieure s'opposant à cette réalisation.

Les exigences du droit international peuvent aller plus loin. Lorsqu'une règle de droit international public rend un État responsable de la réalisation d'un fait déterminé, elle peut ne pas se contenter de la réalisation comme telle; une règle complémentaire de droit international peut donner mission à l'État d'introduire à cet effet, et de faire appliquer par ses juges, des règles de droit interne parallèles. Le droit international pourra même refuser de tenir pour régulière toute réalisation qui se ferait sous violation de ces règles parallèles de droit interne. Un État a-t-il pris par traité des obligations en matière d'extradition de certaines catégories de personne, toute extradition qui, par exemple, serait accordée en violation des règles internes prises par l'État extradant en vue de l'application du traité, ne pourrait être réputée exécution "régulière" de ce traité.

Lorsqu'une règle internationale rend un État responsable de la réalisation d'un fait et lorsqu'une règle complémentaire contraint cet État à introduire une réglementation "parallèle" en droit interne, le droit international peut déterminer lui-même les sanctions devant être attachées dans l'État à la violation de cette réglementation parallèle; le plus souvent pourtant le droit international laissera à l'État toute latitude pour organiser ces sanctions de sorte que l'État soit libre d'attacher à la violation de son droit

¹⁰ Dans la plupart des pays, cette interdiction implicite de ne pas adopter de lois internes s'opposant à la réalisation d'ordres de droit international public n'est pas jugée à elle seule comme un motif à demander l'approbation parlementaire pour la conclusion des traités qui n'imposent à l'"État" que des obligations auxquelles l'Exécutif peut faire face dans le cadre de ses pouvoirs sans qu'une disposition législative déjà en vigueur au moment de la conclusion du traité s'y oppose. Bien plus, le gouvernement contracte parfois de telles obligations conventionnelles dans le but, au moyen d'une obligation internationale prise par un traité conclu sans intervention parlementaire, d'empêcher le Parlement de le lier à l'avenir dans l'exercice de ses fonctions exécutives par des dispositions législatives autres et surtout incompatibles avec le traité.

national parallèle des sanctions soit de droit privé, soit de droit pénal. Toute obligation internationale expresse de créer un droit national parallèle implique certainement l'obligation complémentaire de s'abstenir de prendre en droit national des règles ordonnant un comportement contraire.

Toutes ces règles internationales donnant mission à un État de créer du droit national parallèle aux ordres ou interdictions de droit international peuvent être "appliquées" par le juge national dans la mesure où le législateur national se sert à cette fin de la technique du renvoi et où les règles visées par ce renvoi se prêtent, parce que "self-executing" à une application immédiate. Toutes les règles interdisant à l'État d'avoir des règles juridiques internes faisant obstacle à l'observation du droit international public pourraient trouver elles aussi application dans le for, pour autant que le renvoi à cette interdiction de droit international opéré dans une source juridique interne a pour effet d'abroger les règles nationales contraires ou de rendre irrégulière l'adoption de telles règles à l'avenir.¹¹

V. QUAND LE JUGE NATIONAL PEUT-IL APPLIQUER DU DROIT INTERNATIONAL PRÉVOYANT L'INTRODUCTION D'UN DROIT NATIONAL (e.g., UNIFORME)?

(2) Il ne faut pas confondre le droit interne "parallèle," dont la réalisation est en même temps la réalisation d'un fait étant, en tant que tel, l'objet d'une responsabilité internationale de l'État, avec un autre phénomène. Des règles internationales, portées par exemple dans un traité, peuvent obliger un État à rendre obligatoire un comportement humain déterminé sans que la violation de cette règle du droit national constitue en même temps un acte illicite au regard du droit des gens. La non-observation de la règle de droit étatique imposée par le droit international ne peut donc entraîner les sanctions spécifiques du droit international public, par exemple des représailles. Il en est ainsi avant tout dans les cas où une règle de droit international public—le plus souvent un traité—requiert l'"introduction" dans le droit interne de l'État, notamment dans son droit privé, de normes de comportement déterminées (ou de parties du contenu normatif de telles normes).¹² L'État partie au traité ne répond pas de l'observation intégrale de ces règles par leurs destinataires, mais seulement de leur application, à savoir de leur application correcte, par les tribunaux nationaux. Lorsqu'une convention, par exemple, oblige les États qui y ont été parties à introduire dans leur droit national une loi uniforme sur la lettre de change et que, sous application de ce droit, le juge national constate un défaut de paiement d'une dette cambiaire, ce n'est certainement pas une violation du droit international public qu'il constate; lorsqu'il ouvre contre le débiteur les voies

¹¹ Mais voir *infra* pp. 290-91.

¹² Citons à titre d'exemples connus les Conventions de Genève sur la lettre de change et sur les chèques, mais aussi les Conventions de la Haye sur le droit international privé.

d'exécution forcée, il est évident qu'il n'ordonne pas une sanction de droit international, ni même une sanction interne attachée à la non-observation d'une règle de droit national parallèle à une règle de droit international public. Mais dans la mesure où le législateur national recourt à la technique du renvoi d'une manière telle que la loi uniforme sur la lettre de change, dont le texte fait partie de la convention internationale, est considérée comme "introduite" dans le droit national pour la durée de validité du traité, et renonce à légiférer de façon autonome sans se référer au traité, on peut dire, là aussi, que le juge national "applique" le traité international.¹³

Le juge national "applique," au sens large, le droit international en faisant appel dans sa recherche du droit au contenu normatif d'une source formelle de droit international. Cependant, lorsque le juge national ce faisant constate qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu "observation" des dispositions contenues dans le traité, il ne s'agit pas, répétons-le, d'une observation du droit international public. C'est d'abord le législateur national qui observe des obligations internationales, c'est-à-dire celles d'introduire ces règles dans la législation interne et de donner instruction au juge national d'appliquer les dispositions de droit interne "contenues" textuellement dans le traité. Quant au juge national, en appliquant ces règles à l'égard des parties relevant de sa juridiction, et en prenant les mesures appropriées à cet effet, il contribue à la réalisation d'un autre fait dont l'État est responsable en droit international, c'est-à-dire de l'obligation d'assurer l'efficacité du droit uniforme dans l'État. On peut donc, ici, parler d'une "application" (*befolgende Anwendung*) du droit international en vue de contrôler l'observation d'autres règles imposées à l'État dans un texte international.

A l'obligation internationale d'introduire dans l'ordre juridique interne certaines règles pour lesquelles il n'existe pas en droit international de normes de comportement parallèles, on peut rapprocher l'interdiction de maintenir ou d'introduire dans le droit national certaines règles déterminées, désignées dans la source de cette interdiction internationale. Une telle interdiction relevant du droit international signifie que le législateur interne ne peut plus licitement adopter de telles règles à l'avenir, doit abroger les règles internes déjà existantes et doit faire en sorte que le juge national ne puisse plus en faire application à l'effet de contraindre à leur observation.

Toute obligation internationale de maintenir effectivement en vigueur

¹³ Il se peut que le renvoi, opéré par une loi-enveloppe, à une convention conclue par cet État *A* comprenne un renvoi prononcé par cette convention à des dispositions conventionnelles en vigueur entre des États tiers. Si ce dernier renvoi vise une disposition imposant aux signataires l'introduction en droit interne et l'application de certaines règles déterminées, le premier renvoi, prononcé par la loi de l'État *A*, peut avoir pour but de créer des règles analogues dans l'ordre juridique interne de *A*. Voir, pour le renvoi aux traités de paix conclus par les alliées avec l'Autriche, etc., opéré par la Convention de 1952 sur les dettes extérieures de l'Allemagne, les décisions de la Cour Fédérale de Karlsruhe du 14 décembre 1955, 19 BGHZ 258, et du 22 juin 1960, [1960] Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht 553.

une règle abstraite en droit national implique certainement l'obligation complémentaire de ne pas prendre de règles concrètes portant des dispositions contraires.¹⁴ Un point demeure problématique cependant, et nous y reviendront :¹⁵ Le "renvoi" prononcé dans une source juridique interne à un traité international prévoyant une telle obligation a-t-il pour seule conséquence d'interdire au juge national de donner effet à l'avenir aux règles internes déjà existantes lors de l'entrée en vigueur du traité et désormais interdites? Ou bien, a-t-il aussi pour effet d'interdire de donner application aux lois nationales postérieures, que le législateur ne pouvait pas licitement passer selon le traité? En d'autres termes, l'interdiction d'application antérieure est-elle plus forte que l'ordre postérieur d'appliquer les lois nationales subséquentes?

En tout cas, le juge national ne peut faire application, à l'égard de leurs destinataires, des règles de droit interne imposées par le droit international et visées par un renvoi de droit national que si elles sont "self-executing." C'est dire qu'aucun acte normatif interne n'est alors requis pour préciser ou compléter la teneur des règles de droit national imposées par le droit international pour qu'elles puissent être observées et que leur non-observation puisse être constatée par le juge national dans le but d'y attacher une sanction du droit interne.

Il reste à préciser quand une règle contenue dans une source de droit international public est "self-executing" donc directement applicable par le juge national. Cela dépend du degré de précision du texte de la source juridique internationale, mais aussi, le cas échéant, du droit national. Supposons qu'une règle conventionnelle ordonne aux organes d'un État compétents à cet effet de faire certains actes lorsque se produit un événement déterminé. Une clause d'un traité, par exemple, veut que les organes étatiques compétents pour délivrer les licences d'importation, accordent une licence pour certains produits chaque fois que demande leur en est faite par un citoyen de l'autre État. Rien ne s'oppose à ce que le juge national donne directement suite à cette disposition si la compétence pour l'octroi des licences d'importation de ces produits est déjà, en droit interne, attribuée par principe à un organe déterminé. Si, par contre, cette tâche relève

¹⁴ En vertu d'un traité conclu entre deux États *A* et *B*, *A* seul est tenu dans l'exercice de son pouvoir souverain d'introduire dans son droit interne certaines règles juridiques déterminées et de les mettre effectivement en vigueur en les faisant appliquer par ses tribunaux. On devra admettre pour l'État signataire *B* une obligation implicite de ne pas édicter dans son droit national propre, et de ne pas faire appliquer par ses tribunaux, des règles de nature à gêner et surtout à interdire l'observation des règles introduites en *A*; *B* s'en abstiendra, vraisemblablement, dans son propre intérêt. Par contre, on ne saurait présumer qu'il y ait pour *B* une obligation positive d'aider l'État *A* à rendre efficaces ces règles, par exemple, en reconnaissant et en exécutant sur son territoire les jugements pris à cet effet en *A*. Un autre point demeure problématique, savoir si *B* est tenu d'empêcher les personnes privées soumises à sa juridiction de conclure des contrats susceptibles d'empêcher l'observation de l'obligation internationale de l'autre État *A*.

¹⁵ Cf. pp. 290-91 *infra*.

de la compétence de plusieurs catégories d'organes étatiques, et si la compétence en question n'a été attribuée à aucun de ces organes, aucun n'a le droit d'exécuter la règle internationale dans l'État, et aucun tribunal administratif ne pourrait constater que l'organe étatique compétent a irrégulièrement omis de prendre l'acte administratif requis, donc "appliquer" à cette occasion le droit international.¹⁶

Les obligations internationales de créer (ou d'introduire) en droit interne des règles juridiques déterminées—et ne constituant pas des interdictions (ou des ordres) parallèles à des interdictions (ou ordres) de droit international public—ont souvent le caractère de programmes. Dans ce cas, les règles imposées par le droit international ne sont pas assez précises pour que chaque individu puisse savoir à quel comportement il est tenu dans l'État. Ces programmes de droit international public n'indiquent souvent que les buts et les limites extrêmes d'une réglementation dont le législateur national doit édicter lui-même les détails d'application. Les directives de droit international public adressant aux législateurs nationaux un programme de législation—l'État contractant X doit veiller à ce qu'une indemnité "appropriée" soit accordée aux personnes victimes de tels événements, par exemple, ou l'État contractant Y doit "adapter son droit pénal aux enseignements de la criminalistique moderne"¹⁷—ne peuvent pas trouver, même à l'encontre des destinataires qu'elles désignent, application devant le juge national parce qu'elles ne sont pas "self-executing."

Tout au plus pourrait-on se demander si l'obligation internationale de l'État d'adopter les règles nécessaires à l'exécution d'une telle règle-programme ne fait pas naître en droit interne une obligation "parallèle" d'un organe législatif national ou de ses divers membres, dont la violation pourrait être l'objet d'un contrôle juridictionnel. Dans divers pays, où l'autorisation de ratifier un traité international est donnée par l'organe législatif sous la forme d'une loi, on pourrait concevoir que cette loi fasse naître pour les organes législatifs compétents une obligation de droit interne de veiller à l'exécution de la disposition-programme de droit international. On pourrait s'imaginer que l'organe législatif compétent puisse être condamné, par une Cour constitutionnelle par exemple, à faire face à cette obligation. Au cas où il ne s'y conformerait pas, même après condamnation, la compétence pour la mise à exécution de la disposition-programme pourrait être attribuée à un

¹⁶ Lorsqu'un État est tenu—le plus souvent par traité—à ce que ses organes posent conformément au droit interne certains actes déterminés, il est nécessaire de rechercher, par interprétation, dans quelle mesure cette obligation dépend de l'existence, en droit national, de règles permettant aux organes étatiques de poser les actes visés par le traité, donc de rechercher si l'État est libre d'avoir ou de ne pas avoir en droit interne les règles nécessaires à cet effet; il se peut que l'obligation internationale n'existe qu'au cas où il adopterait librement ces règles. Généralement, il est vrai, l'interprétation conduira au résultat opposé, à savoir que l'État est également tenu à porter en droit interne les règles nécessaires à l'exécution du traité.

¹⁷ Le traité sur la Charte Sociale Européenne, par exemple, ne comprend presque exclusivement que des dispositions-programmes de ce genre. Voir p. 297 *infra*.

autre organe législatif;¹⁸ on pourrait également concevoir que la non-exécution de cette obligation internationale couplée avec l'obligation de droit national d'exécuter le programme, ouvre aux particuliers auxquels elle porterait préjudice une action en dommages-intérêts. D'une manière générale cependant, aucun tribunal national ne peut, sous la menace de sanctions adressée au corps législatif ou à ses membres, astreindre le législatif à adopter les lois nécessaires à l'exécution d'un tel programme s'il ne les a pas encore prises librement; à fortiori, il ne pourrait, en cas de carence du législatif, prendre lui-même les dispositions appropriées pour assurer cette exécution.

VI. DES AUTRES FORMES D'APPLICATION DE DROIT INTERNATIONAL PAR LE JUGE NATIONAL

(3) Nous avons vu jusqu'à présent que le juge national peut, en vertu d'un renvoi au droit international opéré en droit national, "appliquer" du droit international public—et ce au sens le plus large du terme—soit pour imposer par la contrainte l'observation de règles de droit interne parallèles à des normes de comportement de droit international public dont la non-observation entraînerait la responsabilité internationale de l'État (*erzwin-*

¹⁸ Ce problème joue un certain rôle dans les États fédéraux où les traités internationaux visant les matières réservées à la compétence législative des États sont conclus par les organes fédéraux centraux. La Constitution autrichienne prévoit le transfert de la compétence législative à la "Fédération" lorsqu'un "pays" n'adopte pas les lois nécessaires à la mise à exécution d'un traité conclu par les organes fédéraux centraux; voir art. 16 de la Constitution fédérale autrichienne, et Berchtold, *Über die Durchführung von Staatsverträgen durch die Länder*, [1967] *JURISTISCHE BLÄTTER* 244. La Loi Fondamentale de la République Fédérale Allemande ne prévoit rien de semblable; selon la décision du *Bundesverfassungsgericht* relative au *Reichskonkordat*, les organes fédéraux ne peuvent exercer aucune contrainte sur les *Länder* en vue de leur imposer l'exécution des dispositions de ce concordat conclu par le gouvernement du 3^e Reich et liant toujours (à ce qu'on dit) la République Fédérale.

Il se peut que les actes normatifs nécessaires à l'exécution dans l'État d'une règle-programme d'origine conventionnelle puissent également être arrêtés par les organes exécutifs, sous forme réglementaire. Si une obligation de réglementer relevant du droit étatique vient s'ajouter à l'obligation internationale, on peut s'imaginer que l'organe exécutif compétent puisse, de même qu'il peut l'être lorsqu'il ne satisfait pas dans le délai imparti par le législateur à l'obligation législative d'arrêter les règlements nécessaires à l'application d'une loi, être contraint à assurer l'exécution de ce programme.

Une autre question pourra également se poser: dans un État donné, existe-t-il pour le Parlement, en tant qu'organe législatif, une obligation de droit interne, constitutionnel, de poser les actes normatifs nécessaires à l'exécution des règles internationales? Ce problème est d'autant plus important que le droit constitutionnel de nombreux pays permet au gouvernement d'engager l'État par traité sans l'autorisation du Parlement, pour autant que les obligations qui en résultent pour l'État relèvent de la compétence des organes exécutifs et ce alors même que les nouvelles tâches ne peuvent être accomplies par l'Exécutif sans qu'une loi ne mette à sa disposition des moyens additionnels. Il se peut ainsi que le gouvernement ait le droit d'ordonner, en exécution d'un traité d'alliance et d'assistance conclu avec un autre État, l'intervention des forces armées nationales alors même que des lois soient indispensables pour donner à l'armée le personnel et les moyens financiers requis. L'obligation internationale de l'État, celle de garantir le respect des engagements pris, s'accompagne-t-elle d'une obligation de droit constitutionnel interne, incombant au Législatif, de prendre les mesures législatives nécessaires à son exécution? Une chose est certaine: dans aucun état unitaire l'Exécutif ne pourrait faire constater, par une cour constitutionnelle par exemple, l'existence d'une telle obligation ni—contrairement à ce qu'il en est en Autriche, dans les rapports entre État fédéral et "pays"—prendre lui-même, par décret par exemple, les mesures indispensables à l'exécution du traité au cas où le législateur se refuserait à passer les lois nécessaires à cet effet.

gende Anwendung von Völkerrecht), soit pour contrôler l'observation d'autres contenus normatifs du droit interne à l'introduction desquels dans le droit national l'État est tenu en droit international (*befolgende Anwendung von Völkerrecht*). Ce ne sont pas là toutefois les seules occasions où le juge national applique du droit international. Il existe en effet certains cas où il est conduit à le faire alors même que l'État du for ne soit absolument pas responsable en droit international de la réalisation de la règle internationale en question.¹⁹ Supposons qu'une loi d'un État accorde droit à réparation envers le fisc national aux individus auxquels porterait préjudice un acte d'un État étranger "illicite en droit international public," ou aux ressortissants nationaux ayant été retenus en qualité de "prisonniers de guerre" par un État étranger. Si le juge national vient à contrôler l'application d'une loi de cette nature, il devra, là encore, "appliquer" du droit international public, à savoir pour rechercher s'il existe en l'espèce un préjudice causé par un acte "illicite en droit international public," ou si un national a été et pouvait licitement être détenu dans un État étranger en qualité de "prisonnier de guerre." Il arrive également qu'un État passe une loi ayant pour effet de prescrire à ses tribunaux d'appliquer un traité comme s'il y avait adhéré alors même que cette adhésion lui ait été formellement refusée par les premiers États signataires.²⁰ Il se peut enfin qu'un État dispose, par exemple, que les personnes venant du "territoire national" d'un État X, mais non celles venant du "territoire national" d'un État Y, doivent se soumettre à un examen médical en vue de détecter toute maladie contagieuse, et assortisse cette prescription de sanctions quelconques; le juge national pourra, là encore, être conduit à "appliquer" du droit international public, à savoir pour établir si le lieu d'origine de telle ou telle personne déterminée se trouve sur le "territoire national" soit X, soit Y, (à la condition toutefois que cette référence au "territoire national" X ou Y vise effectivement le territoire qui, au regard du droit international public relève en tant que territoire national de l'un ou l'autre de ces États). Dans de telles circonstances, le juge national applique certes du droit international, sans pourtant que l'État du for réponde de sa réalisation dans l'ordre juridique international et sans que l'on puisse interpréter cette application comme une invitation aux destinataires de ces règles à s'y conformer.

VII. DU RENVOI DE DROIT INTERNE À DES SOURCES JURIDIQUES INTERNATIONALES EN TANT QUE CONDITION À L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL PAR LE JUGE NATIONAL

Dans les trois groupes de cas que nous venons d'esquisser, le juge

¹⁹ Abordant ce thème de "l'application du droit international public par les tribunaux nationaux," le Professeur Mosler méconnaît généralement la diversité des occasions pouvant conduire le juge national à "appliquer" le droit international public. *Supra* note 3, à 911.

²⁰ Voir par exemple les lois adoptées par la République Démocratique Allemande visant à faire appliquer par ses tribunaux des traités collectifs auxquels pourtant l'adhésion formelle lui a été refusée par les autres États signataires.

national obtient d'un organe législatif de l'État du for compétent à cet effet, mission d'"appliquer" du droit international public, à savoir sous la forme d'un renvoi au produit normatif d'une source destinée *primo loco* à créer du droit international public. Ces règles de droit interne "renvoyant" au droit international public et ordonnant au juge national d'en faire application, ont une certaine ressemblance avec les règles de droit international privé prescrivant aux tribunaux nationaux, également au moyen d'un "renvoi," d'appliquer le droit privé d'un État étranger. A vrai dire, dans les deux premiers groupes de cas ci-dessus mentionnés, le renvoi opéré par une source juridique interne au droit international public se distingue sur un point important des cas du renvoi de droit international privé à un droit privé étranger; lors d'une règle de conflit, le renvoi vise des règles abstraites d'un droit étranger qui sont déjà effectivement en vigueur dans cet État étranger en ce qui concerne les situations rattachées à ce seul État. Si, par contre, le droit interne renvoie à un traité international afin de créer du droit interne parallèle, c'est généralement l'observation de ces règles internes qui vient assurer l'efficacité des règles correspondantes relevant du droit international.

Ce qui précède ne peut cependant empêcher que la règle de droit international public auquel renvoie le droit interne ne doit être appliquée par le juge national que si, et seulement pour la durée où, elle a caractère obligatoire en droit international. Le juge national doit donc, au cas où il n'est pas lié par une déclaration de son gouvernement,²¹ rechercher si la règle internationale a été régulièrement prise,²² ou n'a pas perdu son caractère obligatoire pour l'un des motifs du droit international général coutumier, à savoir caducité pour non-exécution réciproque, mise hors vigueur ou suspension du fait de guerre, d'état d'urgence ou de représailles objectivement licites, dénonciation pour juste motif.²³

²¹ Même en Grande-Bretagne, lorsque le texte intégral du traité est annexé à une loi sous forme de "schedule" et lorsque certaines dispositions de cette loi renvoient à ce texte, *cf.* note 27 *infra*, le juge britannique ne peut pas toujours éviter de rechercher dans les rapports entre quels États, et pour quelle durée, le traité est entré en vigueur. En pratique, il s'en tiendra aux avis donnés par le gouvernement. Lorsque le gouvernement britannique est habilité à étendre par acte unilatéral l'application d'un traité au territoire de certaines colonies, le tribunal britannique est lié par les arrêtés en conseil pris à cet effet.

²² Cette constatation peut présenter de grandes difficultés pour le juge national. Un traité peut avoir été conclu sous l'empire d'un contrainte illicite en droit international, ou par un gouvernement parvenu au pouvoir grâce à une contrainte—ou intervention—illicite. Il est déjà extrêmement douteux qu'il faille en droit international admettre la nullité automatique d'un tel traité; de plus, comment un juge national pourra-t-il rechercher s'il y a eu effectivement contrainte ou intervention illicite?

²³ En République Fédérale Allemande, et dans quelques autres pays, l'entrée en vigueur des traités pour chacun des États signataires, de même que tout retrait d'un État contractant au titre d'une dénonciation prévue dans le traité, doivent être publiés dans le *Journal Officiel*; inversement, les juges nationaux ne pourraient pas prendre connaissance de ces faits juridiques sans une telle publication; par ailleurs, il paraît extrêmement douteux qu'ils puissent contrôler la régularité de cette publication. Si, par contre, il était prétendu que le traité a, en vertu d'une règle du droit international public général, cessé automatiquement d'être en vigueur, ils devraient examiner eux-mêmes cette question; la constatation des faits pertinents serait alors particulièrement délicate.

Il n'est pas rare que le renvoi à un contenu normatif du droit des gens soit difficile à reconnaître dans le texte de la loi²⁴ qui le prononce. Le renvoi est en effet rarement formulé en termes explicites stipulant, par exemple, que telle règle internationale "doit être regardée comme une loi nationale,"²⁵ et ce aussi longtemps qu'elle est en vigueur sur le plan international. Dans de nombreux pays du continent européen, le renvoi à un traité international est réputé prononcé dès l'autorisation législative de la conclusion définitive du traité par l'Exécutif, lorsque cette autorisation est donnée sous forme d'une loi reproduisant en annexe le texte du traité. Ici, l'intervention du législatif est interprétée non seulement comme une autorisation de ratifier donnée au gouvernement, mais encore comme un renvoi législatif aux dispositions du traité susceptibles d'application devant le juge national.²⁶ Ce renvoi législatif au traité reproduit en annexe à une "loi enveloppe" (*Mantelgesetz*) est tenu pour un renvoi global aux dispositions du traité, en ce sens que toutes sont réputées parties composantes de l'ordre juridique national, donc applicables par le juge national pour autant qu'il s'agisse de dispositions qui, auraient-elles été prises dans une loi ou toute autre source juridique interne, feraient sentir leur plein effet devant les juridictions nationales, à savoir, le plus souvent, en liaison avec d'autres sources juridiques "nationales." En Grande-Bretagne, par contre, lorsque le texte intégral d'un traité est reproduit sous la forme d'une "schedule" annexée à une loi formelle, seules s'imposent à l'application du juge national les dispositions auxquelles les divers articles de la loi se réfèrent directement ou indirectement.²⁷

Le renvoi global, tel que l'admet surtout pour les traités internationaux le droit des pays du continent européen, n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés. Une interprétation sera souvent nécessaire, notamment

²⁴ Le renvoi à des règles internationales, donc l'instruction d'appliquer adressée au juge national, ne doit pas toujours être cherchée dans une disposition écrite explicite de droit interne. Ce renvoi peut être implicite et résulter de l'interprétation d'une loi, ou de la constitution ou être de droit coutumier: Les tribunaux nationaux—en quoi l'attitude des juridictions suprêmes est décisive—font application directe d'une règle internationale dans la conviction d'y être tenus et le législatif le tolère en ne leur ordonnant pas de renoncer à cette pratique.

²⁵ Voir, pour la Grande-Bretagne par exemple, Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966, § 4.

²⁶ La transformation globale des traités internationaux, par laquelle, en vertu d'une disposition constitutionnelle, du droit national naît de la seule publication du traité en droit interne, est critiquée par H. KLECATSKY, *DER RECHTSSTAAT ZWISCHEN HEUTE UND MORGEN* 44 (1967). Aux termes de l'art. 50 de la Constitution fédérale autrichienne (après révision du texte primitif en 1964), le législatif peut décider lui-même que l'autorisation de conclure le traité n'emporte pas par elle-même création de droit national directement applicable au moyen d'un renvoi implicite au texte du traité et que cette création ne résultera que de l'adoption ultérieure de dispositions législatives expresses, ces dispositions ne pouvant guère alors se contenter de "renvoyer" simplement au texte du traité. Quelques constitutions, celle des Pays-Bas par exemple, adressent directement au juge national l'ordre d'appliquer les conventions internationales approuvées expressément ou tacitement par le législatif et publiées par l'Exécutif.

²⁷ En Grande-Bretagne le Geneva Conventions Act, 5 & 6 Eliz. 2, c. 52 (1957), renvoie, par exemple, dans § 1 au seul art. 50 de la 1^{re} Convention de Genève de 1949; pour préciser la notion de "protected prisoner of war" qu'elle emploie *passim*, le § 2, en liaison avec § 7, renvoie aux dispositions de cette convention desquelles il résulte qui est protégé.

pour savoir si le renvoi vise seulement le droit international public en vigueur dans les rapports entre l'État du for et les autres États, ou s'il vise également les règles existant dans les relations des autres États entre eux. Supposons qu'une loi de l'État du for accorde des droits à réparation aux ressortissants nationaux ayant subi un préjudice du fait de l'acte d'un État étranger "illicite en droit international public." Une loi de cette nature renvoie certainement au droit international public coutumier existant à l'époque de la production du dommage dans les rapports entre l'État du for et cet autre État, mais une interprétation sera nécessaire pour savoir si le législateur national a également envisagé tout dommage causé du fait de la violation par un État étranger d'un traité conclu par ce dernier avec un État tiers.²⁸ Lorsque le but du renvoi est de faire appliquer par le juge national des règles "parallèles" ou des règles internes "imposées" par le droit international un autre problème se pose : peut-on présumer que le renvoi se limite aux seules dispositions conventionnelles de la violation desquelles l'État du for est responsable, ou le renvoi veut-il également faire contribuer le juge du for à la réalisation des obligations conventionnelles des autres États parties au traité?

Du droit national promouvant la réalisation du droit international public (*völkerrechtsfreundliches staatliches Recht*), c'est-à-dire du droit national tendant à contribuer à la réalisation des règles de droit international public—soit que le législateur national prenne à cette fin des règles "parallèles" ou édicte les mesures d'application nécessaires à l'exécution des programmes de droit international, soit qu'il se conforme aux interdictions ou ordres de droit international en posant en droit interne les règles obligatoires et en s'abstenant de prendre ou en abrogeant les règles interdites—peut toujours être créé sans recourir à la technique du

²⁸ La volonté du législateur national peut devenir problématique lorsqu'il y a un renvoi global à un traité dans lequel l'État ne fait que renoncer au "droit"—dans l'ordre juridique international—d'occasionner des événements déterminés, au "droit," par exemple, d'interdire une voie navigable intérieure à la navigation étrangère. Le renvoi global opéré par une loi-enveloppe a-t-il pour effet de porter, en droit interne, interdiction pour tous, ou du moins pour tous les organes étatiques, d'occasionner ces événements?

Une loi-enveloppe renvoie globalement à un traité; pour quel espace, et à l'égard de quelles catégories de personnes, entend-on faire appliquer ce traité par le juge national? Les tribunaux nationaux doivent-ils appliquer les règles visées, par ce renvoi à l'égard tant des nationaux que des étrangers? Doivent-ils également en faire application au comportement des ressortissants et organes nationaux à l'étranger? C'est là une question d'interprétation, qui ne coïncide pas toujours avec celle de l'étendue de la responsabilité de l'État en droit international public. S'il est déjà prévu en droit international qu'un traité n'entre en vigueur que "pour partie" du territoire national de l'État responsable (pour la seule métropole, par exemple, et non pour les colonies) cette circonstance peut favoriser l'interprétation voulant que les règles du traité ne doivent être appliquées qu'aux seuls événements venant à se produire sur cette partie du territoire national, et non au comportement des ressortissants et organes nationaux dans des États tiers. Il se peut cependant que ce ne soit pas l'intention des auteurs d'une Convention, par exemple des Conventions sur le droit de la guerre. Le Geneva Conventions Act de la Grande-Bretagne n'entre en vigueur dans chaque colonie d'outre-mer que sur décision spéciale d'extension; il n'est pas facile de savoir quelle relation les organes étatiques britanniques doivent avoir avec les territoires où la Convention a été introduite, pour qu'ils soient également tenus, en vertu du droit local, d'observer la Convention lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'un État tiers.

renvoi, le législateur national pouvant, le cas échéant, reproduire intégralement la règle internationale sans se référer à sa source. Le renvoi pourtant est pratiquement indispensable là où doivent trouver "application" dans le for des règles internationales n'étant en vigueur que dans les relations entre d'autres États étrangers. Au regard des lois douanières d'un État du for *A*, il peut être important de savoir si une marchandise vient d'un territoire faisant partie, au regard du droit des gens, du territoire national soit d'un État *B*, soit d'un État *C*. On ne peut alors pas supposer que le législateur de *A* fixe lui-même, ne serait-ce qu'aux fins de ce droit national, les frontières entre *B* et *C* par décision unilatérale. D'autre part, est-ce qu'on peut dire qu'un traité conclu entre ces États *B* et *C*, et fixant leurs frontières, devient partie intégrante du droit interne de *A* ("part of the law of the land") du seul fait qu'il doit être appliqué par le juge national de *A* en vertu d'un renvoi implicite au droit international public prononcé par la loi douanière de *A*? A notre avis, seules "font parties" de l'ordre juridique national—compris comme la totalité des règles dont l'observation est assurée au moyen de sanctions sur un "bien" protégé par une autre règle relevant du même ordre—les règles internationales visées par le législateur national au moyen d'un renvoi et dont l'"application" par le juge national a l'effet d'exercer une contrainte en vue de leur réalisation (*erzwingende Anwendung*).

VIII. DES DIRECTIVES COMPLÉMENTAIRES RELATIVES À L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL PAR LE JUGE NATIONAL

Dans de nombreux États, tous les tribunaux nationaux ont l'obligation, en vertu d'une disposition explicite ou tacite de la constitution, d'appliquer, dans le cadre de leur compétence respective, outre la constitution elle-même, la totalité des normes juridiques prises par les divers organes de l'État du for participant au pouvoir normatif, et sont guidés à cette fin par des dispositions réglant la hiérarchie entre ces diverses sources juridiques nationales au cas où elles se contredisent; de la même source est dérivée l'obligation pour ces tribunaux de faire application d'actes normatifs pris par des organes législatifs autres que ceux de l'État du for lorsque l'une des sources juridiques nationales y renvoie (à moins toutefois que ce renvoi ne soit, en tant que délégation de pouvoir, contraire à la constitution). Les divers renvois au droit international public peuvent donc se trouver soit dans la constitution de l'État du for,²⁹ soit dans toute autre source juridique dérivée de celle-ci.³⁰

²⁹ L'art. 25 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale Allemande, par exemple, renvoie aux "règles générales du droit international public," c'est-à-dire, à toutes les règles du droit international public coutumier universel; l'art. 6 de la Constitution des États-Unis, aux traités internationaux ayant force obligatoire pour les États-Unis et conclus avec l'autorisation du Sénat.

³⁰ Cette technique consistant à déterminer le contenu normatif du droit interne au moyen d'un renvoi à une source internationale peut prêter à critique quant à sa constitutionnalité, par exemple,

Il se peut que, dans un État, certains tribunaux ne soient autorisés à appliquer qu'une liste limitative de diverses règles juridiques portées par les organes normatifs internes, tandis qu'ils doivent ignorer les autres règles, même de droit interne, parce qu'elles sont attribuées à la compétence d'autres juridictions nationales.³¹ Dans un tel système, l'instruction d'application adressée à un tribunal déterminé peut inclure dans ce catalogue le droit international public ou du moins certaines catégories de règles internationales; il est possible cependant que l'obligation d'appliquer du droit international public ne résulte que d'un renvoi opéré par l'une des sources juridiques mentionnées dans ce catalogue, ou même manque complètement.

Il n'est pas rare que le législateur national ne se contente pas de renvoyer à une source du droit des gens et de donner mission au juge national d'appliquer telles et telles règles internationales, et adresse aux tribunaux nationaux des instructions plus précises en ce qui concerne les modalités de cette "application." Il arrive fréquemment que l'applicabilité des traités internationaux, ou de certains d'entre eux, soit soumise en droit interne à d'autres conditions que leur validité en droit international, à savoir, que le traité ait été conclu par les organes étatiques compétents et selon les procédures constitutionnelles, qu'il ait fait l'objet de la publication prévue pour les lois nationales,³² sauf dans le cas où il aurait été

lorsque le renvoi vise une règle non rédigée dans la langue nationale de l'État du for. Lorsqu'il vise des règles devant encore être prises ultérieurement par un organe international, n'existe-t-il pas une "délégation" interdite du pouvoir de légiférer, et cela surtout dans les cas où la décision de l'organe international modifie les dispositions d'un traité dont l'application par le juge national n'était possible que sur la base d'une loi votée par le Parlement? La distinction entre les dispositions d'un traité qui sont "self-executing" et celles qui sont inapplicables par le juge national, peut être si difficile que le renvoi global d'une loi à ce traité ne satisfait pas aux exigences de la constitution d'un État donné, en ce qui concerne le degré de clarté nécessaire des textes législatifs. Voir aussi note 34 *infra*.

³¹ Dans quelques États fédéraux, les tribunaux des États—mais aussi, le cas échéant, les tribunaux fédéraux y ayant leur siège—ne doivent appliquer, outre les règles portées par le législateur fédéral, que le droit édicté par l'État sur le territoire duquel ils se trouvent. Les autres règles juridiques de l'ensemble de l'État fédéral, notamment les lois votées par les autres États, ne peuvent trouver application qu'en vertu des renvois prononcés par les lois de l'État du siège.

Dans certaines colonies britanniques, la compétence des tribunaux indigènes se limitait à l'application du droit indigène et de certaines lois explicitement désignées. Lorsqu'un comportement humain était réglé par des lois échappant à leur compétence, il en résultait la compétence exclusive d'autres juridictions.

³² Un traité international conclu et ratifié par le Gouvernement sans l'intervention du Parlement, alors qu'il ne pouvait pas en droit constitutionnel interne être rendu obligatoire par ratification sans autorisation législative préalable, peut pourtant devenir obligatoire—sous des conditions et pour des raisons qu'il n'est pas besoin ici de préciser—sur le plan du droit international public. Un tel traité est venu remplacer un traité antérieur autrefois régulièrement conclu selon les procédures constitutionnelles et auquel renvoyait une source juridique de droit interne. De ce que le renvoi ne voulait créer du droit national que pour la durée de validité du premier traité sur le plan du droit international public, doit-on conclure que le juge national ne peut plus, à dater de l'entrée en vigueur du second traité dans l'ordre juridique international, et alors même qu'il ne peut en faire application, donner effet aux règles contenues dans le premier traité? Pour autant que l'abrogation du droit national créé en vertu du renvoi au premier traité—et non remplacé dans l'ordre juridique interne par un droit national correspondant au second traité—entraînerait une situation que le législateur national n'aurait certainement pas voulu créer en adoptant des mesures législatives autonomes non liées en droit international, on devra admettre le maintien en vigueur du droit national antérieur.

reproduit en annexe à la loi y renvoyant et publié en même temps qu'elle. Si ces conditions ne sont pas réunies, le juge national ne peut pas appliquer le traité, alors même qu'il serait entré en vigueur dans les rapports entre États signataires et que l'inexécution pourrait entraîner des sanctions de droit international contre l'État du for. Si par contre le renvoi au droit national ne vise que des règles internationales n'étant obligatoires que dans les rapports entre les États étrangers, il suffira généralement que ces règles soient entrées en vigueur pour ces États, sans qu'elles soient publiées ni dans ces États, ni même dans l'État du for.³³

Le droit national peut également connaître d'autres réglementations, notamment en procédure civile, à savoir : est-il nécessaire pour qu'une règle de droit international public trouve application qu'une partie l'invoque expressément devant le tribunal national? La partie se réclamant d'une telle règle doit-elle en prouver l'existence? Le juge peut-il constater d'office l'existence et le contenu de cette règle? Peut-on invoquer l'application irrégulière d'une règle de droit international lors d'un pourvoi en cassation?

Il arrive que la constitution, ou la législation de l'État du for réserve toutes les affaires entraînant une "application" de droit international public, ou seulement certaines catégories d'entre elles, à la décision d'une juridiction spéciale; il se peut donc, alors même que l'affaire relève normalement de sa compétence *ratione materiae*, que le for ne puisse appliquer la règle internationale, doive surseoir à statuer et renvoyer à titre préjudiciel la question à la décision d'une juridiction privilégiée. La constitution, la législation ou même le droit non écrit de l'État du for peuvent enfin réserver à certaines catégories de tribunaux l'interprétation seulement abstraite du droit international, ou toute décision relative à la question de savoir si une règle internationale déterminée est encore, ou est déjà, en

Un État, par exemple, a réglé son droit cambiaire national au moyen d'un renvoi à un traité international comportant une législation uniforme pour tous les États signataires. Supposons que ce traité vienne à être remplacé par un second traité international obligatoire en droit international public, mais n'ayant pas encore fait l'objet d'un renvoi dans le droit national. De ce que l'ancien traité ne devait être partie intégrante du droit national que pour la durée de sa validité en droit international, et de ce que le second traité n'ait pas encore été déclaré partie composante du droit national, on ne saurait absolument pas conclure qu'il n'y a plus aucun droit cambiaire dans cet État. Une situation analogue peut également se présenter lorsqu'un traité international posant une règle-programme dont le législateur national a assuré l'exécution en droit national, vient à être remplacé par un second traité dont la règle-programme, incompatible avec la première, n'a pas encore été mise en application par le législateur national. *Voir pp. 306-07 infra.*

En ce qui concerne la nécessité de publier les traités, *voir S. v. Eliasov*, [1965] 2 S. Afr. L.R. 770 (Transvaal Prov. Div.).

³³ Un traité multilatéral auquel fait partie un État tiers non directement intéressé fixe la frontière entre deux États; ce traité est publié dans cet État tiers, et une source juridique interne y opère un renvoi global; tout traité bilatéral ultérieur conclu entre les deux États limitrophes et venant modifier le tracé de la frontière fixé par le traité multilatéral sera également "applicable" dans cet État tiers, p. 278 *supra*, sans qu'une nouvelle loi y renvoie et sans qu'il y soit publié. Peut-être en serait-il autrement si la frontière fixée dans le traité collectif ne pouvait pas être modifiée sur accord entre les deux États directement intéressés sans l'agrément des autres États parties à ce traité.

vigueur pour l'État du for.³⁴ Cette appréciation est du reste souvent réservée à la décision quasi-jurisdictionnelle de l'Exécutif, le plus souvent sous la forme d'un "avis" liant les tribunaux.³⁵ Cette création de compétences exceptionnelles peut même aller jusqu'à retirer à la compétence des tribunaux la constatation des faits pertinents en droit international public et à la réserver à la décision de l'Exécutif liant le juge.³⁶

Il se peut par ailleurs que l'État ait des obligations opposées, lui incombant en vertu de divers traités conclus avec différents États étrangers et déclarés parties composantes du droit interne; une règle émanant d'un organe national compétent à cet effet pourrait certainement préciser au juge quel traité doit bénéficier d'une application préférentielle. Une norme

³⁴ Aux termes de l'art. 100 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale Allemande, le *Bundesverfassungsgericht* doit, sur "renvoi" préjudiciel d'un tribunal national ordinaire, se prononcer sur l'existence et sur le caractère "self-executing" de toute règle du droit international public général et, de ce fait, sur l'éventuelle création, en vertu du renvoi prononcé par l'art. 25, de règles de droit national parallèles (et ayant le rang de lois fédérales).

On pourrait aussi penser—surtout lors de renvois "globaux" opérés par lois-enveloppes—à réserver à la décision d'un organe central la question relative à la distinction entre les dispositions conventionnelles qui se prêtent à application immédiate et celles qui doivent, au préalable, être précisées et complétées par un acte normatif interne. H. KLECATSKY, note 26, à 39 *supra*, condamne la propension de nombreux gouvernements à tenir pour "self-executing" des traités internationaux lorsqu'ils imposent des charges aux individus, à leur nier par contre cette qualité lorsqu'ils veulent leur accorder des droits!

³⁵ Un nombre croissant de dispositions constitutionnelles donne expressément mission aux tribunaux nationaux d'appliquer les règles du droit international coutumier général (c'est-à-dire, en tout cas, celles qui sont "self-executing" et peuvent être observées par les adressataires du droit national). S'enthousiasmer pour de telles dispositions c'est souvent fermer les yeux sur les difficultés qui, à maints égards, en résultent pour les juges nationaux. Il n'est pas rare qu'il y ait entre les différents pays une conviction juridique unanime en ce qui concerne l'existence en une certaine matière d'une réglementation de droit international public, mais que les opinions divergent quant au contenu de cette réglementation (souveraineté sur la mer territoriale, et largeur de cette mer territoriale). Pratiquement, on ne peut guère escompter que les tribunaux nationaux aient, en ce qui concerne le contenu d'une telle réglementation prétendue existante, une opinion autre que celle du gouvernement du pays du for, même si cette dernière ne les lie pas. Plus nombreuses sont les juridictions nationales prenant des positions différentes quant au contenu "exact" d'une telle règle, plus faibles sont les chances qu'il se dégage à cet égard une conviction internationale unanime. Dans son ouvrage, *THE ROLE OF DOMESTIC COURTS IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER* (1964), M. R. Falk suggère que les tribunaux nationaux devraient se comporter d'une manière aussi indépendante que possible à l'égard des avis des Exécutifs nationaux chaque fois qu'il existe un large consensus international et s'y conformer par contre lorsque le contenu de la règle internationale est controversé. Voilà qui est plus vite dit que fait. A mon avis, un rapprochement des divers points de vues ne serait pas rendu plus difficile par la jurisprudence nationale si les tribunaux nationaux déclaraient ouvertement vouloir s'en tenir à l'interprétation constante dans la tradition de l'État du for, aussi longtemps que le contenu de cette règle—objet de controverse—n'a pas été clarifié, soit par traité, soit par décision d'une juridiction internationale.

³⁶ C'est ce qui se passe, par exemple, lorsqu'un tribunal est lié par une déclaration gouvernementale portant non seulement que le défendeur jouit en principe de l'immunité diplomatique, mais encore que cette immunité s'oppose en l'espèce concrète à ce que le tribunal se prononce sur la plainte dont il est saisi. Voir I WENGLER à 814-28. En procédant à l'application directe du droit international public, le juge national peut aussi être conduit à résoudre les questions suivantes : tel État étranger doit-il être regardé comme un État au sens du droit international public? Quels territoires ou peuples relèvent de sa souveraineté? Quelles personnes constituent, à un moment donné, le gouvernement habilité à représenter cet État en droit international public? Même si, en droit international, l'on ne donne qu'un effet déclaratoire à la reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement étranger de la part des gouvernements des autres États, ces questions peuvent être soustraites à la décision autonome du juge, et le juge être lié par les déclarations formelles du gouvernement sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance de cet État étranger, ou par un simple avis du gouvernement à ce sujet.

tirée d'une source de droit international public et appelée à application en vertu d'un renvoi peut enfin contredire une règle portée par une source de droit interne. Au cas où il y ait conflit entre une règle internationale et une règle relevant du droit interne "pur," le droit national peut ordonner au juge d'assimiler la règle internationale à certaines sources juridiques internes et d'appliquer parmi les règles ayant le même "rang" la règle la plus récente, pour autant qu'elle ne maintienne pas en vigueur, ni explicitement ni tacitement, la règle antérieure au titre de "disposition spéciale." Le droit national peut à cette fin connaître une présomption tendant à ce que les règles internationales soient toujours, en cas de doute, considérées comme "dispositions spéciales" lorsqu'elles ont fait l'objet d'un renvoi opéré dans une source de droit interne. On peut certainement, sous réserve de ce qui sera exposé plus loin, concevoir qu'une règle de droit interne supérieur, surtout une règle constitutionnelle s'imposant à tous les organes étatiques, ordonne au juge national de faire prévaloir les règles de droit international public visées par un renvoi de droit interne même sur les règles postérieures portées par un organe national quelconque. Dans un cas comme dans l'autre pourtant, le droit interne peut ordonner au juge national normal de renvoyer à titre préjudiciel à un tribunal spécial—ou à tout autre organe étatique—rendu compétent à cet effet toute question relative soit à l'existence même de la règle internationale, soit à son incompatibilité éventuelle avec toute disposition de droit interne, et attribuer à cette seule instance spéciale compétence pour juger de la primauté soit de la règle de droit national "pur," soit de la règle de droit international public. Cette procédure de contrôle devant cette juridiction spéciale pourrait avoir lieu sur renvoi préjudiciel des juges ordinaires ou bien pourrait n'être introduite que sur demande d'un organe politique habilité à cet effet.³⁷

Dans tous les cas où le juge national doit, conformément au droit étatique en vigueur,³⁸ préférer une règle de droit national pur à une règle

³⁷ Aux termes de l'art. 25 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale Allemande, le droit international public coutumier général prime, s'il est "self-executing," sur le droit législatif national (mais non sur la Loi Fondamentale). D'après l'art. 100, le *Bundesverfassungsgericht* peut, sur renvoi préjudiciel d'un autre tribunal, non seulement se prononcer sur l'existence d'une règle déterminée du droit international public général, voir *supra* note 34, mais encore constater à cette occasion qu'une loi nationale allemande ne peut, en raison de son incompatibilité avec cette règle internationale, trouver application devant le tribunal ayant sursis à statuer.

³⁸ Lorsque le juge national est appelé *prima facie* à faire application de deux règles contraires—que ces règles aient été prises par le même organe législatif interne à des époques successives ou par des organes législatifs nationaux différents—il n'y a aucune nécessité logique à laisser ce juge déclarer, sur la base de règles abstraites de priorité, quelle règle doit trouver application préférentielle. Il se pourrait que le juge doive, chaque fois qu'il y a conflit de règles, ou seulement à l'occasion de certaines catégories de conflits, surseoir à statuer et renvoyer cette question de primauté soit à un tribunal spécial, soit à l'organe législatif national lui ayant prescrit d'appliquer ces règles. Il est possible également que cette question de primauté ne puisse être tranchée que dans le cadre d'une action en contrôle de régularité (*Normenkontrollklage*) réservée à certains organes étatiques déterminés et devant être soumise à un tribunal spécial, et que le juge ordinaire ait, en attendant, à appliquer la dernière règle publiée (pour autant qu'elle ne veuille pas explicitement s'effacer devant

internationale comprise dans un renvoi, le droit international public ne peut recouvrer son applicabilité dans l'État du for que sur intervention du législateur à savoir, sous la forme d'un nouvel acte législatif, qui pourrait lever même rétroactivement des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée. Dans ce cas, le législateur ou le gouvernement doivent presque partout prendre eux-mêmes l'initiative de modifier la loi, mais ne sauraient être saisis en qualité d'instance de recours supérieure au tribunal qui, tant que cette modification n'est pas intervenue, doit faire prévaloir la loi nationale postérieure.

IX. DES LIMITATIONS À L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL EN VERTU D'UN RENVOI

Alors même que les organes suprêmes d'un État soient disposés par principe à conformer le droit national aux exigences du droit international public, le renvoi, même le renvoi global à un traité, ne saurait être compris comme impliquant toujours la plus large adaptation possible du droit interne au droit international. Il peut exister diverses situations où le Constituant, même désireux d'assurer dans l'État l'exécution du droit international, veut—ou du moins on doit le présumer—maintenir à titre provisoire certaines dispositions contraires de droit interne, et n'admet pas que le renvoi du droit international public ait pour effet d'interdire inconditionnellement au juge national d'en faire application.

Une situation de ce genre peut se présenter avant tout lorsque l'État est tenu à réglementer une matière donnée conformément à un programme fixé dans une source juridique internationale. Un premier point est indiscutable : l'existence, après le délai accordé à l'État par le traité de tout droit national ne correspondant pas à ce programme entraîne la responsabilité internationale de l'État; un organe international habilité sur le plan de l'ordre juridique international à constater avec force obligatoire les violations du droit international pourrait déclarer qu'il y a délit international imputable à cet État. Sur le plan national toutefois se pose un problème, celui de savoir si le renvoi général au droit international public, opéré par exemple par la constitution, a automatiquement pour effet, tant que le législateur ne s'est pas conformé à l'obligation positive d'assurer l'exécution du programme, d'abroger toutes les dispositions internes déjà existantes et contraires à ce programme, donc de les rendre inefficaces

la règle plus ancienne et plus spéciale). En ce qui concerne le droit autrichien, par exemple, M. Ermacora a défendu la thèse que même un décret peut empêcher le juge normal d'appliquer une loi formelle plus ancienne lui étant contraire tant que la cour constitutionnelle n'a pas constaté la nullité de ce décret. Voir Ermacora, Klecatsky & Ringhofer, *Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1955*, 12 ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG à 593 (1957). Depuis longtemps on s'est aperçu que la "hiérarchie des normes" se trouve "nivelée" lorsque le contrôle de validité et de primauté de règles d'origine différente relève de procédures spéciales. Voir Klecatsky, *Hat Österreich eine Verfassung?*, [1965] JURISTISCHE BLÄTTER 550.

devant le juge national. Dans la mesure où une telle abrogation implicite entraînerait en droit interne une lacune intolérable, on ne peut pas admettre que cela puisse être l'intention du Constituant. On peut concevoir, par exemple, qu'un État se soit obligé conventionnellement à réorganiser son armée de mercenaires sur la base du service militaire obligatoire, mais n'ait pas encore pris les mesures détaillées nécessaires pour faire face à cette obligation. Est-ce que l'on peut en conséquence réputer abrogées dans cet État les règles de droit militaire antérieur? On ne devrait certainement pas tenir pour abolis les contrats de services déjà existants et, pour dissoute automatiquement, l'armée de mercenaires; aucun tribunal national ne pourrait considérer comme hors vigueur les règles de droit national antérieur non conforme au programme international. Une convention internationale fait obligation à un État de régler en droit interne l'exercice du droit de grève, et dispose que la grève peut, conformément à certaines directives de la Convention, être interdite.³⁹ Les règles antérieures de droit national relatives au droit de grève qui ne correspondent à ce programme sont certainement désapprouvées en droit international public; mais on ne saurait admettre qu'elles soient purement et simplement abolies dans l'ordre juridique national, donc qu'il n'y ait plus aucune limitation à la grève tant que la nouvelle réglementation conforme au programme fixé par la Convention n'a pas été adoptée en droit national. L'État est tenu à régler la circulation routière sur le territoire national selon un code de la route-type reproduit dans un traité international; on ne peut estimer abrogées les règles de comportement portées par le code de la route national antérieur si, par exemple, la mise en exécution pratique du nouveau code implique des modifications coûteuses de la signalisation routière qui n'ont pas encore été entreprises.⁴⁰ Bien entendu il peut exister certaines situations où l'on pourrait admettre que la réglementation existante

³⁹ Cf. l'annexe à l'art 6(5) du traité sur la Charte Sociale Européenne.

⁴⁰ Voir Décision du 4 nov. 1960, [1960] Pasirisie II 125 (C. App. Bruxelles).

On peut également penser à l'exemple suivant : Un État lève, conformément au droit interne, un impôt d'un taux de 15%; un traité international vient disposer que le taux, si l'État veut lever cet impôt, ne doit pas être inférieur à 12%. Quelque temps plus tard, le législateur national abroge en son entier la loi fiscale antérieure et introduit par inadvertance une loi fiscale nouvelle fixant pour cet impôt un taux de 10%. La loi fiscale antérieure portant le taux licite de 15% ayant été abrogée, et la loi nouvelle, parce qu'enfreignant la règle de droit international public, étant "inapplicable," peut-on alors admettre que l'impôt n'est absolument plus exigible? Une décision de la Cour Constitutionnelle autrichienne du 14 oct. 1965, Sig. No. 5100, nous donne un autre exemple intéressant : la disposition de l'art. 6(1)(1) de la Convention Européenne sur les droits de l'homme, aux termes de laquelle toute personne a droit qu'un tribunal indépendant décide de ses droits civils, a été l'objet d'une loi constitutionnelle de 1964 l'élevant au rang de loi constitutionnelle. Serait inconstitutionnelle une loi nationale déclarant que certaines contestations de nature civile feraient l'objet d'une décision d'une autorité administrative à l'exclusion de toute voie de recours devant un tribunal indépendant. S'il n'existait pas de clause générale (dans le Code de procédure civile) attribuant faute de dispositions contraíres toutes les contestations de nature civile à certains tribunaux, ni de clause prévoyant le contrôle juridictionnel de tout acte administratif, l'art. 6 de la Convention ne pourrait guère avoir pour effet qu'il n'y ait dans ce cas ni tribunal ni autorité administrative compétents! Remarquons de plus que l'art. 13 de la Convention de Rome donnant droit "à l'octroi d'un recours effectif" au cas de violation d'un droit protégé par la Convention n'est pas "self-executing." Voir décision du 1 oct. 1964, Sig. No. 4795 (C. Constitutionnelle autrichienne).

de droit interne tombe avant même qu'elle ne soit remplacée conformément à l'obligation-programme de droit international public et sans qu'il n'en résulte des conséquences intolérables en ce qui concerne la consistance du droit national.

Par ailleurs, cependant, il est assez fréquent qu'un traité international ait un contenu complexe, portant à la fois des règles qui pourraient être appliquées immédiatement par le juge national et des dispositions-programme dont la réalisation dans l'Etat est subordonnée à l'adoption de mesures d'exécution en droit interne. Si ces modalités d'application n'ont pas encore été arrêtées par le législateur national (peu importe qu'il y ait ou non faute de sa part)⁴¹ et si, comme il vient d'être expliqué, les règles internes antérieures demeurent en vigueur bien que désapprouvées en droit international, la réalisation de ces dernières peut fort bien être perturbée au cas où les dispositions conventionnelles "self-executing" trouveraient application immédiate à titre isolé. Reprenons le dernier des exemples précités et supposons que l'Etat soit tenu d'introduire la circulation à droite. Cette disposition du code de la route-type pourrait théoriquement être immédiatement observée par les automobilistes, donc trouver application sans délai devant les tribunaux nationaux; en fait, elle ne peut avoir d'efficacité tant que les panneaux de circulation à gauche n'ont pas été supprimés et tant que l'ensemble du système de signalisation routière n'a pas été complètement réorganisé. En attendant de remplacer définitivement le droit national maintenu provisoirement en vigueur pour les raisons précitées (donc demeuré "applicable" devant les tribunaux nationaux bien que désapprouvé en droit international) le législateur national peut également avoir des raisons pour modifier certaines dispositions isolées du droit national antérieur sans toutefois satisfaire à la règle-programme de droit international. Encore une fois, il faut présumer que la volonté du législateur ou du Constituant est que le renvoi au droit international public et l'incompatibilité du droit interne ainsi modifié n'interdisent pas au juge national d'en faire application. Un Etat doit restructurer son armée de mercenaires selon le principe du service militaire obligatoire; au lieu de le faire, le législateur modifie quelques dispositions de droit national relatives aux contrats de services des volontaires; le juge national doit donner effet à ces règles modifiées, même s'il est patent que le législateur national ne s'est pas acquitté, ce faisant, de l'obligation d'assurer l'exécution du programme de droit international et de s'abstenir de créer des règles incompatibles avec ce programme.

On peut enfin concevoir que le législateur édicte sans l'avoir prémé-

⁴¹ Au moyen d'une transformation globale de traités internationaux dont les dispositions, après examen, s'avèrent "non-self-executing" en tout ou en partie, certains Etats font semblant d'être favorables à la promotion du droit international, alors qu'en vérité ils n'entreprennent rien, ou trop peu, pour assurer l'exécution effective de ces traités. C'est à bon droit que Klecatsky critique cette pratique, largement répandue en Europe. H. KLECATSKY, *supra* note 26, à 46.

dité, dans le cadre d'une matière qu'il peut librement réglementer sans être lié par des règles internationales, un seul article illicite en droit international et incompatible avec une règle déjà incorporée en droit interne par suite d'un renvoi. S'il s'agit d'un article dont la non-application compromettrait gravement la réalisation de la réglementation portée par la nouvelle loi, il y a toute raison d'admettre que l'intention du législateur est qu'il trouve pleine efficacité bien qu'il soit contraire au droit international du moins, tant que le législateur n'a pas trouvé le temps de modifier l'ensemble de la réglementation prise de manière à ce qu'elle puisse fonctionner sans cet article.

Dans tous les cas que nous venons de signaler, le problème qui se pose est finalement celui de savoir si la non-application d'une règle interne désapprouvée en droit international public influence gravement la consistance même du droit national. On pourrait en la matière parler d'un état de nécessité⁴² dans la législation nationale s'opposant à l'application du droit international public dans l'État. Il est douteux que cette question soit, par sa nature même, susceptible d'être l'objet d'une décision juridictionnelle. Remarquons à ce propos : pour autant qu'une règle conventionnelle interdise au législateur national de prendre et de maintenir en vigueur non seulement toute disposition de droit interne portant une réglementation exactement contraire à ce qu'elle ordonne, mais encore toute règle de nature à "compromettre la réalisation des buts" du traité,⁴³ les États signataires acceptent parfois une clause voulant que la question de savoir si une règle interne enfreint cette obligation soit éventuellement portée à la connaissance d'un organe international à la connaissance d'un organe international. Les États signataires y consentent souvent dans l'espoir que les dispositions de droit national prêtant à critique quant à leur conformité à cette règle conventionnelle puissent se compenser d'un État à l'autre, et que chaque État hésitera de ce fait à reprocher à un autre un manquement au traité. Dans ce cas, et encore plus si aucun recours à la décision d'un organe international n'est prévu, on ne peut guère admettre que chaque État signataire ait la volonté de laisser chacun de ses tribunaux (même les plus insignifiants) contrôler la régularité des règles internes au regard d'une règle internationale de cette nature. Il faut, bien plus, présumer que cette question est soustraite par principe de la compétence des tribunaux nationaux, ce qui équivaut à dire que le renvoi opéré par "loi-enveloppe" et permettant au juge national d'appliquer le droit conventionnel n'opère pas à l'égard de cette règle. De même, nous l'avons vu, peut se poser la question de la nécessité d'appliquer temporairement dans l'État une

⁴² Ne se réfèrent naturellement pas à cet état de nécessité les clauses de sauvegarde que connaissent de nombreux traités. Voir P. GORI, *LES CLAUSES DE SAUVEGARDE DES TRAITÉS CECA ET CEE* (1967).

⁴³ Voir art. 5(2) du Traité instituant la Communauté Économique Européenne.

règle interne contraire au droit international public, mais indispensable à la réalisation d'une réglementation législative complexe dont l'absence totale serait intolérable. Dans une telle situation, il se peut fort bien que la non-application du droit international et la préférence donnée à la règle interne contraire n'aient pas de conséquences choquantes au point d'inciter un autre État (ayant droit à l'observation de la règle internationale) à s'opposer à ce maintien en vigueur temporaire de la règle interne contraire. La tâche consiste alors à deviner et à estimer quelle sera la réaction de l'autre État, et on doit présumer en général qu'elle est aussi réservée par la constitution interne à la décision du législateur national. Si c'est le cas, il faut en tirer une conséquence : un renvoi global au droit international ne peut pas être interprété comme comprenant une règle internationale (implicite ou explicite) interdisant en termes généraux aux États d'avoir dans leur ordre juridique interne des règles incompatibles avec une règle internationale dont ils sont tenus respectivement d'assurer la réalisation et ce, de telle manière que tous les tribunaux nationaux seraient tenus d'écarter à tout prix les lois nationales contraires à cette interdiction.⁴⁴

⁴⁴ Selon 1 G. BALLADORE-PALLIERI, *DIRITTO INTERNAZIONALE* 255 (1966), la *présomption* qu'aucune loi nationale ne veut porter de dispositions qui soient contraires au droit international, et dont l'exécution constituerait une violation du droit international par l'État du for, (ce qui ne présuppose pas nécessairement qu'un droit national conforme ait déjà été créé) sera suffisante dans la plupart des cas pour permettre au juge national d'interpréter une règle interne qui semble à première vue incompatible avec une règle internationale de sorte que ce conflit soit évité. A bon droit, M. Balladore-Pallieri souligne toutefois que là où cette présomption doit être écartée, les organes législatifs sont seuls responsables de la non-conformité du droit national au droit international, et ce exactement de la même manière que lorsqu'ils s'abstiennent d'adopter des règles internes que le droit international leur ordonne de prendre.

Interprétant l'art. 25 de la Loi Fondamentale Allemande, voir *supra* note 37; Hoffman, *Das Verhältniss des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum Recht der Mitgliedstaaten*, 20 *DEUTSCHE ÖFFENTLICHE VERWALTUNG* 440 (1967), opère une distinction. L'art. 25 n'interdirait l'application d'une loi nationale allemande que si elle régleme un comportement humain d'une manière contraire à des normes de comportement positives et transformées du droit international public général (les règles de la Haye, par exemple, sur la conduite des opérations de guerre). Par contre, pourrait trouver application une loi enfreignant une norme de droit international public coutumier ne portant qu'interdiction de prendre en droit national certaines règles déterminées.

Si le législateur national, parce qu'il partage l'opinion du gouvernement qu'un traité a été gravement violé par l'autre État signataire et que ce dernier pouvait, pour ce motif, être dénoncé, abroge expressément la loi-enveloppe relative à ce traité, aucun tribunal national, même constitutionnel, ne pourrait, après examen des faits, nier la validité de la loi d'abrogation sous prétexte qu'il n'y a pas eu violation, ou que le manquement n'était pas suffisamment grave pour justifier une dénonciation, et qu'en conséquence, le droit international défend d'abroger la loi-enveloppe dont l'adoption était obligatoire au regard du droit international. Voir 1 G. BALLADORE-PALLIERI, *DIRITTO INTERNAZIONALE* 260 (1966).

Toute interdiction conventionnelle, pour un État signataire d'un traité international A, de conclure à l'avenir d'autres traités ayant un contenu déterminé (et en particulier, mais non seulement, tout traité dont la mise en oeuvre empêcherait l'exécution du traité A) ne signifie pas pour les tribunaux nationaux qu'ils aient à faire application préférentielle du traité A; cela, d'autant moins que la simple contradiction entre un tel traité et le traité plus ancien A ne porte pas, sans préjudice de la responsabilité vis-à-vis des autres États signataires, atteinte au caractère obligatoire en droit international public dans les rapports entre les États signataires, du traité contraire conclu ultérieurement. Voir 1 WENGLER à 412 (1964), et art. 26(4)(c) du projet de la Commission de Droit International sur le droit des traités.

Cela peut avoir de l'importance lorsqu'un traité collectif donne à certaines personnes des avantages, auxquels elles ne peuvent elles-mêmes renoncer, et que l'État d'origine de ces personnes convient ultérieurement par traité conclu avec un autre État signataire du traité collectif que ce

X. DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES DE RECOURIR À LA TECHNIQUE DU RENVOI

Il est bien possible que le droit international public fasse obligation à l'État de donner une forme déterminée aux dispositions de droit interne relative à ce que nous pouvons désormais, après les considérations qui précèdent, appeler sommairement l'"application directe du droit international par le juge national."

Un traité international—surtout un de ceux faisant obligation à l'État de connaître en droit interne des règles déterminées dont ils reproduisent eux-mêmes le texte—peut en effet interdire au législateur national d'adopter les mesures nécessaires à leur exécution sans se référer en droit interne à leur origine de droit international public; en d'autres termes, le traité peut obliger les États signataires à recourir à cet effet à la technique du renvoi.

Une telle obligation de renvoyer au contenu normatif de la source de droit international public dans le but d'en assurer l'application par le juge national présenterait divers avantages. Tout renvoi au droit international public coutumier se référerait non seulement à sa consistance actuelle, mais aussi, automatiquement, aux modifications qu'il est susceptible de connaître par la suite; toute interprétation devenue coutumière d'une règle internationale écrite pourrait, et devrait, être pertinente devant le juge national. Enfin, le renvoi à tout traité prévoyant que les litiges "relatifs au traité" doivent être l'objet d'une décision ayant force de chose jugée prise par un tribunal international, pourrait impliquer que toutes les décisions déjà prises lient également les tribunaux nationaux.

En fait, il est bien rare qu'un traité international enjoigne expressément les États signataires de se servir de la méthode du renvoi pour assurer son exécution. De plus, aucune règle écrite ou non écrite, de droit international n'interdit aux États—ce qui pourtant pourrait favoriser une interprétation uniforme dans tous les pays—de codifier dans une loi le droit international public coutumier, le droit de la guerre, par exemple, à l'usage de leurs administrations ou de leurs tribunaux. Même les traités engageant les États signataires à avoir en certaines matières, soit des règles déterminées

dernier n'est plus tenu à, ou même ne doit pas, accorder ces avantages. En ce qui concerne le traité bilatéral conclu avec les États-Unis dans lequel l'Italie renonçait à certains droits, tirés de la Convention de Genève de 1929, des prisonniers de guerre italiens, la Cour de Cassation de Rome n'aborde absolument pas la question de savoir si ce renoncement était licite au regard de la Convention de 1929 sur les prisonniers de guerre. Voir décision du 21 mars 1967, [1968] RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE 122 (Corte di Cassazione).

Si un État est tenu en vertu d'un traité (ou, éventuellement, d'une autre règle de droit international public) de ne pas modifier l'ensemble, ou du moins certaines dispositions, de sa constitution interne, peut-on, afin de garantir le respect de cet engagement, fonder une obligation internationale complémentaire selon laquelle ses juges seraient obligés soit d'ignorer toute révision constitutionnelle interdite, soit de refuser application aux lois prises en vertu d'une telle révision? On peut certainement l'affirmer si la constitution interne prévoit la possibilité d'introduire des normes constitutionnelles irrévocables; la règle internationale relative au comportement des juges nationaux peut, quant à elle, faire l'objet d'une telle norme constitutionnelle intangible. La réponse par contre

de droit privé, soit des règles de conflit uniformes, ne portent pas la moindre obligation de se servir à cette fin de la technique du renvoi. Les États signataires de la Convention de Genève sur le droit cambiaire, par exemple, peuvent remplir l'obligation conventionnelle d'introduire un droit uniforme, en adoptant, sans se référer au texte de la Convention, une loi nationale portant les dispositions qui y sont déclarées obligatoires.⁴⁵ Si les législateurs nationaux se servent volontiers du renvoi aux traités internationaux c'est généralement sans y être tenus en

est certainement négative si la constitution interne ne prévoit pas une telle possibilité. Il ne peut qu'en être de même pour toute obligation internationale interdisant à un État d'entreprendre une révision de sa constitution sans l'approbation ou sans le concours d'un organe étatique "étranger" (c'est-à-dire d'un organe dont les compétences ne sont pas organisées dans la constitution interne de cet État).

La constitution nationale pouvant, en sa qualité de droit interne, être supprimée dans sa totalité par suite d'une révolution, si la puissance publique révolutionnaire s'avère effective, aucune exception ne doit être faite pour les dispositions de cette constitution sur lesquelles pèse une obligation internationale de non-révision. Il serait absurde d'affirmer la survie des quelques dispositions de la constitution pré-révolutionnaire interdisant au juge national de faire application de tout droit basé sur une révision interdite; ce serait un non-sens d'admettre que ces dispositions constitutionnelles pré-révolutionnaires s'imposent également aux juges qui ne tiennent leurs pouvoirs que de la constitution nouvelle. En effet, il serait singulier, après que les tenants de la théorie moniste aient concédé que le droit législatif interne contraire au droit international public n'est pas nul du simple fait de cette incompatibilité, mais obtienne en tant que droit une validité provisoire—à savoir, jusqu'à ce que survienne, en bonne et due forme, une modification ou de la loi interne ou du droit international—de nier à ce sujet la possibilité de l'existence, ne serait-ce que provisoire, d'un droit constitutionnel interne contraire au droit international public.

Le juge d'un pays du Commonwealth doit-il ignorer les modifications de la constitution interne décrétées, sans l'approbation, pourtant requise, de la Couronne ou du Parlement du Royaume-Uni, par des pouvoirs exerçant dans ce pays la puissance publique effective? Vouloir, à l'encontre des organes politiques exerçant le pouvoir effectif, faire du juge national le gardien de tels liens envers un autre pays est, comme le montre la décision du 29 jan. 1968 de la High Court of Rhodesia (Appellate Division) dans l'affaire *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, fort irréaliste.

⁴⁵ C'est pourquoi le droit cambiaire uniforme de la Convention de Genève est devenu droit interne allemand non par un renvoi au texte du traité opéré par une loi-enveloppe, mais par l'adoption d'une loi nationale, en langue allemande, portant une réglementation identique, sans aucune référence à la Convention. Tout traité international posant des règles appelées à favoriser certaines personnes peut disposer que les bénéficiaires de ces règles doivent avoir la possibilité dans l'ordre juridique national d'intenter une action à l'effet de sauvegarder des droits. Cela ne signifie pas encore toutefois que l'État soit tenu à recourir à la technique du renvoi et à laisser ses tribunaux donner directement efficacité à ces règles internationales. C'est à tort, me semble-t-il, que quelques-uns, voir aussi Mosler *supra* note 3, à 631, voient dans la décision de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'affaire des fonctionnaires de Danzig, [1928] P.C.I.J., ser. B, No. 15, à 17, la reconnaissance d'une obligation conventionnelle, selon laquelle l'État responsable (ou bien les deux États signataires) serait tenu de recourir à la méthode du renvoi afin de donner efficacité directe aux règles d'un traité international voulant assurer certains avantages aux cheminots de Danzig au service de l'administration polonaise des chemins-de-fer. L'État aurait pu aussi bien satisfaire à l'obligation conventionnelle en adoptant une loi ne renvoyant pas au traité mais ayant le contenu voulu par le traité. Selon la Cour Européenne de Justice, dans sa décision du 5 fév. 1963, 9 Recueil de la Jurisprudence de la Cour 22, l'art. 12 du traité instituant la Communauté Économique Européenne engendre pour les particuliers un droit subjectif à ce que l'État s'abstienne d'augmenter dans les relations entre États membres les droits de douane existants. Une toute autre question est celle de savoir si le traité instituant la Communauté Économique Européenne voulait donner aux juges nationaux le pouvoir, et le devoir, de contrôler et de rejeter tout droit national contraire au traité, ce qui me paraît invraisemblable pour d'autres raisons, voir pp. 304-05 *infra*. Quiconque pourtant admet que le juge national ne doit pas appliquer une règle interne simplement interdite par le traité sur la Communauté Économique Européenne pourra difficilement soutenir que les interdictions portées par le droit international public général de prendre certaines règles déterminées en droit national ne peuvent pas avoir la même signification au regard de l'art. 25 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale, voir *supra* note 44.

droit international, pour de simples raisons de commodité. Très souvent même, ils s'abandonnent à l'illusion d'avoir fait tout ce qui est requis pour assurer l'exécution du traité en reproduisant le texte en annexe à une loi-enveloppe.

Un motif particulier d'édicter dans un traité une obligation de recourir à la technique du renvoi existe, quand on veut garantir qu'un grand nombre de dispositions devant être prises, ultérieurement et successivement, par une instance internationale soient observées sans délai par les organes nationaux compétents et, surtout, lorsque ces dispositions doivent être appliquées par les tribunaux dans le but d'en imposer l'observation dans l'État au moyen de sanctions relevant du droit interne. Aux termes de l'article 189(2) du traité instituant la Communauté Economique Européenne les règlements arrêtés par les instances communautaires sont "directement applicable(s)" dans les États membres. Cela signifie que les États membres sont responsables de l'application de ces règlements, dans leur forme originale, par les tribunaux nationaux, et doivent, au moyen d'un renvoi global prononcé dans une source appropriée du droit interne, leur prescrire d'en faire application directe sans qu'il soit nécessaire qu'une source juridique interne renvoie successivement à chacun d'eux.⁴⁶

Une obligation—indirecte—de se servir en droit interne d'un renvoi au traité en tant que tel peut être présumée lorsqu'une règle internationale (le plus souvent conventionnelle) ordonne au juge national de renvoyer pour interprétation devant un tribunal international certaines règles conventionnelles.⁴⁷ La même obligation peut également se dissimuler derrière le fait que l'État partie à un traité est tenu de façonner son droit interne d'une manière telle que le juge national ait à préférer le "traité" en cas de conflit entre les règles posées par ce traité et les règles internes;⁴⁸ cela sera seulement possible lorsque le juge est renvoyé à un contenu normatif revêtu des qualités de droit international.

Une obligation conventionnelle—explicite ou implicite—incombant à un État de faire directement appliquer du droit international par les juges nationaux, pourtant, n'implique aucunement que l'État doive laisser appliquer ces règles par tous les tribunaux nationaux dans le cadre de leur compétence respective; cette obligation ne pourrait lui interdire, par exemple, de réserver l'application directe des règles internationales à des tribunaux spéciaux.

⁴⁶ Dans la plupart des États membres, un tel renvoi global a été prononcé par l'organe législatif en donnant au traité, y compris l'art. 189, force de loi interne au moyen d'une loi-enveloppe. Pour certain, l'"applicabilité directe" des règlements arrêtés par la Communauté Économique Européenne signifie que les organes administratifs nationaux et les juridictions nationales doivent appliquer chacun de ces règlements sans qu'il soit besoin en droit interne d'un ordre spécial d'appliquer.

⁴⁷ Voir art. 177 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne et note 68 *infra*.

⁴⁸ Sur le point de savoir si le traité instituant la Communauté Économique Européenne contient une telle obligation, voir pp. 304-05 *infra*.

Même si le renvoi obligatoire porte sur des contenus normatifs "self-executing," cela n'exclut pas nécessairement la possibilité de retirer à la connaissance des juges, et de les réserver à la décision de l'Exécutif, certaines phases de la fonction juridictionnelle, l'interprétation des traités, par exemple, ou la constatation de certains faits pertinents en droit international. Même à l'intérieur du cercle d'États du monde occidental, on ne peut interpréter les traités internationaux d'une manière telle qu'ils imposeraient à l'État une application intégrale du droit international par chacune de ses juridictions dans le sens d'un "totaler Justizstaat."

Certains motifs, nous l'avons vu,⁴⁹ interdisent de donner aux renvois au droit international librement opérés en droit interne la plus large portée logiquement concevable. Il n'en est pas autrement lorsque l'État est tenu par un traité de se servir du renvoi dans le but de garantir l'application directe du droit international, et avant tout, là encore, lorsqu'une source juridique interne renvoie à un programme normatif couplé avec une interdiction de légiférer contrairement à ce programme. Nous avons montré que le renvoi formel de droit interne à un tel programme normatif de droit international n'entraîne pas nécessairement pour les tribunaux nationaux l'obligation d'écarter systématiquement toute règle interne contraire. L'obligation conventionnelle incombant à un État de régler une matière déterminée en se conformant à certaines directives implique, il est vrai, l'interdiction de légiférer contrairement à ce programme; néanmoins, l'obligation conventionnelle de faire appliquer par le juge national toutes les dispositions conventionnelles qui, par leur nature, sont "self-executing" et de se servir à cette fin de la technique du renvoi, ne pourra non plus être interprétée comme imposant aux tribunaux nationaux d'écarter à tout prix toute règle interne ne correspondant pas aux directives du programme de législation porté par le traité. Plusieurs États concluant un traité d'alliance et d'assistance réciproque, prennent, par exemple, l'obligation conventionnelle supplémentaire d'organiser leurs armées sur la base du service militaire obligatoire et de dissoudre leur armée de volontaires; si l'un des États contractants n'a pas, même fautivement, restructuré son droit militaire, ce serait un non-sens d'admettre l'existence d'une obligation conventionnelle selon laquelle les tribunaux de cet État devraient refuser de donner effet aux règles internes antérieures et relatives à une armée de volontaires: l'État n'ayant alors plus d'armée capable d'intervenir, ne pourrait pas satisfaire à son obligation d'assistance. Une autre situation a déjà été évoquée ci-dessus: ⁵⁰ admettre que certaines dispositions isolées et "self-executing" d'un traité

⁴⁹ Voir pp. 290-91 *supra*.

⁵⁰ Voir p. 289 *supra*. Dans son ouvrage *THE ROLE OF MEMBER STATES IN THE UNIFICATION WORK OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION* 62 (1966), A. Suviranta avance contre l'opportunité de renvoyer en droit interne aux conventions de l'Organisation Internationale du Travail des arguments qui méritent attention.

international puissent sans délai sortir leur plein effet en droit interne alors que les autres dispositions conventionnelles, ne fixant qu'un programme à l'adresse du législateur national, ne peuvent être appliquées qu'après l'adoption en droit interne des mesures nécessaires à leur exécution, peut conduire à des résultats intolérables; il sera alors exclu que l'on puisse admettre que l'intention du législateur international était d'obliger les États à donner aveuglément efficacité immédiate à toutes les dispositions "self-executing" du traité.

De plus, même si un État est spécialement obligé de façonner son droit interne de manière à empêcher ses tribunaux d'appliquer les règles internes désapprouvées en droit international ou contraires à une règle internationale à laquelle renvoie une source juridique interne antérieure, cela ne signifie point que tout tribunal national doive avoir compétence à l'effet de juger de la régularité de ces règles internes au regard du droit international. A défaut d'une autre disposition explicite, l'État national pourrait, par exemple, imposer à ses tribunaux ordinaires de renvoyer à titre préjudiciel à la décision d'un tribunal spécial, constitutionnel, par exemple, toute question de compatibilité entre droit interne et droit international.

Sans conteste, toute réalisation d'un événement interdit en droit international⁵¹ constitue une violation du droit international même lorsqu'elle résulte d'une décision d'une juridiction nationale ayant, en l'espèce, donné effet à une loi interne contraire ou n'ayant pas appliqué une règle pourtant obligatoire en droit interne au regard du droit international. L'interdiction d'occasionner ou de tolérer cet événement, cependant, n'implique pas une obligation spécifique selon laquelle l'État serait tenu à imposer à tous les juges nationaux d'appliquer le droit international portant cette interdiction, à l'effet d'en imposer le respect aux sujets de droit de l'ordre juridique interne, et de contrôler la compatibilité des règles nationales avec cette interdiction.⁵² Pour autant que le droit constitutionnel interne fasse obligation au juge national de donner effet à une loi nationale contraire à une interdiction explicite ou implicite de droit international, cette circonstance ne

⁵¹ Exemple : éviter l'inondation du territoire de l'État voisin.

⁵² Selon Mosler, *supra* note 3, à 634, l'État ne pourrait faire face à l'obligation d'adapter son droit interne au droit international "sans donner à ses tribunaux la compétence de statuer conformément au droit international" et il serait possible, à l'avenir, de parvenir à l'"application complète du droit international à l'intérieur des États." C'est là une affirmation que je ne saurais partager. Du seul fait qu'un État est responsable en droit international de la réalisation d'un fait déterminé, on ne peut pas conclure à l'existence pour cet État d'une obligation d'ordonner en droit interne la réalisation de ce fait (par exemple, lorsqu'on peut escompter que le fait trouvera réalisation par suite de l'activité libre de ceux qui sont à même de le faire). Même s'il y a obligation internationale de créer du droit national, on ne peut, sans disposition expresse, admettre que l'État est tenu de se servir du renvoi, voir *supra* note 45, afin d'imposer par là au juge national d'appliquer ce qui est un traité de droit international. De plus, les directives-programmes de droit international relatives à la consistance même du droit interne ne peuvent jamais être directement appliquées par le juge national.

constitue pas en tant que telle une violation supplémentaire du droit international. L'adoption d'une loi interne méconnaissant cette interdiction constitue, par elle-même, un délit de droit international. Le fait que l'ordre juridique interne n'interdise pas au juge national d'en faire application ne constitue pas un délit second.

XI. DES INTERDICTIONS D'APPLICATION DIRECTE DU DROIT INTERNATIONAL PAR LE JUGE NATIONAL

Lorsque l'État est tenu à exécuter un programme normatif de droit international, la méconnaissance de cette obligation—le législateur national négligeant ou différant cette exécution—est certainement un délit international; le fait toutefois que l'ordre juridique interne ne prévoit aucune possibilité d'imposer au législateur de prendre les mesures nécessaires à cette exécution—sur décision d'une cour constitutionnelle, par exemple—ne constitue pas nécessairement un deuxième délit de droit international. Lorsqu'un traité contient à la fois des règles immédiatement applicables et des règles-programmes et que ces dernières n'ont pas encore trouvé exécution en droit interne, le fait que le juge national écarte toute règle nationale plus ou moins incompatible avec ces règles-programmes, ou donne sans délai plein effet aux dispositions isolées de nature "self-executing" peut, nous l'avons déjà remarqué, mettre en péril la réalisation des buts du traité ou menacer l'harmonie de l'ordre juridique interne,⁵³ et ce d'une manière également préjudiciable aux autres États contractants. Il se peut justement que les créateurs du traité aient eu conscience de ces dangers et y voient un motif à inclure dans le traité une disposition expresse interdisant à titre général aux tribunaux nationaux d'en faire application directe. Une disposition de ce genre a alors pour effet principal d'écartier toute application immédiate des règles conventionnelles pouvant être réputées "self-executing." Une clause supplémentaire du traité sur la Charte sociale européenne exprime ainsi que l'intention des parties contractantes est qu'aucun individu ne puisse invoquer une disposition de la Charte devant les juridictions nationales et qu'aucune de ces juridictions ne puisse fonder une décision sur cette charte.⁵⁴ Que ce soit sur la demande d'un individu ou sur celle d'une administration interne, le juge national ne pourra appliquer la Charte

⁵³ Une situation analogue est connue en République Fédérale Allemande sous l'art. 75 de la Loi Fondamentale : une loi-cadre fédérale (*Rahmengesetz*) pourra contenir à la fois des directives pour la législation des pays et des règles isolées qui pourraient être appliquées directement; ces dernières néanmoins ne créent du droit "applicable en pratique" que lorsqu'elles sont combinées avec la législation édictée par les pays conformément aux directives. Décision du 1^{er} déc. 1954, 4 BVerfG 116, à 130. Elles ne sont donc pas applicables tant que les législateurs des pays n'ont pas exécuté le programme, même s'ils sont en demeure.

⁵⁴ L'annexe à la Charte sociale, réputée partie intégrante du traité du 18 oct. 1961 dispose : "il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul contrôle visé par la Partie IV." D'après une littérature unanime, et notamment selon les auteurs ayant suivi de près l'élaboration de la Charte, cela signifie que les tribunaux nationaux ne doivent pas en faire application directe, voir Tennfjord, *The European Social*

que dans la mesure où le législateur national sera intervenu pour en assurer la réalisation dans l'ordre juridique interne, soit en arrêtant les modalités législatives d'exécution des règles-programmes, soit en reproduisant explicitement et littéralement le texte des rares dispositions à caractère "self-executing" qu'elle contient.

En ce qui concerne la Charte sociale européenne, d'autres motivations semblent avoir présidé à l'interdiction de toute application directe devant les tribunaux nationaux. On a craint apparemment que la non-intervention du législateur national, donc la méconnaissance de l'obligation conventionnelle d'assurer l'exécution de ce traité, ne puisse, pour autant qu'une obligation de droit interne vienne s'ajouter à l'obligation internationale,⁵⁵ entraîner dans l'ordre juridique interne des droits à dommages-intérêts pour les personnes appelées à bénéficier de ces règles. C'est là justement ce que voulaient éviter certains États signataires⁵⁶ et les autres États se sont rangés à leur côté.

Un dernier motif paraît également avoir joué un certain rôle : tout État voulant reprocher à un autre État contractant un manquement à la Charte sociale européenne—c'est-à-dire, essentiellement, au devoir d'exécuter en droit interne les règles-programmes de droit social contenues

Charter—an Instrument of Social Collaboration in Europe, 9 *EUROP. Y.B.* 79 (1961) : "It should be noted that the Charter cannot be invoked by individuals in national courts." Voir également Papadatos, *The European Social Charter*, 7 *J. OF THE INT'L COMM'N OF JURISTS* 214, à 238 (1966) : la disposition reproduite ci-dessus a pour but "to exclude the possibility of supervision of the Charter by the domestic courts of any of the contracting parties."

Un traité international se contente parfois de suggérer que le renvoi global éventuel du droit interne ne donnera pas efficacité directe devant les tribunaux nationaux aux dispositions qui par leur contenu pourraient être "self-executing," aussi longtemps que le législateur national n'a pas adopté les mesures nécessaires pour l'application des dispositions-programmes portées par les autres articles du traité. En ce qui concerne, par exemple, le Projet de convention du Conseil de l'Europe en matière d'adoption des enfants, en date du 24 avril 1962, les quelques dispositions qui pourraient faire directement partie du droit de l'adoption d'un État signataire ne peuvent certainement pas sortir directement leurs effets devant les juridictions nationales tant que le législateur n'est pas intervenu pour faire face à l'obligation, portée par l'article 1, d'"assurer la conformité de sa législation aux dispositions de la Partie II de la présente Convention." Par ailleurs, lors de la signature de la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960), plusieurs États se sont réservés le "droit" "de considérer la ratification de la présente Convention comme entraînant l'obligation conformément au droit international de prendre dans l'ordre interne des dispositions relatives à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire conformes aux dispositions de la présente Convention." Cette réserve a justement pour effet d'empêcher que la loi portant autorisation de ratifier (le traité et la réserve) soit interprétée comme obligeant le juge national d'appliquer immédiatement les dispositions du traité qui sont conçues de telle sorte qu'elles peuvent être "self-executing." De même l'art. 1^{er} de la Convention Européenne du 11 décembre 1967 relative aux obligations en monnaie étrangère, d'après lequel chacune des parties contractantes s'engage à conformer son droit interne, au plus tard dans les douze mois suivant l'entrée en vigueur de la convention, aux règles posées dans l'annexe, empêche que la simple ratification législative de la convention ait pour effet d'imposer au juge national de faire application de l'annexe.

⁵⁵ Voir pp. 276-77 *supra*.

⁵⁶ Il n'est pas sans intérêt de savoir que cette disposition de l'annexe à la Charte sociale a été proposée au cours des négociations par le gouvernement de la République Fédérale Allemande qui s'était jusqu'alors, avec le soutien de divers professeurs ouest-allemands, dont le Professeur Mosler, prononcé pour une efficacité particulièrement large du droit international devant les juges nationaux. Les actes relatifs à l'élaboration de cette disposition sont, il est vrai, réputés encore aujourd'hui "confidentiels."

dans ce traité—aurait pour seule possibilité celle de saisir le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe qui, ne pouvant ordonner des repréailles ou sanctions véritables au sens du droit international, pourrait seulement adresser des "recommandations" à l'État coupable de ce manquement.⁵⁷ Les États signataires du traité escomptaient eux-mêmes, semble-t-il, que le Conseil ne serait que très rarement saisi d'une telle accusation et que la preuve serait très délicate, le Conseil ne pouvant contrôler l'adoption en droit national des mesures d'exécution nécessaires que sur la base des rapports soumis par les gouvernements des États signataires. La procédure internationale du contrôle de l'exécution du traité est donc de tout autre nature qu'une procédure juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle, sur la base d'un large examen quant au fond, assorti éventuellement de mesures d'exécution forcée.

Là où le contrôle international de l'exécution d'un traité se trouve "politisé" de la sorte, toute application directe du droit international par le juge national serait évidemment bien inopportune. Les conventions internationales dont le but est de limiter les doubles impositions internationales ont déjà montré les difficultés qui peuvent naître lorsque les gouvernements des États signataires parviennent, dans une situation où le résultat concret de l'application des règles conventionnelles est controversé, à un accord "politique" et entendent imposer cet "accord" aux contribuables dans l'ordre juridique national. Qu'en sera-t-il lorsque les contribuables peuvent saisir un tribunal national compétent en matière fiscale et exiger l'application immédiate de la convention internationale?⁵⁸ Pour autant que le contrôle de l'observation de certaines règles conventionnelles soit sur le plan international fonction de motivations politiques ou d'opportunité, ou que ce contrôle soit confié à un organe international se prêtant à de telles considérations,⁵⁹ on peut peut-être présumer que l'intention des gouvernements signataires était d'éviter que les tribunaux nationaux puissent connaître des mêmes questions et faire application directe de ces règles

⁵⁷ Voir art. 29 de la Charte sociale.

⁵⁸ Ils le feront lorsqu'ils attendent du tribunal un résultat plus favorable à leurs intérêts que celui prévu par les gouvernements. Sur le rôle en droit interne des accords conclus, conformément aux traités sur la double imposition, par les administrations des finances dans le cadre de la "procédure amiable." Voir J. Tittel, *Das Verständigungsverfahren nach den Doppelbesteuerungsabkommen* 85 (Thèse Berlin 1963).

⁵⁹ Même s'il est compétent quant au fond, un tribunal international ne peut jamais (faute de disposition expresse contraire) se prononcer lorsque les États parties au litige conviennent d'éviter toute décision juridictionnelle. Cette règle du droit international positif n'empêche pas que chaque fois qu'elle est habilitée à, et doit, se prononcer, une véritable juridiction internationale ne peut refuser de résoudre une question d'interprétation ou d'application d'une règle juridique appelée à application pour ce seul motif que cette question ne pourrait, parce que "politique," être réglée que par un accord entre les États intéressés. Voir ma brochure *DER BEGRIFF DES POLITISCHEN IM INTERNATIONALEN RECHT* (1956).

internationales.^{60, 60a} Cette conclusion paraît particulièrement fondée en ce qui concerne toute disposition internationale interdisant aux États signataires de prendre des actes normatifs qui, sans être en contradiction logique avec une règle conventionnelle, sont susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité.⁶¹ Si, au cas d'un reproche éventuel d'un manquement à une telle disposition, la volonté des États signataires est que ces actes soient portés à la connaissance d'un organe international, il me paraît certain qu'un contrôle parallèle soit soustrait à la compétence des juridictions nationales.

Fréquemment, les signataires d'un traité international n'hésitent pas à admettre que l'introduction de la procédure de contrôle devant un organe international dépende sur le plan international de motivations d'opportunité politique, et que les violations éventuelles du traité puissent même être tolérées dans les rapports entre États signataires ou être compensées dans une politique véritable de : *do ut des*, ou plutôt : *sino si sines*. Ce désir commun, malgré l'existence d'une clause de juridiction, de "politiser" sur le plan international le contrôle de l'exécution du traité conduit rarement, il est vrai, à une interdiction explicite d'en faire application directe devant les tribunaux nationaux.⁶² D'une manière générale on ne peut donc pas admettre que l'État soit tenu à recourir ou à ne pas recourir à la technique du renvoi; néanmoins, si le contrôle de l'exécution d'un traité se trouve politisé sur le plan international, ce sera certainement un indice de nature à écarter toute interprétation concluant à l'existence d'une obligation incombant à l'État d'opérer en droit interne un renvoi à ce traité, et d'en imposer

⁶⁰ Il apparaît en fin de compte que le motif pour lequel les tribunaux américains évitent de contrôler si les ordres du gouvernement fédéral adressés aux soldats américains de prendre part aux actions militaires au Vietnam ne sont pas incompatibles avec le droit international (v. les refus du certiorari par la Cour Suprême dans les affaires *Mitchell v. United States*, 386 U.S. 972 (1967); *Mora v. McNamara*, 88 U.S. Sup. Ct. 282 (1967)), est le fait que les organes politiques de l'O.N.U. "appliquent" l'interdiction soit de l'agression, soit de toute menace à la paix, en fonction de considérations d'opportunité, pourvu toujours que toute tentative d'"application" n'échoue pas à ces considérations ou au droit de véto.

^{60a} Faute de dispositions contrares explicites, l'inexécution d'une obligation internationale est toujours une illécitité de droit international imputable à l'État responsable, et ce peu importe que cette inexécution résulte soit de l'abstention de tous les organes étatiques, soit d'injonctions législatives ou exécutives contrares au droit international, soit même de l'exercice par les tribunaux nationaux de leur pouvoir juridictionnel. Néanmoins, l'État responsable acquiert une garantie morale non négligeable qui le met pratiquement à l'abri, à l'égard des autres États, d'un reproche d'avoir violé le droit international, dans la mesure où il enjoint à ses tribunaux, dans les instructions d'application leur étant adressées en droit interne, d'appliquer directement le droit international. Dans la plupart des États, on escompte en effet que le juge national applique le droit international avec la même objectivité que le droit national pur, pourvu qu'il ne soit pas lié par un avis du gouvernement. Tout autre État n'étant pas disposé à accepter que la décision prétendue incorrecte soit soumise au contrôle d'un tribunal international présentant des garanties au moins équivalentes d'objectivité pourra donc difficilement reprocher à l'État responsable une application incorrecte du droit international par les tribunaux nationaux.

⁶¹ Voir, par exemple, les arts. 101, 102, et 5(2), du Traité instituant la Communauté Économique Européenne.

⁶² Voir note 54 *supra*.

par là l'application directe devant les tribunaux nationaux.⁶³

Il peut bien sûr exister aussi certains cas où les États liés par le droit international veulent effectivement ordonner à leurs tribunaux d'appliquer directement certains contenus normatifs de droit international et même, éventuellement, de faire prévaloir le droit international auquel renvoie une source juridique interne sur toute règle contraire de droit national pur. Mais alors les États signataires seront également disposés à admettre que cette application du droit international dans l'État soit soumise, sur la demande des personnes parties à l'instance devant le juge national, au contrôle d'un tribunal international ou commun. Cependant, c'est là actuellement une exception très rare. Ni le système de protection juridique de la Convention européenne des droits de l'homme,⁶⁴ ni celui de la Communauté Économique Européenne ne permettent qu'une procédure intentée devant un tribunal national soit portée sur la demande des parties à l'instance devant un tribunal international à l'effet de préciser dans quelle mesure la décision du juge national ne repose pas sur la non-application ou sur

⁶³ Il serait impensable, à mon avis, qu'un tribunal national doive, par exemple, refuser de donner effet à une loi fiscale nationale pour ce seul motif qu'il l'estime contraire aux dispositions de l'art. 37(1)(c), du "GATT" (rédaction du protocole du 8 fév. 1965). Aux termes de ces dispositions les parties contractantes développées s'engagent à "s'abstenir d'instituer de nouvelles mesures fiscales . . . qui aurait pour effet de freiner sensiblement le développement de la consommation de produits primaires . . . originaires . . . du territoire de parties contractantes peu développées . . ." Bien que les États signataires développés soient invités par les termes liminaires de cet article à "donner effet" dans toute la mesure du possible, ces dispositions ne peuvent faire l'objet dans l'État d'une décision juridictionnelle prononçant la nullité d'une loi fiscale pour violation de la clause mentionnée.

Notre problème est souvent ignoré lors de la rédaction de traités. C'est ainsi que le Protocole du 18 déc. 1962 "instituant une Commission de conciliation et de bons offices chargée de rechercher la solution des différends qui naîtraient entre États parties à la convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement" connaît la condition de l'épuisement des voies de recours internes; cela indique que l'on considérait bien certaines dispositions de la Convention comme étant de caractère "self-executing" et que l'on escomptait qu'elles deviendraient, sur renvoi, partie intégrante du droit national. Dans l'art. 3 de la Convention les États signataires prennent l'engagement "d'abroger toutes dispositions législatives . . . qui comporteraient une discrimination dans le domaine de l'enseignement"; cela pourrait peut-être étayer l'interprétation voulant que les dispositions législatives antérieures contraires à la Convention fassent l'objet d'une abrogation expresse et que toute disposition d'une "loi-enveloppe" déclarant la convention partie du droit interne ni ne suffise à elle seule pour abroger ni n'ait pas pour effet d'interdire d'appliquer à l'avenir le droit interne antérieur contraire à la Convention. En sens inverse, l'article 10 pourrait favoriser cette interprétation selon laquelle les "droits" détenus par des individus ou des groupes en vertu d'autres accords internationaux ne doivent pas être sanctionnés par le juge national lorsqu'ils "sont contraires à la lettre ou à l'esprit de la convention." Il est invraisemblable pourtant, en cas de contradiction avec la Convention, que le juge national ait, à l'égard d'autres accords internationaux, des pouvoirs plus forts qu'à l'égard du droit interne!

⁶⁴ Les États signataires de la Convention Européenne des droits de l'homme n'ont aucun engagement conventionnel à veiller à ce que tous les tribunaux nationaux donnent directement plein effet à la Convention. Un État signataire dont le droit interne assure déjà pleinement la sauvegarde des droits fondamentaux prévus par la Convention peut se contenter de ce que ses tribunaux ayant compétence à cet effet fassent application de ces règles de droit interne, voir van Vermeulen, *De invloed van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in de Belgische rechtsorde*, 10 JAARBOEK VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT VAN BELGIE EN NEDERLAND 7 (1965). En ce qui concerne la question de savoir si le juge national a directement, indépendamment des instructions que lui adressent les lois nationales, une obligation personnelle, dérivant du droit international, d'appliquer la Convention. voir pp. 314-15.

l'application incorrecte du droit international.⁶⁵ Même si cette procédure venait à être créée, d'autres difficultés pourraient du reste se poser : le juge national, même s'il applique correctement le droit international pourrait, en vertu par exemple des règles internes relatives à la charge de la preuve entre parties à une instance devant un tribunal national, être conduit à prendre une décision que le tribunal international devrait, en se fondant sur d'autres règles, tenir pour une application incorrecte du droit international.⁶⁶

XII. DE L'APPLICATION DIRECTE DU TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE ET DES RÈGLEMENTS COMMUNAUTAIRES

Nous avons déjà évoqué la signification qu'il convient de donner aux dispositions de l'article 189(2) du Traité sur la Communauté Économique Européenne: les États membres sont tenus à veiller à l'existence, dans l'ordre juridique interne, d'organes étatiques et, notamment, de juridictions chargées, en vertu d'un renvoi global prononcé par une source juridique interne appropriée à cet effet au regard de la constitution interne, d'appliquer de façon coercitive les règlements arrêtés par les organes de la Communauté. La Cour de Justice des communautés européennes va bien au delà. Elle admet en effet que le Traité sur la Communauté Économique Européenne revendique tacitement l'application directe par tous les tribunaux des États membres des règles "self-executing" qu'il contient, et surtout que tous les tribunaux nationaux doivent inconditionnellement refuser application aux règles de droit national contraires soit aux règlements communautaires,^{66a} soit même aux dispositions "self-executing" du traité (y compris toutes les interdictions de créer du droit interne).⁶⁷ A la lumière des considérations générales qui précèdent, il ne nous paraît pas possible de

⁶⁵ Divers auteurs se sont livrés à des spéculations compliquées sur le problème suivant : comment, dans un État signataire de la Convention européenne des droits de l'homme, pourrait être levée une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée au cas où la Cour européenne des droits de l'homme viendrait à constater que cette décision a porté atteinte à un droit protégé par la Convention ou a confirmé un acte administratif ayant violé un droit protégé?

⁶⁶ Il sera possible également que le tribunal international dispose de moyens d'interprétation d'un traité (des travaux préparatoires, par exemple) auxquels un juge national n'aurait pas accès.

^{66a} Il est à remarquer que des règlements de la C.E.E. veulent mettre certaines activités des ressortissants des États-membres dans un de ces États, à l'abri de toute restriction, c'est-à-dire, interdire toute norme juridique interne contraire, alors qu'en même temps ils prévoient que l'autorisation d'exercer l'une de ces activités doit être demandée auprès de l'administration nationale compétente à cet effet, cette autorisation devant alors être automatiquement délivrée, voir décision du 28 oct. 1965, [1967] REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 380 (C. App. Dijon), en ce qui concerne le Règlement No. 38, art. 22. Si, contrairement au droit communautaire, cette autorisation n'est pas donnée, toute décision judiciaire venant frapper quiconque exerce malgré tout cette activité ne constitue pas encore un manquement de l'État du for aux obligations dérivant du traité C.E.E. et, en tout cas, n'est absolument pas nul au niveau du droit interne.

⁶⁷ Voir surtout la décision de la Cour de Justice des Communautés européennes en date du 15 juil. 1964 dans l'affaire Costa/ENEL, 10 Recueil de la Jurisprudence de la Cour 1126 (Édit. ital. 1964). Statuant sur renvoi du tribunal de Milan, la Cour y donne une interprétation de l'interdiction de discrimination portée par l'art. 37 du traité sur la Communauté Économique Européenne permettant à ce tribunal d'écarter une loi italienne pour la raison qu'elle enfreint cette interdiction. Dans ce contexte, la Cour expose sa conception du droit de contrôle et de rejet du juge national à l'effet

nous rallier à l'opinion de la Cour de Justice.

Le traité fait-il obligation aux États membres de veiller à ce que tous les tribunaux nationaux écartent, en toute circonstance, toute règle interne prétendue contraire au traité? A l'encontre de cette thèse, il est facile d'opposer un premier argument: Si besoin, les tribunaux nationaux sont tenus, avant d'en faire application, de renvoyer à la Cour de Justice européenne les règles de droit communautaire aux fins d'interprétation abstraite; ⁶⁸ les parties à l'instance devant le juge national, pourtant, ne peuvent saisir la Cour des violations du traité commises éventuellement par le juge national, soit qu'il méconnaisse l'obligation de surseoir à statuer, ⁶⁹ soit qu'il ne se conforme pas dans sa décision à l'interprétation de la Cour, soit qu'il fasse une application erronée du droit communautaire tel qu'il est interprété par la Cour, soit qu'il constate incorrectement certains faits. Toutes ces violations possibles du traité par le juge national ne peuvent être portées à la connaissance de la Cour qu'à la suite d'une action intentée contre l'État par le gouvernement d'un autre État membre ou par la Commission. ⁷⁰ Par là même, le traité permet à la Commission et aux États

de garantir la primauté du droit communautaire. La littérature parue à l'occasion tant de cette décision que d'une décision contraire de la Cour constitutionnelle italienne en date du 7 avril 1964 est tellement abondante qu'il est presque impossible d'en donner un aperçu global. Voir le *DOSSIER BIBLIOGRAPHIQUE, RAPPORT ENTRE LE DROIT COMMUNAUTAIRE ET LE DROIT NATIONAL (1966)*, ainsi que les indications bibliographiques données par E. GRABITZ, *GEMEINSCHAFTSRECHT BRICHT NATIONALES RECHT (1966)*.

⁶⁸ Voir art. 177 du Traité sur la Communauté Économique Européenne.

⁶⁹ Aux termes de l'art. 177, le tribunal national doit surseoir à statuer et renvoyer à titre préjudiciel toute question d'interprétation lorsqu'il estime qu'une décision de la Cour sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement. A différentes reprises, les tribunaux nationaux ont omis de le faire en se fondant sur ce que le texte du traité (ou d'un règlement de la Communauté Économique Européenne) serait clair et donc qu'ils n'ont besoin d'aucune aide pour cette interprétation. Voir Décision du 19 juin 1964, [1964] *REVUE DE DROIT PUBLIC* 1034 (Conseil d'État); décision du 16 fév. 1965, [1965] *D.S. Jur.* 723 (Cour de Cassation); décision du 5 janv. 1967, [1967] *D.S. Jur.* 465 (Cour de Cassation).

⁷⁰ Voir les arts. 169 et 170 du Traité. Saisie, dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 177, d'une question préjudicielle relative à l'interprétation d'un acte normatif pris par les organes de la Communauté et au sujet duquel se pose devant le juge national la question de la compatibilité d'une loi nationale, la Cour de Justice doit statuer sur l'interprétation et sur la validité de cet acte, mais ne peut pas, dans le cadre de cette interprétation abstraite, se prononcer elle-même sur la compatibilité de la loi nationale. Un manquement au traité sur la Communauté Économique Européenne du fait de l'adoption d'une loi donnée ne pouvant être constaté que dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 169, la Cour Européenne de Justice ne se conformerait pas à l'esprit du traité si elle prenait selon la procédure de l'art. 177 une décision qui, sans être prise apparemment contre la loi nationale en question, serait rédigée de telle manière qu'un texte prétendu n'être qu'hypothétique, mais correspondant exactement à cette loi, serait déclaré non compatible avec une disposition correctement interprétée du droit communautaire. M. R. Monaco, surtout *DIRITTO DELLA COMUNITÀ EUROPEA E DIRITTO INTERNO* à 164 (1967), désire que la Cour, bien qu'elle se soit déclarée incompétente à l'effet de prendre une telle décision, puisse finalement par le biais de l'art. 177 se prononcer sur l'incompatibilité d'une règle de droit interne avec le droit communautaire. Remarquons à ce propos que d'autres auteurs voudraient reprendre par la voie de la procédure prévue à l'art. 177 le contrôle de régularité d'actes du Conseil ou de la Commission contre lesquels recours n'a pas été formé dans le délai fixé à l'art. 173.

Précisons que, d'après l'art. 7 du règlement de procédure, si les parties se mettent d'accord et renoncent à faire valoir leur droit, leur déclaration à cet effet oblige la Cour, dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 169 et 171, à rayer l'affaire du rôle.

Il est important aussi que le traité sur la Communauté Économique Européenne ne prévoit aucune réglementation des sanctions au cas où un État membre condamné par la Cour de Justice

membres⁷¹ de tolérer certains manquements sur la base d'un accord (le plus souvent) tacite;⁷² il y aurait contradiction avec ce qui précède si l'on admettait l'existence d'une obligation conventionnelle incombant à chaque État membre d'imposer à tous les tribunaux nationaux de contrôler les règles de droit interne quant à leur conformité avec le droit communautaire et, dans la négative, de les écarter inconditionnellement.⁷³ Sans le moindre

ne se conformerait pas à cette décision; divers auteurs en déduisent que ni les organes de la Communauté ni les autres États membres ne pourraient recourir aux représailles du droit international public général. Qu'en serait-il si le tribunal le plus élevé d'un État membre refusait, pour quelque raison que ce soit, de faire prévaloir une règle du droit communautaire et si la Cour de Justice, saisie par la Commission ou par un autre État, y voyait une violation du traité? L'obligation, incombant à l'État condamné par la Cour, de "prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt" (art. 171) n'aurait pas d'effet direct en droit interne. L'arrêt ne casserait pas les décisions prises par les tribunaux nationaux et ne modifierait pas la législation de l'État condamné. R. MONACO, *supra* à 163, n'explique pas son opinion contraire.

⁷¹ Rien n'interdit à la Commission d'accuser un État membre d'une violation du traité alors même que les gouvernements de tous les autres États estiment unanimement qu'un tel manquement n'existe pas. Certainement, dans ces conditions, la Commission fera preuve d'une grande prudence, et l'omission de porter plainte ne saurait constituer une violation de ses obligations. Aux termes de l'art. 169—dont le sens devient clair par comparaison avec l'art. 171—la Commission peut, si elle estime qu'un État membre a manqué à une obligation conventionnelle, et après avoir interpellé cet État, saisir la Cour de Justice. On a prétendu que la Commission serait obligée en droit de prendre les mesures prévues à l'art. 169; personne néanmoins, même les partisans de cette thèse, n'a osé avancer la proposition qu'une personne privée pourrait, sur la base de l'art. 175, saisir la Cour à l'effet de condamner la Commission à prendre ces mesures, c'est-à-dire, à porter plainte contre l'État devant la Cour. Dans sa décision du 14 juillet 1967 dans l'affaire *Kampffmeyer*, 13 Recueil de la Jurisprudence de la Cour 318, la Cour Européenne de Justice confirme que la Communauté répond des dommages causés à une personne privée du fait que la Commission a autorisé expressément le maintien d'un règlement de droit interne au lieu d'exiger son retrait. Une telle responsabilité de la Communauté, engagée du fait que des mesures de droit national contraires au droit communautaire ont été tolérées, pourrait inciter la Commission à faire aussi souvent que possible, par précaution, opposition aux réglementations de droit interne, ce qui de son côté pourrait être une violation des devoirs de la Commission. La loi de la jungle communautaire profitera ainsi d'abord à ceux auxquels des chances accrues d'obtenir des dommages-intérêts permettent de faire assurer à un prix supportable leurs affaires spéculatives! Voir aussi P. TERTGEN, L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE PAR LES JURIDICTIONS FRANÇAISES à 21 (1965).

⁷² Le "Command Paper" du Ministre britannique de la Justice, CMND. 3301 (1967), voir note 82 *infra*, déclare en toute précision en ce qui concerne les traités des communautés européennes, "Derogations by individual member States from the strict application of various obligations have taken place in practice The principles of the treaties are applied pragmatically" Si le Parlement Européen réclame, sur la base d'un rapport de la Commission juridique, le "respect intégral de la primauté du droit communautaire par les États membres." Voir chiffre 7 de la Résolution du 10 mai 1967, [1967-1968] EUR. PARL. DEB., No. 91 à 109, c'est, semble-t-il, qu'il est informé de ce que la pratique actuelle ne correspond pas à ce vœu. Après achèvement de la rédaction de cet article, a été publié l'arrêt du Conseil d'État en date du 1 mars 1968, [1968] D.S. Jur. 285. Dans cette décision, le Conseil d'État s'est refusé "d'une manière discrète mais sans équivoque"—comme le dit la note [1968] D.S. Jur. à 286—à écarter l'application d'une ordonnance dont on prétendait qu'elle était contraire à un règlement antérieur de la CEE.

⁷³ Il me paraît significatif, dans l'affaire *van Gend & Loos*, 9 Recueil de la Jurisprudence de la Cour 1 (Cour de Justice de la Communauté européenne 1963), ayant fait l'objet d'une décision le 5 fév. 1963, donc avant l'affaire *Costa/ENEL*, que non seulement le gouvernement néerlandais, mais encore les gouvernements allemand et belge, intervenant à titre d'*amici curiae*, et même l'avocat général estimaient unanimement que l'art. 12 du Traité sur la Communauté Économique Européenne ne veut, au cas de conflit avec une loi nationale, donner aucun droit subjectif aux particuliers à l'effet de demander au juge national de ne pas appliquer la loi nationale.

W. MÖLLER, DIE VERORDNUNG DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN à 218 (1967), estime, eu égard à la "lourdeur" de la procédure des arts. 169 et 171 du Traité sur la Communauté Économique Européenne, qu'il est nécessaire, pour assurer le fonctionnement du droit communautaire, d'admettre l'existence d'une obligation conventionnelle selon laquelle les États membres seraient tenus de donner au moins (alors même que ce ne soit pas le rang de droit constitutionnel) le rang de lois formelles au droit de la Communauté. C'est là, d'une part, méconnaître que l'intention des États liés par le traité

doute les États membres sont en principe tenus conventionnellement à ne pas édicter ou à ne pas maintenir en vigueur pour une trop longue durée des règles internes incompatibles avec le traité. Mais existe-t-il l'obligation complémentaire d'imposer aux tribunaux nationaux de rejeter automatiquement toute règle interne contraire? ⁷⁴ C'est là une question à laquelle on ne peut répondre sans avoir, au préalable, recherché les conséquences que peut entraîner sur le plan du droit international la violation par un État membre de l'interdiction conventionnelle de créer un droit national contraire au traité. Il est difficile de croire que les fondateurs de la Communauté Économique Européenne n'aient pas prévu, et n'aient pas ressenti comme une nécessité, que les gouvernements des États membres et la Commission puissent avoir de bonnes raisons à tolérer, du moins à titre provisoire, l'existence dans l'ordre juridique interne d'un État membre de telle ou telle règle interne non conforme au traité. Il se peut en effet que le législateur national édicte par mégarde une règle qu'il ne pouvait pas prendre licitement au regard du traité, ou qui soit contraire à une disposition positive portée soit par le traité, soit par un règlement arrêté par les organes de la Communauté, que cette règle cependant soit partie composante d'une réglementation législative complexe, dont la mise en œuvre serait remise en question au cas où la règle devrait, à titre isolé, être écartée par les tribunaux nationaux, et que la lacune qui en résulterait dans la législation économique nationale ait des conséquences également dangereuses pour l'économie des autres États membres, donc ne soit pas dans "l'intérêt de la Communauté." ⁷⁵ Il est alors plus conforme aux "buts"

n'était justement pas, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, d'empêcher—en imposant à leurs tribunaux de donner la préférence au droit communautaire—les "arrangements" et accords intergouvernementaux relatifs à la tolérance de règles nationales contraires, accords rendus possibles grâce à la politisation de la procédure de contrôle de l'exécution du traité. Par ailleurs, la "primauté" donnée dans l'État à une catégorie de normes juridiques sur une autre catégorie ne signifie pas nécessairement que tout tribunal national doive purement et simplement faire prévaloir des normes de rang supérieur et écarter aveuglément celles de rang inférieur.

⁷⁴ Naturellement, il n'y a rien à objecter lorsque la Résolution du Parlement européen du 20 oct. 1965, [1965] E.E.C. J.O. 2923, se prononce en faveur de la primauté du droit communautaire sur le droit national. Ce qui par contre prête à critique, c'est l'opinion voulant déduire de cette primauté que tout tribunal national peut en toute circonstance écarter l'application de toute règle nationale qu'il estime incompatible avec le droit communautaire.

⁷⁵ W. MÖLLER, *supra* note 73, à 221, désire ne pas faire jouer la primauté du droit communautaire, qu'il croit revendiquée par le traité sur la Communauté Économique Européenne et ancrée, de la manière qu'autorise leur constitution dans le droit national des États membres, à l'égard des règles internes servant à assurer l'application et l'exécution du droit communautaire. "La situation serait encore plus défavorable," estime-t-il, si, au lieu d'être appliquées, ces dispositions de droit national devaient être réputées nulles parce que ne satisfaisant pas pleinement aux exigences du droit communautaire. Cette concession ne me paraît pas suffisante. Ce serait trop demander au juge national s'il devait se prononcer lui-même sur le point de savoir si l'efficacité provisoire de règles nationales contraires au droit communautaire est plus profitable pour la Communauté que leur non-application pure et simple.

Contrairement au traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, dans son art. 3, le traité sur la Communauté Économique Européenne ne parle pas de l'"intérêt commun" de la Communauté. Le protocole de la conférence des gouvernements des États membres du 31 janv. 1966 range cependant, en tant qu'intérêt autonome, l'intérêt propre de la Communauté à côté des intérêts des États membres. Sur la conception de l'"intérêt de la Communauté," voir 1 WENGLER à 685.

de la Communauté Economique Européenne de recourir d'abord à la procédure prévue par l'article 170(2) du traité pour les prétendues violations des obligations résultant du traité, et de laisser au législateur national le temps de modifier sa réglementation complexe de manière à ce qu'elle puisse être mise en œuvre sans la règle isolée incompatible avec le traité. Tant que cette modification du droit interne n'est pas intervenue, la règle contraire devra alors—dans l'intérêt de l'ensemble de la Communauté—sortir pleinement ses effets.

Pour autant donc que la non-application automatique dans un État membre, d'un droit interne contraire au traité peut être préjudiciable à l'intérêt de tous les États membres, on doit à titre général éviter que tout tribunal national doive, de son propre chef, juger de la compatibilité du droit national avec le droit communautaire et écarter aveuglément toute règle qu'il estime contraire. On ne saurait admettre que les tribunaux nationaux aient compétence à l'effet de rechercher si l'intérêt de la Communauté exige le maintien en vigueur, à titre provisoire, des dispositions de droit interne contraires au traité, et ce d'autant moins qu'ils ne peuvent impartir au législateur national un délai pour les modifier. Cette question relève aussi peu de la juridiction des tribunaux nationaux que celle, par exemple, de savoir, si une loi nationale "met en péril" la réalisation des buts de la Communauté.⁷⁶

Du reste, seraient-ils chargés de juger de la conformité du droit national au droit communautaire, donc de son applicabilité, les tribunaux nationaux ne pourraient pas en fait remplir cette mission dès qu'il s'agit de directives portant programme de législation adressées par les organes de la Communauté aux États membres. Supposons que, pour l'exécution d'un de ces programmes, le législateur national ait successivement adopté des modalités d'application divergentes, tout en abrogeant chaque fois les mesures antérieures, et que les tribunaux nationaux soient tenus à rechercher si ces règles internes assurent une exécution utile du programme de droit communautaire : une de ces juridictions constaterait-elle l'incompatibilité des mesures d'exécution dernièrement adoptées, il est évident qu'elle ne pourrait pas, dans le but d'éviter une lacune dans l'ordre juridique interne,

⁷⁶ Voir note 43. Il paraît même douteux que l'on puisse tirer de l'art 5(2), du traité sur la Communauté Économique Européenne une obligation susceptible d'un recours devant la Cour de Justice, selon laquelle les États membres seraient tenus de s'abstenir d'adopter toute mesure législative qui, sans être expressément interdite par une autre disposition du traité et sans être en contradiction logique avec un acte normatif arrêté par les organes de la Communauté, serait seulement de nature à "mettre en péril" la réalisation des buts de la Communauté. Voir surtout, R. QUADRI *en* 1 TRATTATO ISTITUTIVO DELLA COMUNITÀ ECONOMICA EUROPEA—COMMENTARIO à 51 (1965) et Plaisant, *Le principe de la territorialité des brevets d'invention et le Traité de C.E.E.*, [1967] DALLOZ CHRONIQUE à 264 : "on ne peut pas admettre, en l'absence d'une disposition claire et précise, qu'une loi nationale est abrogée de plein droit, parce que comportant des effets contraires aux buts du traité." Voir également la note 98 sur une disposition analogue pour la East African Community.

ordonner le maintien en vigueur des modalités d'application antérieures jugées conformes au droit communautaire, malgré leur abrogation explicite par le législateur national Il se peut également que les directives de droit communautaire portant programme de législation à l'adresse des États membres soient modifiés d'une manière telle que les mesures jusque là adoptées en droit national deviennent irrégulières. Pour le seul motif qu'elles ne sont plus conformes au programme modifié, les tribunaux nationaux ne sauraient refuser d'en faire application tant que le législateur interne n'est pas intervenu pour adopter des mesures d'application nouvelles.⁷⁷

S'il ne nous paraît pas que cela ait pu être l'intention des fondateurs de la Communauté Économique Européenne que tout tribunal national doive juger de la compatibilité de toute règle de droit national avec le droit communautaire et rejeter automatiquement toute règle contraire, c'est, "last but not least," en raison de leur volonté de ne pas porter atteinte au droit constitutionnel des États membres. Les États signataires ne pouvaient exclure la possibilité que la constitution interne ne permette pas dans certains États membres, actuels ou futurs, d'adresser aux juges nationaux des instructions d'application correspondantes en droit interne.⁷⁸

⁷⁷ Il est parfois prétendu que le traité instituant la Communauté Économique Européenne, bien que limitant, dans son art. 189, la pleine efficacité du droit communautaire aux seuls actes pris par les organes de la Communauté et rédigés de telle manière qu'ils peuvent être directement observés et appliqués dans l'État sans qu'il soit besoin d'un acte complémentaire de droit interne, veut, le cas échéant, donner aux particuliers bénéficiaires potentiels de tels actes un droit subjectif à ce que les instances nationales prennent toute mesure que le droit communautaire leur fait obligation de prendre. Personne par contre n'a osé affirmer que tout État membre serait par là même tenu à veiller à ce que toute personne y ayant intérêt puisse, pour sauvegarder ce prétendu droit subjectif, intenter une action dans l'ordre juridique interne, contre l'organe national compétent pour prendre ces mesures. La sanction de ce droit subjectif donc ne pourrait consister qu'en un droit à dommages-intérêts contre l'État, en raison de la violation par l'organe législatif d'une obligation internationale. On ne peut admettre toutefois que le droit communautaire veuille empiéter sur le droit national au point de vouloir accorder aux particuliers de tels droits, ou actions en réparation, contre le législateur en demeure, d'autant plus que ni la victime ni un autre État membre ne pourrait saisir la Cour de Justice au cas où l'État ne les accorderait pas.

⁷⁸ Voir [1967-1968] EUR. PARL. DOCS., No. 38.

En République Fédérale Allemande, la Loi Fondamentale, dont l'art. 25 renvoie au droit international public général, prononce incontestablement que ces règles du droit international doivent prévaloir sur les lois allemandes antérieures et postérieures (à l'exception de la Loi Fondamentale), cette primauté devant être constatée en chaque cas d'espèce par le *Bundesverfassungsgericht*. Voir *supra* notes 37 et 44. Par contre, si l'art. 24 prévoit bien la possibilité d'un "transfert" de droits souverains à des organisations internationales, il est difficile d'en déduire que les règles posées par l'organisation internationale cessionnaire de ces droits doivent, devant le juge national, prévaloir en toute circonstance sur les lois nationales. Si d'autres États étrangers ont transféré à une organisation internationale des droits souverains, y compris le pouvoir de légiférer en certaines matières, le droit arrêté par ces instances internationales—par exemple, par les organes compétents de la Communauté de l'Afrique orientale—peut, de même qu'un droit privé d'un État étranger, trouver application devant les tribunaux allemands dans la mesure prévue par le droit international privé allemand, mais n'y prévaut certainement pas sur les lois allemandes. Si des droits souverains de la République Fédérale, et notamment la compétence de légiférer en certaines matières, sont transférés par traité non pas à une organisation internationale mais à un État étranger isolé, l'interdiction conventionnelle de légiférer en ces matières en droit interne allemand et l'obligation conventionnelle d'appliquer s'il y a lieu en Allemagne la législation introduite par l'État "cessionnaire," ne peuvent certainement pas être interprétées comme obligeant le juge allemand à écarter toute loi allemande venant à être adoptée en méconnaissance du traité. Il est instructif ici de comparer l'effet

Cette volonté de respecter les constitutions nationales s'oppose d'abord certainement à l'idée selon laquelle les États membres seraient tenus à faire en sorte que les tribunaux nationaux puissent, sur la demande de toute personne y ayant intérêt, constater dans quelle mesure les organes législatifs nationaux ont satisfait à l'obligation internationale d'assurer l'exécution d'une règle-programme portée par le traité ou par un règlement de la Communauté.⁷⁹ Mais il serait également absurde qu'une juridiction d'un État membre puisse, arguant du prétendu devoir que lui en ferait le traité, refuser application à une loi adoptée par le législateur national en raison de sa prétendue incompatibilité avec le droit communautaire, bien que la régularité de cette loi au regard du droit communautaire ne soit contestée ni par les instances politiques des autres États membres ni par la Commission, donc ne puisse—les personnes privées parties à l'instance devant le juge national ne pouvant la saisir à cet effet—être soumise au contrôle de la Cour de Justice Européenne. Quant au législateur national, il ne peut pas, bien entendu saisir lui-même la Cour de Justice à l'effet de constater que "ses" propres tribunaux ont à tort déclaré contraire au traité une loi nationale. Pour autant que les fondateurs de la Communauté Économique Européenne n'ont pas voulu influencer l'équilibre constitutionnel interne des États membres, c'est-à-dire avant tout l'organisation des rapports entre les différents pouvoirs, on ne saurait admettre qu'ils aient voulu donner aux tribunaux nationaux le rôle de "gardien" du traité—à savoir d'un gardien qui ne serait contrôlé qu'unilatéralement⁸⁰ par la Cour de Justice et qui aurait compétence à l'effet de rejeter les lois nationales qu'il prétend être

obligatoire, pour la République Fédérale Allemande, du droit communautaire, d'une part, et d'un traité international conclu le 23 nov. 1964 avec la Suisse, d'autre part, relatif à l'inclusion de la commune allemande de Büsingen dans le territoire économique et douanier suisse. Aux termes de l'art. 2, "trouvent application" en de nombreuses matières, dans cette enclave de Büsingen, les règles suisses et non le droit allemand. C'est exactement le même rapport que l'on retrouve dans l'ensemble du territoire fédéral allemand (moins cette enclave) pour toutes les matières où s'appliquent les réglementations communautaires et non les règles nationales : on voit donc difficilement pourquoi le juge allemand devrait donner application à toute loi allemande prétendant, contrairement à ce traité germano-suisse, valoir dans l'enclave de Büsingen, écarter par contre toute loi nationale voulant réglementer une matière que le traité sur la Communauté Économique Européenne réserve au pouvoir normatif des organes communautaires.

Aux rédacteurs du CMND. 3301 (1967), voir *infra* note 83, il ne vient pas même à l'idée que l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté Économique Européenne puisse modifier la constitution britannique, en ce sens que le juge britannique pourrait désormais refuser de donner application à une loi du Parlement pour le motif de son incompatibilité avec des dispositions du droit communautaire devenues "part of the law of the land" en vertu de dispositions antérieures de droit interne. Il est à remarquer que, dans sa prise de position relative à l'accession de la Grande-Bretagne, voir chiffre 187, la Commission, ou bien n'entrevoit pas ce point, ou bien n'y voit aucune atteinte au traité.

Tout État membre voulant vraiment donner aux tribunaux nationaux le pouvoir tant de contrôler la compatibilité du droit national avec le droit communautaire que d'écarter les règles internes contraires, peut très certainement, sans violer le traité, réserver ce contrôle à des tribunaux spéciaux.

⁷⁹ On trouve de telles règles-programmes relatives à la législation interne des États membres dans les "directives" adressées par la Commission ou par le Conseil, liant seulement quant au "résultat à atteindre" et laissant les instances nationales libres "quant à la forme et aux moyens" (art. 189(3)).

⁸⁰ Sur la question analogue dans un État fédéral, voir *infra* note 95.

contraires au traité⁸¹ sans que l'organe législatif de l'État du for ait la possibilité de faire imposer (par la Cour ou autrement) son point de vue contraire chaque fois que ce point de vue est partagé à la fois par les gouvernements des autres États membres et par la Commission elle-même.⁸²

⁸¹ Dans sa décision du 4 mai 1966, (1966) *Foro Ital.* I 938, prise après que la Cour de Justice des Communautés européennes eut statué sur l'interprétation du traité, voir *supra* note 67, le Juge de Paix de Milan (*conciliatore*) reproche au législateur italien une violation de l'art. 37 et de l'art. 102 du traité, bien que ni la Commission ni les autres États membres n'eussent élevé d'objection contre la loi italienne. M. L. FERRARI BRAVO, [1967] *CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN* 194, montre que le juge milanais a non seulement mal compris la décision d'interprétation de la Cour de Justice, mais encore fait une application incorrecte des dispositions du traité à la législation italienne. L'idéal de la réalisation intégrale du droit communautaire était-il si important pour la Cour de Justice qu'elle pensait, dans la décision *Costa/ENEL*, pouvoir s'accommoder du risque d'un abus de ce pouvoir de contrôle par les tribunaux nationaux? C'est là une question que nous ne pouvons étudier dans ces pages. Notons seulement que divers propos de juges de la Cour de Justice dans la littérature juridique laissent présumer qu'ils n'ont pas envisagé cette possibilité.

⁸² Notons que les divergences entre États membres relatives à l'interprétation et à l'application du traité ne suffisent pas pour saisir la Cour de Justice et que le reproche d'une violation déjà commise est nécessaire, aux termes des arts. 169 et 170 du traité, pour que la Commission puisse intervenir; l'art. 219, de plus, interdit aux États membres de soumettre leurs différends relatifs à l'interprétation du traité à un organe international extérieur à la Communauté. Le traité sur la Communauté Économique Européenne n'interdit certainement pas aux gouvernements des États membres de s'entendre, par voie d'accords négociés, sur l'interprétation d'une disposition conventionnelle. Un tel accord—pour autant qu'il ne prend pas la forme d'un traité complémentaire au traité instituant la Communauté Économique Européenne—ne lierait pas la Cour Européenne de Justice statuant dans le cadre de la procédure prévue à l'art. 177; la Cour toutefois ne pourrait pas l'ignorer complètement. Un tel accord aurait, à notre avis, plus de poids que certaines tentatives récentes du Parlement européen—dont les travaux juridiques n'ont du reste pas eu jusqu'à présent un niveau particulièrement élevé—de donner la leçon aux juges nationaux, ainsi que le croit M. Dehousse, sous forme d'une Résolution relative à l'application "correcte" du traité. Voir [1967-1968] *EUR. PARL. DEB.*, No. 91, à 108.

La Cour de Justice voulait-elle véritablement—en qualité de représentante d'une "septième puissance," à savoir de la puissance "supranationale," s'opposer dans la décision *Costa/ENEL* à la tactique suivie ces dernières années, par le gouvernement français surtout, mais en aucune façon par lui seul, et tendant à faire dépendre d'un accord négocié entre les gouvernements tout pas décisif vers la réalisation du traité et à fixer par des accords gouvernementaux la portée des dispositions y relatives du traité? On comprendrait alors difficilement que la Cour ait pu, dans ce but, vouloir jouer les tribunaux nationaux contre le législateur national. Les décisions des tribunaux nationaux ne sauraient suppléer à une volonté politique véritable, dégagee par une institution communautaire se sentant le représentant démocratique de la totalité des peuples des États membres; actuellement, une telle institution n'existe pas encore dans la Communauté.

Tant que les divers États membres co-existent en tant que sujets de droit international dans les domaines non couverts par le traité instituant la Communauté Économique Européenne, il est inévitable qu'ils puissent, et tendent à s'accorder par voie d'"arrangements," (sur cette notion de "*Absprache*," voir 1 WENGLER à 243) sur la manière de réaliser le droit communautaire et aussi, par là-même, sur l'interprétation des dispositions relatives à la consistance du droit interne. De tels accords gouvernementaux interprétant le droit communautaire déjà existant paraissent d'autant plus nécessaires que c'est là parfois la seule procédure permettant de parvenir à un perfectionnement ultérieur du droit communautaire. J. Megret, *Le Droit de la Communauté Économique Européenne et l'ordre juridique des États membres* à 316, (Thèse Paris 1965) renvoie ainsi aux décisions (unanimes) prises par les représentants des gouvernements au sein du Conseil des Ministres en ce qui concerne l'abaissement accéléré des droits de douane dans les relations entre États membres, décision qui, faute d'une compétence certaine attribuée par le traité au Conseil des Ministres, ne peuvent pas être tenues pour un droit communautaire secondaire et ne peuvent être prises en considération par les administrations nationales des États membres qu'à titre de traités internationaux. Dans sa prise de position en date du 29 sept. 1967, relative à l'accession de la Grande-Bretagne aux Communautés, la Commission, d'une part, escompte que l'élargissement du nombre des États membres aggravera les difficultés résultant de ce que les divers États membres font dépendre leur approbation d'une décision donnée de concessions faites à leurs desiderata en d'autres domaines (chiffre 18). Il est curieux, d'autre part, qu'elle veuille subordonner l'acquiescement des membres actuels à l'accession de la Grande-Bretagne et d'autres États, à la réalisation

Notons enfin que l'État membre dont les tribunaux seraient particulièrement empressés à écarter les lois nationales prétendues incompatibles avec le droit communautaire, se trouverait dans une situation encore plus délicate au cas où les juridictions des autres États membres ne manifesteraient pas le même zèle.^{82a} Abstraction faite de ce que cela n'aiderait en rien le législateur de cet État que le gouvernement introduise devant la Cour de Justice un recours contre les autres États membres ayant des lois analogues, et y obtienne satisfaction, l'expérience a largement montré que la Commission aussi bien que les gouvernements des États membres hésite fortement à saisir la Cour de prétendues violations du droit communautaire par le législateur d'un autre État membre.

XIII. LE JUGE NATIONAL PEUT-IL ÊTRE L'ADRESSATAIRE DIRECT DE DIRECTIVES DE DROIT INTERNATIONAL RELATIVES À L'APPLICATION DU DROIT INTERNATIONAL ?

Une autre conception paraît être sous-jacente à la décision de la Cour de Justice dans l'affaire *Costa-ENEL*, à savoir : le juge national serait l'adressataire direct d'une règle du "droit supranational" lui enjoignant directement d'appliquer et de faire prévaloir le traité et les règlements communautaires sur toute règle interne contraire.⁸³ Tous nos développements

d'un "accord" (chiffre 17, 96) en ce qui concerne certaines mesures nouvelles devant être prises formellement par les organes communautaires après leur admission. Un autre point n'est pas tout à fait clair : l'"acceptation" des décisions déjà prises par les organes communautaires avant l'admission, et dont l'imposition aux États accédants serait indispensable à l'avis de la Commission (chiffre 9), constituerait-elle un lien conventionnel ayant pour effet d'empêcher leurs représentants de proposer au sein du Conseil des Ministres et de voter pour un amendement des décisions antérieures, si un tel amendement est possible selon le traité? La Commission opère en tout cas avec le plan d'entraver, au moyen d'accords entre États membres anciens et nouveaux, la formation à l'avenir d'un droit communautaire sous forme de décisions prises à la majorité par les instances communautaires élargies.

^{82a} La question est devenue pressante surtout en ce qui concerne l'art. 95 du Traité C.E.B. Les alinéas (1) et (2) interdisent certains impôts dans les États membres; d'après l'alinéa 3 les États membres s'obligent d'éliminer ou de corriger les dispositions législatives en vigueur lorsqu'ils sont contraires à ces règles de l'art. 95; ils promettent de le faire "au plus tard au début de la deuxième étape." Est-ce que les tribunaux nationaux doivent examiner si le législateur du for s'est conformé à cette obligation, et est-ce qu'ils peuvent refuser l'application des dispositions non corrigées après l'expiration du délai?

⁸³ Voir le chiffre 10 du Rapport Dehousse, [1967-1968] EUR. PARL. DOCS. No. 38.

Dans les débats de doctrine sur la décision *Costa*, on retrouve sans cesse cette idée que la totalité des normes portées tant par le traité instituant la Communauté Économique Européenne que par les actes pris conformément à ce traité par les organes communautaires, constituent un "ordre juridique" autonome ne relevant ni du droit international public ni du droit interne. Cette affirmation, qui paraît avoir pris la relève du slogan de la "supranationalité" si longtemps avancé à propos de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, repose sur des conceptions particulièrement obscures de ce qu'est un "ordre juridique." Dans certaines organisations internationales, il existe bien sûre une certaine cohésion permettant de comprendre l'ensemble des normes émanant de leurs organes comme un *Rechtserzwingungssystem* indépendant. Voir *supra* notes 2 et 9, ainsi que 1 WENGLER à 337. Dans la Communauté Économique Européenne, une telle cohésion interne n'existe pas pour la grande masse des règles de droit communautaire. Lorsqu'elle statue, à l'occasion d'un différend entre États membres, sur un manquement par un État aux obligations lui incombant en vertu du traité, la Cour Européenne de Justice constate une violation du droit international, en faisant application du droit international public. Lorsqu'ils appliquent "directement" du droit communautaire, les tribunaux nationaux, par contre, imposent

antérieurs partaient, rappelons-le, de cette idée d'un lien nécessaire entre, d'une part, la mission juridictionnelle que le juge national reçoit de la Constitution ou d'une loi nationale et, d'autre part, les instructions que lui adresse le droit national, relatives tant aux conditions sous lesquelles il peut donner effet direct au droit international qu'à la hiérarchie des normes

l'observation soit d'un droit national parallèle au droit communautaire, soit d'un droit national obligatoire au regard du droit international public, en ouvrant, en cas de constatation positive d'une violation de ces normes, la voie à des moyens de contrainte juridique sur les biens créés par le droit national. Ce facteur de cohésion faisant apparaître un ensemble de règles comme un "Rechtserzwingungssystem" indépendamment n'existe peut-être que pour les seules règles régissant les rapports entre les fonctionnaires de la Communauté et leurs organes. Du reste, cette idée d'un droit communautaire constituant un ordre juridique spécial, n'étant ni de droit international public ni de droit national, est totalement ignorée dans le rapport du Ministre britannique de la Justice sur les suites juridiques d'une entrée de la Grande-Bretagne dans le Marché commun. CMDR. 3301 (1967). Ce "Command Paper" comprend, à bon droit, l'"effet direct" du droit communautaire dans les États membres ainsi qu'il suit : les dispositions communautaires s'appliqueraient en Grande-Bretagne au titre de "part of the law of the land"; tous règlements ultérieurs arrêtés par les organes de la Communauté, de même que toute "delegated legislation" adoptée par un organe britannique, tireraient leur force de loi d'un renvoi global à ces règlements opéré par une loi votée par le Parlement lors de l'accession de la Grande-Bretagne au Marché commun.

Cette notion d'un ordre juridique autonome des Communautés européennes, enfin, n'est pas sans rapport avec une autre conception, selon laquelle les États membres auraient perdu certaines compétences, définitivement "transférées" à la Communauté ou à ses organes. Le Rapport Dehousse, [1965-1966] EUR. PARL. DOCS., No. 43, à 85, se base sur cette notion de perte de compétences, et en déduit que tout tribunal national doit écarter toute loi nationale portant sur une matière comprise dans ces compétences transférées et édictant des règles contraires à une norme de droit communautaire. Cette conception me paraît insoutenable. Le traité instituant la Communauté Économique Européenne interdit sans conteste aux États membres de légiférer sur les matières réservées au pouvoir normatif des organes de la Communauté. Cette interdiction toutefois ne porte que sur l'exercice par les États membres d'un pouvoir souverain garanti originellement à ces États par le droit international public général; il ne peut nullement s'agir d'une perte définitive de compétences au profit de l'organisation internationale. Les organes de la Communauté Économique Européenne ne pourraient pas transférer ces compétences au bénéfice d'un État tiers ou de toute autre organisation internationale, et, la Communauté Économique Européenne viendrait-elle à être dissoute par traité conclu entre les États membres, ou pour tout autre motif du droit international public général, les compétences transférées reviendraient purement et simplement aux États membres.

Seul le transfert à un autre État de la totalité des droits souverains exercés sur un territoire conduit à un changement définitif du titulaire de cette souveraineté. Si le transfert à un autre État ou à une organisation internationale ne porte que sur des droits souverains isolés et bien délimités, voir 2 WENGLER à 1151-68, il n'en résulte aucune perte définitive de compétences (ni des responsabilités à l'égard des tiers qui en résultent). Généralement, lorsque de tels droits souverains délimités sont transmis pour exercice à des organisations internationales, cela signifie simplement que les actes pris par les instances internationales se substituent dans l'ordre juridique interne de l'État "transférant" aux actes que, sans ce "transfert," les instances nationales auraient pris ou auraient pu prendre. C'est du reste ce qu'expriment clairement l'art. 20 de la Constitution danoise de 1953 et le § 93 de la Constitution norvégienne de 1962. Par ailleurs, les lois nationales à l'occasion desquelles le législateur interne a méconnu les limites fixées en droit international à la compétence de l'État, ne peuvent être automatiquement écartées par chaque juge national. Supposons, par exemple, qu'un législateur national s'arroge, en méconnaissance du droit international public, le droit d'édicter des règles régissant les accords de cartel conclus entre des firmes étrangères et relatifs à la concurrence sur un territoire étranger, ou de légiférer pour une partie d'un territoire qu'il tient occupé, mais ne lui revient pas en droit international : pour le seul motif d'incompétence internationale de l'État, le juge interne ne peut absolument pas refuser de donner effet à de telles lois nationales. (Sur la question de savoir si l'art. 25 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale permet une autre solution au juge allemand après renvoi à la Cour Constitutionnelle, voir *supra* note 44). Pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque l'État, par traité, a transféré à un autre État des droits souverains isolés que lui reconnaît le droit international? Si le législateur national, nonobstant l'abandon conventionnel de certaines matières au pouvoir normatif de l'autre État, voir *supra* note 78, continue ultérieurement à légiférer en ces matières, le droit du juge interne à refuser application à ces lois, en se fondant sur l'abandon de compétence, n'est pas

au cas de conflit entre règles internationales (couvertes par le renvoi) et règles portées par une source juridique interne. Le droit national de l'État du for, de même qu'il prescrit aux juges nationaux d'appliquer, de façon coercitive ou non, soit le droit privé national, soit du droit privé étranger, peut certainement leur enjoindre⁸⁴ d'appliquer ou de ne pas appliquer des règles de droit international. Lorsque le droit international public ordonne ou interdit la création en droit national de règles de cette nature, il pré-suppose qu'elles ne peuvent être adoptées dans l'État que par un organe législatif compétent à cet effet.

Dans tous les pays, les instructions d'application relevant du droit interne, c'est-à-dire les règles sur le "droit à appliquer" par le juge national, tout en étant adressées au juge seul, ne sont assorties que de sanctions juridiques relativement faibles. Ce n'est que s'il méconnaît la loi intentionnellement et avec la volonté de la violer qu'il s'expose à des sanctions criminelles et par là, éventuellement, à la perte de sa charge ou à des dommages-intérêts. Toute interprétation erronée, notamment, ou la croyance non fondée à l'existence de telle ou telle instruction d'application ne peut

plus fort que dans les autres cas d'incompatibilité d'une loi nationale avec le droit international. Si en vertu d'un traité international, un État étend par une loi nationale le champ d'application de sa législation interne à un territoire étranger déterminé et si, ultérieurement, la base de droit international légitimant cette extension vient à disparaître, tout tribunal de cet État ne peut prendre acte de la réduction du champ d'application de la législation nationale que si la loi d'extension fait dépendre expressément ses effets dans le temps du maintien en vigueur du traité. Sur le point de savoir si un juge sud-africain peut prendre acte de ce qu'il n'est plus, après cessation, en vertu des résolutions de l'Assemblée Générale de l'O.N.U., du mandat de l'Afrique du Sud sur l'Afrique du Sud-Ouest, autorisé à exercer la puissance publique sud-africaine sur ce territoire, voir le mémoire dans la publication de l'O.N.U. S/8353 Add. 1, à 8.

Rappelons à ce propos que si un organe de la Communauté arrêtait un règlement en dehors des compétences résultant du transfert de droits souverains des États membres, le juge national ne pourrait l'ignorer purement et simplement, mais devrait le soumettre au contrôle de la Cour Européenne de Justice conformément à la procédure prévue à l'art. 179. En ce qui concerne les rapports entre règles communautaires reprises en droit interne et une loi postérieure du Parlement, le *CMND*. 3301 (1967) n'envisage qu'une obligation internationale, incombant au Parlement britannique de s'abstenir de légiférer, et non un pouvoir pour le juge britannique d'écarter la loi postérieure. Ce "Command Paper" remarque alors justement que cette obligation internationale ne pas légiférer contrairement aux règles édictées par un organe international est admise également pour de nombreux autres traités liant déjà la Grande-Bretagne sans qu'elle permette aux tribunaux britanniques de ne pas appliquer une loi anglaise violant cette interdiction.

⁸⁴ Selon les dires de quelques auteurs, on pourrait croire que le droit interne de leur État, au lieu de lui donner un ordre, se contente d'*autoriser* le juge national à faire application directe du droit international public, surtout lorsque la source internationale émet elle aussi un vœu analogue. Cette conception est évidemment erronée. On ne peut admettre que l'État veuille laisser en chaque espèce concrète à la libre appréciation du juge national soit d'appliquer le seul droit interne créé par un organe national, soit de donner directement effet au droit international public, s'il n'y a pas de réglementation positive dans une source nationale.

M. Guggenheim rejette pour la Suisse, comme une fiction, l'idée d'un acte (tacite) de droit constitutionnel ordonnant l'exécution en droit interne du droit international conventionnel; pourtant, il estime, voir 1 P. GUGGENHEIM, *TRAITÉ DE DROIT INTERNATIONAL* à 74, (1967), qu'une publication est nécessaire pour les traités conclus au nom de la Suisse pour autant qu'ils portent des droits et obligations pour des personnes privées, mais non si la règle conventionnelle ne concerne que les organes étatiques. Le juge suisse devrait donc, dans les rapports entre organes étatiques ayant eu connaissance de sa conclusion, faire application d'un traité non publié. Ainsi que le concède le professeur genevois, la pratique suivie par les tribunaux suisses diffère largement de ces conceptions, dont la réalisation du reste entraînerait, à mon sens, de grosses complications.

qu'entraîner, pourvu qu'il existe une voie de recours, l'infirmité de sa décision par une juridiction supérieure. Or, les procès intentés aux criminels de guerre ont clairement montré que les organes non-juridictionnels d'un État, avant tous les organes exécutifs, peuvent, même éventuellement sous violation du droit national, obéir au droit international lorsqu'il contient des règles relatives à leur activité,⁸⁵ et que des sanctions spécifiques de droit international⁸⁶ peuvent les frapper quand ils ne font pas. On sait⁸⁷ que le juge peut, à l'occasion de son activité juridictionnelle "au service de l'État," se trouver dans un conflit de conscience, tenu qu'il est de se conformer aux instructions d'application que lui adresse le législateur national alors qu'il se sent également lié par une norme contraire relevant soit de la morale, soit des bonnes moeurs, soit même d'un système juridique d'une communauté extra-étatique, confessionnelle par exemple. Ne doit-on pas penser également aux cas où le juge est, dans l'exercice de sa mission juridictionnelle l'adressataire direct d'instructions d'application portées par le législateur national, d'une part, et par le droit international d'autre part?

Est-il inimaginable qu'une règle internationale ordonne au juge national, même en l'absence de toute instruction d'application correspondante en droit national, de donner directement effet aux règles du droit international et de ne pas appliquer les règles internes incompatibles? Est-il absolument inimaginable qu'une règle internationale menace le juge national, au cas où il enfreindrait une telle règle, des mêmes sanctions de droit international que celles pouvant frapper les organes politiques ou militaires réputés "criminels de droit international"? Il n'y a aucune raison de croire que le juge national, contrairement aux organes étatiques non juridictionnels, ne puisse être toujours lié dans son activité jurisprudentielle que par des instructions d'application relevant du droit national. On ne saurait exclure que de telles instructions lui soient directement adressées par le droit international, et même, que la violation de ces instructions puisse entraîner contre

⁸⁵ En matière de crimes de droit international également, il est d'un grand intérêt de rechercher si la règle internationale (dont la violation est reprochée à un individu en tant que crime international) est "self-executing." Elle est "self-executing" si, par exemple, elle interdit à quiconque que ce soit de maltraiter un prisonnier de guerre. Si le droit international ordonne ou interdit certains actes déterminés de puissance publique, il peut y avoir en droit international responsabilité personnelle de l'organe compétent en droit interne à l'effet de prendre ces actes. Si par contre le droit international rend un État responsable de la réalisation d'un événement déterminé qui puisse être prévenu par l'intervention de personnes les plus variées (l'État X, par exemple, répond de l'inondation de partie d'un territoire étranger par des eaux se trouvant sur son territoire), il est manifestement impossible d'accuser d'une violation personnelle du droit international toutes les personnes qui auraient pu effectivement, par leur intervention spontanée, empêcher cet événement, lorsqu'aucune disposition de droit interne ne les y oblige. De plus, lorsque l'État responsable en droit international a pris en droit national les mesures de nature à garantir l'observation de la règle internationale et a, à cette fin, précisé les personnes auxquelles incombent des devoirs déterminés, il paraît inéquitable d'affirmer la responsabilité personnelle de ces personnes en droit international pour autant que les autres États liés par cette même règle internationale n'ont pris aucune mesure analogue.

⁸⁶ Sur la nature de ces sanctions, voir pp. 268-69 *supra*.

⁸⁷ Voir l'exposé des diverses conceptions dans H.-U. EVERS, *DER RICHTER UND DAS UNSITTICHE GESETZ* (1956).

le juge national des sanctions de droit international.⁸⁸ Sûrement, étant donné que la méconnaissance des règles d'application relevant du droit national n'entraîne des sanctions contre la personne du juge que dans des circonstances particulières, l'inobservation de règles d'application relevant du droit international ne pourrait guère être l'objet d'une interdiction plus sévère. Comme pour les autres "criminels de droit international," on ne pourra exclure que l'existence en droit interne de règles, ou même d'ordres individuels contraires puisse créer pour le juge un état de nécessité (*Befehlsnotstand*). En tout cas, la sanction de droit international la plus importante—mais aussi, à ce moment, la seule—qui puisse frapper un organe étatique pour un crime de droit international consiste en la levée des obstacles qu'apporte le droit international à toute poursuite pénale intentée contre des organes étatiques étrangers pour des actes commis dans l'exercice d'un pouvoir souverain, de manière à ouvrir contre ces organes la voie à des peines infligées—éventuellement sous institution d'un tribunal commun—par des États autres que celui au nom duquel ils agissent (*Dienstherr*).⁸⁹ Il ne pourra qu'en être de même au cas où le juge national en viendrait, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, à violer une règle internationale lui enjoignant d'appliquer du droit international. Mais alors, le fait justement que le juge national soit l'"adressataire direct" du droit international s'exprimerait en ce que les États étrangers autres que l'État du for au nom duquel il exerce sa mission juridictionnelle, pourraient, sans que son immunité dans l'exercice de sa fonction au service de son État s'y oppose, intenter contre lui des poursuites pénales à l'occasion des "crimes de droit international" qu'il viendrait à commettre.

Or, l'immunité fonctionnelle, dans d'autres États,⁹⁰ d'un organe étatique non juridictionnel pour des actes officiels ne peut être levée que pour la violation grave de règles internationales particulièrement importantes. La non-application du droit international, ou l'application de règles nationales contraires, ne pourra donc être réputée "crime" de droit international imputable au juge national que s'il s'agit de règles dont le contenu a une importance particulièrement grande. Le domaine de ces règles cependant paraît extrêmement restreint en droit international positif. A cet égard, il est significatif que la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit ni une obligation de punir incombant aux États signataires, ni un tribunal international qui puisse poursuivre un juge national pour le motif

⁸⁸ M. Mosler, *supra* note 3, à 631, estime d'une part, que certaines normes de droit international public ont un "effet immédiat dans le droit interne," mais affirme, d'autre part, *id.* à 649, que dans aucun pays le droit international public n'est—et ne peut être—appliqué par le juge national sans que "la volonté de l'État ne l'ordonne ou du moins ne l'admette." C'est là une contradiction.

⁸⁹ Voir *supra* note 7.

⁹⁰ Pour sanctionner de graves manquements au droit international commis par un organe étatique, tout État—étant en fait en mesure de le faire—est-il habilité à priver de sa liberté la personne coupable ou ne doit-il pas, en plus, y avoir un intérêt légitime? C'est un point dont on peut douter.

qu'il ait écarté les règles de la Convention protégeant les droits de l'homme et appliqué des règles internes contraires. Aucune juridiction d'un autre État signataire ne pourrait, à fortiori, intenter de telles poursuites contre le juge. De même, tout juge sud-africain ayant donné effet dans ses décisions à la législation d'apartheid, pourtant réputée contraire aux droits de l'homme par la majorité des États membres de l'O.N.U., ne pourrait certainement pas être l'objet devant un tribunal étranger de poursuites pour crime de droit international et s'y voir infliger une peine. Le seuil permettant de telles poursuites à d'autres États ne serait atteint que si l'État du for commettait ce qu'il est convenu d'appeler un génocide et si les juges nationaux y collaboraient activement par leurs jugements.⁹¹

Qu'en est-il maintenant dans le cadre de la Communauté Économique Européenne, au cas où un juge national⁹² écarterait, même intentionnellement, un règlement communautaire ou une disposition du traité institutif? En l'état actuel, il est pratiquement impossible, et aucune base juridique ne permettrait, que le juge national soit l'objet de poursuites pénales devant une juridiction d'un autre État membre, ou y soit condamné à réparation envers les personnes auxquelles sa décision porterait préjudice. C'est une raison supplémentaire de ne pas admettre que cette prétendue obligation personnelle du juge⁹³ de faire prévaloir le droit communautaire soit

⁹¹ Aucun juge allemand en activité sous le 3^e Reich n'a pour le seul motif qu'il ait appliqué des lois nazies été l'objet d'une peine devant les tribunaux alliés institués après la 2^e guerre mondiale. Tout au plus, certains juges ont-ils été condamnés pour avoir prononcé des peines inutilement élevées. Voir H.-U. EVERS, *supra* note 87, à 138. Un rapport fourni à l'Assemblée Générale des Nations-Unies requiert, en égard à la législation d'apartheid et aux poursuites pénales intentées contre les actes de violence des opposants au régime en Afrique du Sud, des poursuites criminelles contre les membres du gouvernement sud-africain et contre les fonctionnaires exécutant les condamnations à mort, mais ne mentionne pas les juges qui appliquent des lois prétendues contraires au droit international public, voir U.N. Doc. E/CN/949, Add. 4. La Résolution No. 2324 (XXII) voit dans la procédure pénale ouverte contre des habitants de l'Afrique du Sud-Ouest une violation du droit international "par le gouvernement" sud-africain.

⁹² Au cas où il y aurait contradiction entre des conventions conclues par les organes de la Communauté Économique Européenne avec un État tiers et des règlements communautaires ou avec le traité institutif lui-même, le problème se poserait de savoir quel droit la Cour Européenne de Justice devrait faire prévaloir, soit le droit communautaire "propre," soit ces traités : voir Megret, *Conclusion, formes et effets des accords internationaux passés par la Communauté*, [1965] (No. 76) REVUE DU MARCHÉ COMMUN 19, à 26. Admettait-on ici une obligation personnelle des juges de la Cour de donner primauté à ces conventions sur le droit communautaire?

Il faut aussi envisager le cas où la cour constitutionnelle d'un État membre constaterait que la mise en oeuvre d'une disposition du droit communautaire par un organe national est incompatible avec un droit fondamental des citoyens, protégé par la constitution. Ajoutons à ce propos une autre remarque : faut-il reconnaître une primauté des règles internationales relatives aux droits de l'homme sur le droit communautaire? C'est là un point sur lequel se taisent les partisans de la primauté du droit communautaire sur le droit national. Chercher à mettre les actes communautaires — même s'ils sont exécutés dans les États membres par les organes nationaux — à l'abri de tout contrôle relatif à la violation des droits fondamentaux constitutionnels, voir P. Badura *en*, 24 VERHANDLUNGEN DER VEREINIGUNG DEUTSCHER STAATSRECHTSLEHRER à 90 (1964), et admettre en même temps que le contrôle des organes institués par la Convention européenne des droits de l'homme ne peut s'exercer sur les actes des organes de la Communauté, c'est s'accorder à cette tendance politique venant renforcer les pouvoirs des Exécutifs nationaux et de leurs alliés supranationaux envers tant les assemblées parlementaires que les citoyens. Voir *supra* note 3.

⁹³ De même que W. MÖLLER, voir *supra* note 73; R. SAINT-ESTÈRE, *DRIT COMMUNAUTAIRE ET DROITS NATIONAUX* (1967), part de ce point de vue que le juge national est lié avant

couplée avec un pouvoir incontrôlable de rejeter toute loi nationale qu'il estime contraire au droit communautaire,⁹⁴ alors même que les gouvernements des autres États membres soient d'une opinion unanime opposée et que, par conséquent, toute intervention de la Cour de Justice Européenne soit exclue.⁹⁵

Il est souvent objecté que la réalisation du droit communautaire serait compromise au cas où tout juge national ne serait pas tenu systématiquement d'écarter toute règle interne contraire. Cet argument sans cesse avancé par les défenseurs de la décision *Costa-ENEL* n'est pas convaincant. La décision de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans

tout par les instructions d'application portées en droit interne, pense toutefois que le droit positif des États membres n'apporte aucun obstacle qu'il ne puisse surmonter avec un "léger effort" afin de faire prévaloir le droit communautaire sur les règles internes contraires. Tout comportement contraire du juge national ne peut entraîner de conséquences que dans le cadre de la procédure prévue aux arts. 169 et seq. du traité sur la Communauté Économique Européenne. L'auteur ne l'ignore pas et y voit une "faiblesse de l'organisation communautaire," mais omet justement d'en tirer des conséquences quant à la question de savoir si le juge national doit donner aveuglément la préférence au droit communautaire. La valeur de l'ouvrage de Saint-Esteben réside dans ce qu'il montre que toute divergence, quant à leur contenu, entre droit national et droit communautaire ne conduit pas nécessairement à un "conflit" soulevant le problème de l'applicabilité soit de l'un soit de l'autre droit.

⁹⁴ Admettrait-on que non seulement le traité sur la Communauté Économique Européenne, mais aussi la Convention Européenne sur les droits de l'homme, créent pour le juge national une obligation, ne prenant pas sa source en droit interne, d'appliquer les dispositions conventionnelles de caractère "self-executing," le juge national pourrait le cas échéant être confronté à des instructions divergentes d'origine supranationale en ce qui concerne le droit à appliquer!

⁹⁵ Il est exact que, là où elle est prévue par le droit constitutionnel d'un État fédéral, la primauté du droit fédéral sur le droit national des États membres est garantie par l'obligation incombant aux tribunaux des États membres de contrôler la compatibilité de leurs lois avec le droit fédéral, et, dans la négative de leur refuser application. Voir W. WAGNER, *THE FEDERAL STATES AND THEIR JUDICIARY* à 85, et surtout à 124 (1959). Mais justement, cette interdiction d'appliquer toute loi d'un État membre contraire au droit fédéral fait partie d'une instruction d'application relevant du droit fédéral et dont les juges des États sont les adressataires directs; c'est dire que la violation intentionnelle de cette instruction pourrait entraîner pour le juge réfractaire des sanctions prononcées par des juridictions fédérales, conformément à des dispositions de droit fédéral. De plus, leur application correcte par les juges des États est assurée à tous égards par le contrôle qu'en font des juridictions fédérales: ainsi, toute décision d'un tribunal d'un État membre écartant une loi de l'État membre pour le motif de sa prétendue incompatibilité avec le droit fédéral peut être contrôlée par un tribunal fédéral suprême; il n'existe en effet aucun État fédéral où une telle décision ne pourrait être portée à la connaissance et au contrôle d'un tribunal fédéral suprême ni sur la demande d'une partie à l'instance, ni sur la demande d'une instance politique de l'État ayant adopté cette loi. Dans aucun pays fédéral, la constitution n'expose le législateur d'un État au danger que ses actes législatifs soient, pour le motif de leur prétendue contrariété au droit fédéral, ignorés par ses tribunaux sans qu'il n'y ait la possibilité pour un tribunal fédéral suprême d'infirmar cette décision le cas échéant en faveur de la validité de ces actes. Voir par exemple le § 76 de la loi sur le *Bundesverfassungsgericht* pour l'Allemagne Fédérale: Au cas où un tribunal d'un pays écarte une loi du "Land" prétendue contraire au droit fédéral, le gouvernement du "Land" peut saisir le *Bundesverfassungsgericht*. Aux États-Unis, il est vrai, § 25 du Judiciary Act de 1789 ne permettait la saisine de la Cour Fédérale Suprême que lorsque la régularité de la loi d'un "State" au regard du droit fédéral, mis en doute lors du procès, avait fait l'objet d'une réponse affirmative par le tribunal du "State"; cette limitation est depuis longtemps dépassée, la procédure de certiorari pouvant être introduite devant la Cour même lorsque le tribunal du "State" s'est prononcé pour l'incompatibilité. Voir 28 U.S.C. § 1257 (1958). Sans préjudice du droit de contrôle reconnu aux tribunaux des États, les tribunaux fédéraux inférieurs ont aux États-Unis le pouvoir d'interdire aux agents administratifs des États d'imposer l'application de lois de l'État contraires au droit fédéral. De cette manière, le Tribunal Fédéral Suprême peut enfin de compte se prononcer même lorsque le tribunal fédéral inférieur a admis l'incompatibilité d'une loi d'un État avec le droit fédéral, voir 28 U.S.C. § 1254 (1964).

cette affaire prête à critique parce qu'elle éveille la fausse impression que le droit international non créé par des organes "supranationaux" aurait une moindre importance et pourrait donc se contenter d'effets moins intenses devant le juge national que les normes constituant en droit communautaire. ⁹⁶ Ce n'est pas nier la primauté ⁹⁷ du droit international que d'admettre que le juge national doive, provisoirement, donner effet à une règle nationale contraire si l'observation de cette règle est nécessaire dans le cadre d'une réglementation complexe pour éviter un plus grand mal tant pour l'État du for que pour les autres États. Le droit international ne connaît pas une règle directement adressée au juge national et lui interdisant de donner effet à cette règle interne, bien que contraire à une règle internationale, tant que d'autres États, munis des moyens de contrainte juridique du droit international, n'auront pas conduit le législateur national à écarter cette règle au cours d'une révision plus large de la législation (à moins que, à l'inverse, ne vienne à être modifiée la règle internationale elle-même). On ne peut prétendre que la réalisation du droit communautaire dans les États membres dépende dans un degré plus élevé du droit de contrôle de tous les tribunaux nationaux et du devoir de rejeter aveuglément toute loi nationale incompatible avec le droit communautaire. ⁹⁸

⁹⁶ Dans sa décision dans l'affaire *Costa/ENEL*, la Cour de Justice expose les traits distinctifs, selon elle, du traité instituant la Communauté Économique Européenne par rapport aux traités internationaux "ordinaires." Rien ne me paraît si extraordinaire qu'on ne le puisse trouver également dans d'autres traités internationaux. Innombrables en effet sont les organisations internationales qui, comme la Communauté Économique Européenne, ont été fondées par traité pour une durée illimitée; nombreuses sont les organisations internationales qui, tout comme la Communauté Économique Européenne, sont "dotées d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale"; aussi nombreux sont les traités internationaux qui prévoient l'exercice de "droits souverains" donc en particulier du pouvoir législatif ou réglementaire, par des organisations internationales. Voir I. DETTER, *LAW-MAKING BY INTERNATIONAL ORGANIZATIONS* (1965). A juste titre, le "Command Paper" cité ci-dessus, *supra* note 83, considère que l'effet obligatoire de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas moins intensif pour le Parlement britannique que ne le serait celui du traité instituant la Communauté Économique Européenne.

De plus, rien n'interdit à un État membre d'adhérer à une autre communauté "supranationale": comment devrait alors se comporter le juge national en cas de conflit entre des règles portées par l'une et l'autre de ces deux communautés et appelées également à application?

⁹⁷ Voir en ce qui concerne les diverses interprétations possibles de la "primauté" du droit international public I WENGLER à 95.

⁹⁸ Des problèmes analogues de primauté se sont du reste également posés pour l'East African Common Services Organization, et son successeur, l'"East African Community." Les organes de cette organisation peuvent, dans le domaine de leur compétence matérielle, adopter des lois qui, de même que les règlements de la Communauté Économique Européenne, veulent sortir "directement" leurs effets sur le territoire des États membres (Tanzania, Kenya et Ouganda). Aussi les lois adoptées par l'organisation sont-elles incorporées dans le droit national des États membres au moyen d'un renvoi global prononcé dans une loi (Act) nationale; voir pour le Kenya, KENYA REV. LAWS c. 4, § 4 (1962). Des dispositions législatives des États membres portent que l'on doit présumer la non-applicabilité des lois nationales au cas où elles seraient contraires à une loi de l'organisation; cette présomption n'empêche pas que le juge national doive donner effet à toute loi nationale postérieure revendiquant expressément application nonobstant cette incompatibilité. Voir, pour le Kenya, KENYA REV. LAWS c. 2, § 8 (1962). La même solution est prévue pour les lois à adopter par la Communauté de l'Afrique Orientale devant remplacer l'organisation et ressemblant en beaucoup de points à la Communauté Économique Européenne. Voir pour le Tanzania, Act No. 42 de 1967, § 8(1): "The provisions of an Act of the Community enacted with respect to any matter that is included in Annex X to the Treaty

Ce n'est pas remettre en question la primauté des règles constitutionnelles sur les lois ordinaires que de soustraire le contrôle de la constitutionnalité du pouvoir général de contrôle⁹⁹ de tous les tribunaux nationaux ordinaires et de le réserver à un organe spécial, même si ce dernier ne peut être saisi que par certains organes étatiques déterminés. Inversement, la primauté du droit international n'est pas garantie du seul fait de l'institution d'organes internationaux compétents à l'effet de constater l'incompatibilité avec le droit international de règles relevant du droit interne d'un État. Pour autant que les gouvernements nationaux ne soutiennent pas des tribunaux internationaux véritablement indépendants, n'ont pas la volonté de mettre en oeuvre leur contrôle, ou empêchent qu'un tel tribunal puisse être directement saisi sur la demande de toute personne y ayant intérêt, c'est s'abandonner à une illusion que d'attendre la réalisation du droit international de la seule affirmation de l'existence d'une obligation personnelle du juge national, prenant sa source en droit supranational, mais dépourvue de toute sanction internationale ou nationale, et sous laquelle il serait tenu d'appliquer et de faire prévaloir le droit international même à l'encontre d'un ordre contraire du législateur national.



THE APPLICATION OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW BY NATIONAL COURTS RECONSIDERED

*Many authors (and political bodies) in continental Europe
have urged in the last years the national courts to apply, even with-*

shall, from the date of the publication of that Act in the Gazette of the Community, have the force of law in the United Republic." Section 10(3): "Where an Act of the High Commission, an Act of the Common Services Organization or an Act of the Community is inconsistent with a law of the United Republic enacted after that Act, the law shall not be construed so as to repeal any provisions of the Act unless the law expressly so provides or makes other provisions in express terms indicating the intention that the law shall have effect notwithstanding the Act." La Court of Appeal for East Africa instituée par l'organisation est compétente en qualité de Cour d'Appel supérieure aux tribunaux nationaux, pour autant que le droit national lui attribue compétence; statuant en tant que Cour d'Appel, elle doit se prononcer sur la base des mêmes normes juridiques que l'instance nationale inférieure. La Cour n'est pas compétente pour statuer sur les manquements d'un État membre au devoir de ne pas empêcher, au moyen de l'adoption de dispositions législatives contraires, l'efficacité d'une loi de la Communauté. Une obligation de cette nature est sous-entendue dans la clause générale de l'art. 4, aux termes de laquelle les États doivent s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en danger les buts de la Communauté. Au cas d'une prétendue violation du traité, c'est un organe politique, le Common Market Council, composé paritairement de ministres des États membres, qui est saisi de l'affaire. Si un accord se réalise au sein du Conseil, cet accord peut prendre la forme d'une "directive" liant en droit les États membres. Au cas où le Conseil constate son impuissance à parvenir à un accord ("recording an inability to agree"), tout État membre estimant ses intérêts lésés peut saisir une instance juridictionnelle autre que la Cour d'Appel, c'est-à-dire le "Tribunal du Marché Commun," qui prendra une décision à la majorité. Ce tribunal pourra également constater qu'une directive prise sur l'accord au sein du Conseil n'a pas été exécutée. Pour la Communauté de l'Afrique Orientale donc, il est évident qu'il y a, au cas d'une prétendue violation du traité ou de l'adoption d'une loi contraire à une loi communautaire, primauté donnée à la solution "politique" pour autant que les gouvernements parviennent à s'entendre au sein du Conseil.

⁹⁹ C'est-à-dire du pouvoir général de contrôler la régularité des normes juridiques prétendant pour partie être appelées à l'application (*Normenkontrolle*, au sens large).

out an express constitutional provision, public international law rules as such to the greatest extent, and in case of conflict to prefer them to rules of national law, even if the rules of national law have been adopted later. The Court of the European Community has decided that the courts of the member states are absolutely obliged to refuse the application of all rules of national law which are in contradiction with the enactments of the legislative bodies of the Community, or which are forbidden by the treaty creating the Community.

In a critical appraisal of these tendencies the author examines what is "application" of public international law by national courts. He shows that the application of public international law by national courts needs a "renvoi" to the sources of public international law expressed in some rule of national law. He shows that the effects of such renvoi are limited not only to rules which are "self-executing," but also by several other considerations. Examples are given where public international law itself inhibits the direct application of certain public international law rules by national courts, and the reasons behind these inhibitions are examined. In fine the problem is raised whether it might be an international crime for a national judge not to apply rules of public international law, or to apply rules of national law which are forbidden by public international law.