

005

2305

S. RUNDSTEIN

Docteur en droit,
Avocat à la Cour de Varsovie.

BIBLIOTEKA
KATEDRY
PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO
PUBLICZNEGO
UJ

12305

Le caractère juridique des différends internationaux

Extrait de la *Revue de Droit international et de Législation comparée*
(1934, n° 3).



BUREAU DE LA REVUE :
rue des Paroissiens, Bruxelles.



x11- 1934- R4C

WYDZIAŁOWA BIBLIOTEKA PRAWNICZA UNIwersytetu Jagiellońskiego	
	NR INWENTARZA
	03/01/10759
	SYGNATURA
VII - 1934 - R4C	

WPS-8.089

Wydz. Bibl. Prawnicza



1806143193

Autur pmi o myjsu

LE CARACTERE JURIDIQUE
DES
DIFFERENDS INTERNATIONAUX

par S. RUNDSTEIN,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour de Varsovie.

BIBLIOTEKA
KATEDRY
PRAWA MIĘDZY-PAŃSTWOWEGO
PUBLICZNEGO
44
12305

I. — *Observations préliminaires.*

Le problème de la classification des différends internationaux appartient au nombre des questions qui depuis longtemps font l'objet de recherches approfondies. L'intérêt qu'on porte à ces études est évident, puisque chaque système du droit doit être fondé sur une classification rationnelle.

Si une certaine catégorie de différends vient d'être qualifiée comme ne rentrant pas dans le cadre d'un ordonnancement juridique, elle demeure nécessairement hors de ce cadre ; elle reste donc étrangère à l'aperception et à l'appréciation juridique.

Cette constatation équivaut à la non-applicabilité absolue de la règle de droit au regard d'un contenu déterminé de la vie sociale. Donc certains faits peuvent porter toutes les qualifications possibles, sauf la qualification juridique.

Quelle est la signification de cette indifférence ?

La réponse est très simple, si l'on se borne à l'observation du droit interne. Si l'ordre juridique ne porte aucun intérêt à un certain contenu de la vie individuelle ou sociale, il laisse la liberté d'action ou d'omission aux personnes qui prennent part aux situations respectives. Mais en préconisant cette liberté, il la sanctionne par la voie indirecte, savoir : par interdiction de tous les actes contraires, de toutes les interventions de personnes tierces portant préjudice à la jouissance et à l'exercice de cette « liberté ». La sphère indifférente vient d'être garantie indirectement n'étant aucunement réglée par une norme de droit.

Le règlement juridique ne porte que sur une surface préalablement ordonnée : c'est par « opposition » des sphères réglées et des sphères non réglées que le domaine juridique peut être compris ; en même temps, la sphère non réglée est protégée contre toute atteinte et contre tout empiètement, si cette atteinte elle-même n'est pas préalablement reconnue et réglée.

Si je suis obligé de livrer une chose en vertu d'un contrat de vente, la situation est réglée juridiquement. Si je veux fumer une cigarette, mes actes respectifs sont indifférents pour le droit ; mais si quelqu'un veut me forcer de fumer ou de ne pas fumer, la loi protégera ma liberté individuelle ; d'autre part, cette liberté sera restreinte si la réalisation de mon intention entraine en conflit avec une défense de fumer dans certains lieux publics. Dans ce cas une atteinte à ma volonté de la part des personnes autorisées à l'intervention sera légitime.

La situation est différente dans le domaine des relations internationales.

Si la liberté absolue ou relative de certains actes d'États vient d'être reconnue comme irréductible, si sans cette liberté la vie de la communauté internationale ne peut pas être conçue *in statu quo hodie*, le mécanisme « sanctionnateur » dans les cas d'atteinte, d'empiètement et d'intervention n'est pas d'ores et déjà prévu d'une façon qui correspondrait précisément au jeu des règles du droit interne. C'est ici que l'indifférence juridique de certaines situations se pose dans toute sa gravité : le droit interne ne connaît pas la guerre (privée) comme une solution admissible et légitime des litiges ; et la prohibition de la guerre par les règles du droit international — si même une telle prohibition absolue et intégrale était reconnue comme générale — pourrait comporter en conséquence des conflits secondaires (guerre-sanction) dont les résultats resteraient toujours imprévisibles. Le droit interne fait prévoir les effets de la sanction dans les cas d'infraction ; le droit international, en reconnaissant l'absence de garanties dans les conflits des libertés « indifférentes » et « concurrentes », fait correspondre l'effet de la guerre aux simples situations de fait. La sanction appartiendra au vainqueur sans qu'une instance tierce — impartiale et indépendante — puisse se prononcer sur les ori-

gines du différend, sur la « légitimité » des infractions commises, sur l'atteinte à liberté d'une des parties (je fais abstraction des cas possibles d'une faute mixte). Du reste, il n'y a pas de règles préétablies et générales qui pourraient servir de critère à cette instance imaginée.

Si l'on admet la notion de *l'unité du droit*, sans accentuer les qualifications accidentelles du droit interne et du droit international — cette constatation ne reste pas indifférente quant à la caractéristique des distinctions de la sanction.

Les règles démunies de sanction ne sont pas considérées comme des règles juridiques. Leur caractère extra-juridique fait prévaloir cette différence spécifique qui est à la base de tout discernement systématique. Mais si la structure de la norme démontre l'existence d'un enchaînement (les conséquences découlant de la violation d'un contenu déterminé), l'étendue et la sphère d'action de cette sanction demeurent indifférentes pour la compréhension formelle de la matière juridique.

Donc, il ne s'agit ici que de différences quantitatives ; l'admission d'une différence qualitative mettrait en doute l'existence de la norme juridique présumée. La qualification d'une sanction comme religieuse, morale, politique, etc., équivaldrait nécessairement à l'élimination immédiate de la notion du droit.

Si la totalité de certaines situations interétatiques conduisait à exclure le jeu des sanctions conçues comme des conséquences liées nécessairement à la non-observation des règles instituées — un tel système resterait en dehors de la notion du système juridique. Mais si la sanction ne peut être niée, si elle est expressément ou implicitement admise par le système des règles positives, l'existence de la norme juridique est hors de doute.

Il importe peu que *le contenu* de la sanction soit différent dans le domaine des situations et des rapports internationaux. Une sanction peut être plus ou moins faible, plus ou moins effective, elle peut avoir une extension très limitée sans des effets visibles — néanmoins elle reste un corollaire nécessaire du règlement. *Sa nature formelle* est à constater, nonobstant le contenu variable et compte tenu de la dynamique d'un rapport interétatique particulier.

L'organisation de la sanction peut être rudimentaire, elle n'offre que des perspectives lointaines ; mais ses points de repère — seraient-ils rares et équivoques — supposent l'existence d'un règlement juridique entre les Etats (¹).

Ces qualifications purement quantitatives peuvent être comprises du point de vue normatif. Les Etats, en leur qualité des centres d'imputation juridique finale et suprême, étant liés par la réglementation de leur activité en rapport avec d'autres entités portant la qualification identique de l'imputation suprême, se voient forcés de limiter leur compétence, originairement et fondamentalement irréductible. La limitation de la compétence doit correspondre aux conséquences de la transgression des sphères d'action préalablement réglées. Les Etats — par leur nature même — se prêtent mal à la prévision rigide de telles conséquences ; la proximité de leurs actions aux différents centres et points finaux de l'imputation juridique rend difficile non seulement l'application de la sanction, mais sa détermination précise. La négation de la sanction comme telle n'est pas évidemment admise ; mais on laisse la main libre quant à la fixation de son contenu.

II. — *Les différends juridiques et le droit interne.*

En droit interne, toujours réductible à une norme fondamentale superposée, la question de la classification des différends ne peut guère se poser.

La sphère des situations ou des rapports qui échappent à un règlement juridique préétabli demeure indifférente pour l'ordre qui s'occupe de la région soumise à son pouvoir. L'ordre juridique n'y intervient que pour la protection et pour la sauvegarde des actions ou des omissions laissées à l'arbitraire de chacun. Mais tout ce qui se passe *en dedans* de la sphère non réglée par des normes juridiques et qui, par contre, peut être réglée par des normes qualifiées différemment, échappe à l'empire du droit.

Celui-ci reste *en dehors*, en sa qualité de gardien de la frontière, tandis que dans le domaine réglé il est le maître unique

(¹) BOURQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1931, I, pp. 202-203.

qui détermine l'étendue des devoirs, corrélatifs aux droits, en les faisant créer, changer, distribuer ou anéantir. On comprend bien que cette étendue n'est nullement rigide et fixée pour toujours et *a priori*. Le contenu des règles se trouve en évolution permanente : la matière qualifiée à présent comme juridique peut perdre ce caractère ; un contenu qui fut hier juridiquement indifférent peut acquérir demain la qualité et la valeur juridique. Toutefois, la *forme* du pouvoir qui donne la couleur caractéristique à un contenu quelconque reste toujours la même.

On oppose en droit interne les différends juridiques aux différends non juridiques. Cette opposition veut dire simplement ceci : il y a des différends qui sont — en vertu de la règle juridique — soumis à une juridiction préétablie et préalablement définie. La juridiction doit être compétente ; s'il y a des conflits y relatifs, il faut les faire résoudre.

Même si l'ordre des instances n'est pas prévu, si un conflit éventuel est laissé à l'arbitraire d'un organe sans recours quelconque — la *décision*, la *solution* doit nécessairement intervenir, sous peine de voir le différend se prolonger indéfiniment.

S'agit-il d'un différend non juridique ? Ici nulle juridiction, nulle compétence n'est prévue. Si à l'occasion d'un tel différend on s'adresse à un organe du droit — quelle que soit sa nature ou sa fonction — celui-ci restera muet. Ni un tribunal, ni un agent administratif ne possède en sa qualité d'organe le pouvoir de résoudre des conflits d'envergure non juridique. Si A et B s'adressent à un tribunal pour la solution d'un différend se rattachant à une question scientifique ou à un problème de pure opportunité technique, le tribunal ne débouterà pas le demandeur ; il rejettera simplement la demande comme laissée intégralement à une sphère n'intéressant pas l'ordre juridique ; il ne permettra même pas aux soi-disant « parties » d'exposer leurs points de vue respectifs.

Si donc un différend n'est pas « justiciable » — il n'existe pas sous le point de vue de droit ⁽²⁾.

Toute différente serait évidemment la situation si, à l'occasion

(2) V. les observations sur le problème de distinctions des *objets* de litige chez G. HUSSERL, *Der Rechtsgegenstand*, 1933, p. 106 et suiv. (Erkenntnisstreit, Tatsachenstreit, Rechtsstreit).

d'un différend portant sur un problème de science, de morale ou d'opportunité pratique, une des parties au « litige » faisait insulter son contradicteur. C'est ici qu'à l'occasion d'un litige non juridique la situation se transformerait, en raison de la lésion de certains intérêts protégés par le droit ; mais le différend qui devient ainsi susceptible d'être soumis à un organe juridictionnel n'aurait rien de commun avec le « rapport » préexistant ; il ne donne qu'une occasion à l'intervention juridique. Ce « rapport » sera un motif accidentel du différend soumis à la solution d'un organe compétent.

Autrement dit, les systèmes du droit interne ne connaissent pas de différends qui ne seraient pas justiciables.

Abstraction faite des litiges appartenant à la catégorie des actions « finium regundorum » entre la région réglée et la région laissée à l'arbitraire de chacun, le droit interne reconnaît que l'existence d'un différend correspond nécessairement à sa « couleur » juridique. Même si les personnes intéressées étaient pleinement d'accord pour qu'une divergence d'opinions ne touchant pas à la sphère du droit et complètement indifférente au regard de celle-ci fût soumise à une instance tierce, — cette instance ne pourrait nullement être envisagée comme un organe judiciaire. Il va de soi que la compétence des tribunaux de droit commun ne pourrait être admise ni reconnue. Même une convention soumettant la solution du litige à des arbitres n'y changerait rien ; puisqu'il serait inimaginable qu'une sentence des arbitres portant p. e. sur la solution d'un problème scientifique, moral ou esthétique pourrait être revêtue de l'exequatur par un tribunal disposant des moyens de la contrainte juridique. Peut-être, les « parties » en recourant à des moyens subtils seraient-elles en état de transformer le différend en question en un litige pseudo-juridique (stipulation d'une clause pénale, dépôt des garanties, etc.) ; mais certainement ce travestissement plus ou moins artificiel ne signifierait qu'une chose, savoir que la justiciabilité du différend a été créée en marge des règles de droit. Ce détour constituera une preuve indirecte de l'identité des différends juridiques avec les différends justiciables.

Il serait donc inadmissible de dire qu'en droit interne *tous les*

différends de quelque nature qu'ils soient, sont également justiciables ⁽³⁾. Si un tribunal rejette une demande, en raison du fait que la nature du litige est hors du domaine juridique, il ne se prononce pas sur les mérites de l'affaire, il décline sa juridiction en faisant valoir que la matière soumise à son appréciation est hors des pouvoirs qui lui ont été conférés par l'ordre juridique.

La situation est différente si le tribunal déboute le demandeur : soit par le motif que la juridiction ou la compétence en la matière appartient à un autre organe d'Etat, soit parce qu'il est d'avis que, nonobstant le caractère juridique du litige, l'action ou l'omission contestée appartient à la catégorie des actes laissés à la discrétion absolue de chacun. Attendu que la partie citée en justice n'est pas liée par un devoir juridique envers le demandeur, vu que l'absence du devoir juridique correspond à la pleine liberté de sa conduite, que — par conséquent — il n'est pas empêché d'agir ou de ne pas agir, le tribunal jugera que le demandeur n'a pas droit à une intervention quelconque ; dès lors, celui-ci est lié par le devoir général de ne pas empêcher la liberté garantie au défendeur ⁽⁴⁾.

Dans les cas appartenant à cette catégorie l'action ne sera pas simplement *repoussée* « *in limine litis* » ; il sera nécessaire d'entrer dans le fond, bien que cet examen puisse être très simple et peu compliqué. Mais vu l'affinité plus ou moins proche avec la région du droit, l'organe saisi de l'affaire est obligé de se prononcer sur l'issue du litige. Ici le fait de débouter équivaut à une solution définitive du problème litigieux ; d'autre part, le rejet simple de la demande, étrangère au domaine du droit, n'est nullement un déni de justice. En ce faisant, le tribunal ou un autre organe d'Etat ne reconnaît que *l'inexistence* du problème qui — du côté

⁽³⁾ V. l'affirmation de LAUTERPACHT, *The function of law in the international community*, 1933, pp. 20-21 : « Within the State all conflicts (?) between citizens are cognizable by courts which either pronounce on the merits or definitely dismiss the claim on the ground that, whatever its moral or other justification may be, it is not entitled to protection and enforcement by the law. »

⁽⁴⁾ Cf. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, 1932, pp. 187, 188. — Kelsen, « La dottrina pura del diritto », 1933 (Estratto dell' *Archivio Giuridico*, vol. CX, 2), p. 43 : « Di fronte a colui che esige da un altro un comportamento non stabilito dall'ordinamento vigente, quest'altro, per l'omissione di questo comportamento, ha un diritto concessogli dall'ordinamento giuridico; diritto nel senso di libertà giuridicamente garantita. »

juridique — reste, pour ainsi dire, invisible, imperceptible et indifférent.

C'est une vérité de toute évidence : il y a des différends qui du point de vue juridique ne peuvent être résolus. Cette évidence porte tant sur le domaine du droit interne que sur la région des rapports interétatiques ⁽⁵⁾. L'existence des organes, destinés à trancher les litiges entre les individus n'équivaut guère à la possibilité absolue de leur donner toujours des solutions adéquates ; la justiciabilité correspond à l'existence, à la position d'une norme juridique préétablie ou créée *ad hoc* ; l'absence de la norme veut dire l'absence d'instance ; si l'on s'adresse à une instance, nonobstant le mutisme du système juridique, il serait par trop naïf d'en attendre une réponse. Les organes judiciaires ou quasi-judiciaires ne sont ni des devins, ni des prophètes.

III. — *Les différends juridiques et le droit international.*

La qualification des différends ne se heurte pas en droit interne aux difficultés théoriques. Le « locus standi » de tout litige est déterminé par une règle plus ou moins précise.

La situation en est différente en droit international. Cette constatation ne veut pas dire que le règlement auquel demeurent soumises les situations internationales n'est pas à qualifier comme un règlement juridique.

La doctrine souligne quelques traits caractéristiques de l'ordonnement international, savoir : le mécanisme spécial des règles juridiques pertinentes, le fonctionnement du droit sans y recourir à des organes séparés et autonomes, la protection des facultés et des libertés (*droits fondamentaux*) par des actions non coordonnées, compte tenu de l'absence d'une instance supérieure et de l'admissibilité de l'exécution privée (guerre). Ces constatations ne veulent nullement dire que les imperfections bien connues du règlement international le dépouillent du caractère *juridique*. Il

⁽⁵⁾ BRIERLY, « The General Act of Geneva », 1928 (*The British Yearbook of international law*, 1930, p. 132) : « ... that every dispute is intrinsically capable of being settled. That is not true of the disputes of individuals, and I doubt whether in this particular respect the disputes of states are different. »

s'agit plutôt de la caractéristique du *contenu* des normes, bien spécifiques, si on les compare à celui du droit interne.

Si ce contenu est plus simple et moins complexe, si la rareté des dispositions générales y saute aux yeux, si les sanctions ne portent pas un caractère institutionnel et si la liberté d'action y reste souvent indéterminée ; si, en un mot, le régime du *contrat* prévaut sur l'idée du « *status* » — toutes ces qualifications ne sont pas en contradiction avec l'idée des devoirs normatifs correspondants à la notion formelle du droit. Je ne peux pas partager l'opinion de M. LAUTERPRACHT suivant laquelle « that specific character of international law has revealed itself as the negation of the idea of the law » (op. cit. p. 432). La soi-disant imperfection de contenu du règlement international devient appréhensible grâce à la comparaison à des espèces particulières de contenu du règlement interne.

Evidemment, les qualificatifs de la perfection ou de l'imperfection peuvent varier ; mais le caractère « incomplet », « imparfait », « spécifique », « labile » ne porte pas atteinte à la forme du droit. Si la sanction du droit des gens ne connaît pas les stades consécutifs d'enchaînement propres au droit interne, si par sa proximité aux points irréductibles de l'imputation juridique cette sanction peut même être mise en doute, néanmoins son idées formelle demeure sauvegardée.

En droit interne, l'équation fondamentale : différend justiciable = différend juridique est d'une évidence axiomatique. La question n'intéresse point le juriste ; l'observation même superficielle, ne demandant aucune perspicacité, donne la réponse immédiate ; si l'on se trompe, la cause en doit être cherchée soit dans l'interprétation du contenu de la norme, soit dans la supposition qu'une norme existe tandis qu'en réalité la disposition en question n'a jamais existé ou a été précédemment abrogée.

Par contre, dans le domaine du droit international, un différend peut être juridique sans en être justiciable. On peut se demander si, n'étant pas justiciable, il est réellement juridique.

On peut de même poser le problème d'une manière différente.

Supposons qu'il n'existe aucune règle juridique se rapportant à certaines prétentions de l'Etat A contre l'Etat B. Nulle borne

n'est posée quant à la limitation de ce qui est permis ou défendu dans les rapports respectifs de ces deux Etats : si l'Etat A veut agir d'une certaine manière, l'interdiction ou l'injonction de la part de l'Etat B n'est ni permise, ni défendue par une règle pré-établie du droit ^(*) ; nul devoir d'abstention ne vient d'être posé. Néanmoins, les deux Etats entre lesquels un différend vient de surgir quant à l'admissibilité de l'action de la part de l'un d'eux et quant à la faculté de s'y opposer par l'autre, peuvent s'entendre pour le soumettre à la décision d'une instance tierce. Le différend devient justiciable. Devient-il par conséquent juridique ?

D'autre part, si deux Etats ont conclu un traité de commerce ou une convention sur le droit international privé, ils ne sont nullement obligés de prévoir le mode de solution des différends qui pourraient surgir en vue d'interprétation, d'application ou d'exécution de ces instruments diplomatiques. Les matières réglées par les conventions en question sont sans aucun doute purement juridiques. Mais elles ne sont pas justiciables, puisque les Parties n'ont *pas voulu* prévoir une procédure appropriée. On peut naturellement régler chaque différend — soit-il le différend juridique le plus typique — à l'amiable. Mais un tel règlement est purement facultatif et ne correspond à aucune obligation.

Si les Etats n'ont pas prévu ou n'ont pas voulu prévoir un règlement par une instance tierce, ils peuvent, le cas échéant, le soumettre postérieurement à un arbitrage. On se demandera, si cette déclaration de volonté et le compromis subséquent, en faisant qualifier le différend comme justiciable, le transformera en même temps en un différend juridique ? Ou peut-être a-t-il été précédemment juridique, parce que la divergence des opinions et l'impossibilité d'y trouver une réponse entraîneraient l'inaccomplissement des obligations (*exceptio non adimpleti contractus*) ou même l'extinction de la convention ? Pourrait-il s'agir des modalités de la sanction, prononcées par des Parties ou par l'une d'elles ?

S'il n'existe aucun rapport contractuel entre les deux Etats, si l'on recourt aux prétendus intérêts qui peuvent être présentés

(*) SALVIOLI, « A proposito di « convenzione non univoca » degli stati », *Rivista di diritto internazionale*, S. III, V. X (1931), p. 457 et suiv.

sous la forme d'un droit naturel, il est néanmoins possible que les Etats en litige soumettent leurs prétentions précédemment non réglées par une norme expresse ou même par les principes généraux du droit à une instance tierce. Peu importe la dénomination de cette instance, si les Parties reconnaissent que la décision doit être inconditionnellement obligatoire pour elles. Peu important aussi les méthodes prévues ou acceptées par la dite instance quant à la recherche d'une règle applicable à la solution du différend.

Il est possible que cette instance, en se prononçant *ex æquo et bono*, créera des règles applicables *ex post* ; peut-être qu'elle reconnaîtra les prétentions de l'Etat lésé, vu la violation des droits « fondamentaux » à la conservation et à l'indépendance ; il n'est pas exclu qu'elle pourra rejeter ces prétentions, puisque la liberté d'agir de la Partie adverse n'est pas limitée par une règle de droit et puisqu'il n'existe aucune disposition garantissant la sphère intangible de la liberté de l'Etat menacé par les agissements de son contradicteur. Il se peut enfin que cette instance se verra forcée de rechercher les règles de droit basées sur les intérêts de la communauté internationale considérés comme une valeur supérieure dont dépend l'existence de la règle juridique elle-même.

Quoi qu'il en soit, le différend deviendra justiciable puisque la présence d'une règle, étant à la base de la décision, est hors de doute.

Une compétence (juridique) a été créée par un organe (judiciaire ou quasi-judiciaire). La recherche de critères objectifs y serait vaine ; les Etats sont libres de qualifier un différend de la manière voulue par eux et le recours à l'instance qui se prononce sur l'absence d'une règle de droit ou qui est autorisée à créer une règle spéciale de droit détermine la qualification du rapport litigieux ⁽⁷⁾.

Une telle situation ne peut pas se présenter en droit interne, vu qu'ici la *compétence* est conditionnée par la *juridiction* qui est une notion objective bien définie et fixée ; tandis qu'en droit international la *juridiction* ne peut pas différer de la *compétence*, étant

(7) Contra : MORGENTHAU, *La notion du « politique » et la théorie des différends internationaux*, 1933, p. 14 et suiv., p. 88 et suiv.

toujours basée sur un accord spécial ou général entre les sujets de droit.

Le droit international ne connaît pas d'instances judiciaires obligatoires ; un acte de consentement des Etats y est nécessaire pour définir les matières susceptibles de déclencher le jeu de la procédure respective. Même si l'acte de volonté englobe « tous les différends » sans aucune exception, c'est uniquement en vertu de l'acte créateur des Parties que l'on a reconnu le caractère justiciable de ces différends ; antérieurement ils n'ont été soumis à aucun règlement d'une instance tierce. La base contractuelle de la compétence ⁽⁸⁾ même obligatoire — exclut la possibilité d'une situation coercitive préétablie et institutionnelle. Même la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale n'échappe pas à la libre disposition des Parties ; en se soumettant à cette juridiction elles sont libres de faire des exceptions (des réserves) quant à la compétence concurrente des autres instances, qui ne peuvent être caractérisées ni comme arbitrales, ni comme judiciaires.

La compétence internationale est toujours *dispositive* ; elle reste établie sur une norme découlant de la volonté ; la juridiction interne sur laquelle se fonde la compétence, est *impérative et préétablie* ; elle découle d'une norme objective s'imposant à la volonté. Pourrait-on dire que la norme fondamentale du droit international implique une obligation inconditionnelle et objective comportant la soumission de tous différends étatiques ou de quelques catégories de ces différends à l'appréciation et à la solution d'une instance superposée ? C'est la pierre angulaire du problème.

Si les problèmes interétatiques sont considérés sous l'aspect du droit, ils doivent correspondre à l'enchaînement nécessaire du devoir et de la sanction. Le jeu des sanctions dans le cas d'infraction peut être réglé ou laissé à l'appréciation des Parties elles-mêmes. En faisant appliquer les sanctions, les Parties se basent (en réalité ou en apparence) sur la règle de droit.

Si l'ordre interétatique est un ordre juridique, il se peut toutefois que la justiciabilité des prétentions respectives ne se laisse

(8) Cf. MORELLI, *La sentenza internazionale*, 1931, p. 198 et suiv.

pas constater. Un exemple nous démontrera la vérité de cette affirmation.

Si un Etat lié par la clause facultative de l'article 36 § 2 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale fait une réserve quant à la non-applicabilité de cette compétence en matière de différends *antérieurs* à la ratification de la clause — est-ce que les dispositions d'une convention consulaire seraient à la fois juridiques et non juridiques ? Le caractère intrinsèque du rapport dépendrait-il du fait qu'une divergence d'opinions aurait surgi avant l'entrée en vigueur de la clause facultative ? Donc, une telle divergence s'élevant *avant* la ratification serait non juridique, tandis qu'un différend surgissant un jour avant l'expiration de la durée d'application de la clause serait à considérer comme juridique (parce que justiciable). Les mêmes conséquences seraient à tirer des autres réserves insérées dans les déclarations respectives des Etats acceptant la clause facultative. Est-ce que la question de l'intégrité territoriale n'est pas un problème juridique, réglé par l'ordre international ? Si elle devient non justiciable en vertu d'une réserve — elle ne perd pas son caractère juridique ⁽⁹⁾.

Les Etats acceptent un règlement qui peut être sanctionné par une action à exercer par devant une instance, créée par eux-mêmes ; d'autre part, ce règlement peut être démuné d'une action ; il n'est pas justiciable étant laissé aux réactions unilatérales, c'est-à-dire aux moyens subjectifs de la protection des droits lésés.

Or, en droit international, les différends juridiques peuvent être aussi bien justiciables que non justiciables.

Mais en même temps les Etats, se rendant compte du fait qu'il y a des sphères de leur activité ou leur passivité qui ne sont nullement réglées par un devoir de donner, de faire ou de ne pas faire, qu'il y a des régions où la compétence discrétionnaire n'est protégée par aucune règle, se prononcent en faveur d'un règlement à créer, fût-ce seulement en vertu d'un cas particulier, sans y reconnaître un précédent obligatoire pour l'avenir.

De sorte qu'en créant la justiciabilité des différends, non basés sur une norme juridique préétablie, on autorise l'instance à trou-

⁽⁹⁾ Sir John FISCHER WILLIAMS, *International change and international peace*, 1932, p. 14.

ver un règlement *ex post*, applicable dans le cas. L'instance devient investie de fonctions quasi législatives. Tout à coup, la *norma decidendi* vient d'être créée par la sentence des arbitres ; le différend « extra-légal » se voit transformé en un différend juridique. C'est ici que l'admissibilité de l'action, expressément consentie par les Etats, précède la formation d'une règle de droit ne se prêtant pas même à une généralisation. Un stade rudimentaire de développement des relations internationales correspond à ce mode primitif d'élaboration de droit.

Cette modalité de la qualification juridique d'un différend doit être distinguée de certaines solutions qui en réalité sont liées à un règlement juridique. Il est possible que le tribunal se voit forcé de décider des cas qui ne sont pas directement prévus par la règle juridique : la nouveauté, l'originalité de l'action ne veut pas dire qu'elle ne soit impliquée dans une règle existante. Les cas *primæ impressionis* n'autorisent ni un *non liquet*, ni un déni de justice. Si, le cas échéant, le recours à l'analogie n'est pas admissible, il se peut que (attendu le silence de la règle) le demandeur sera débouté, mais l'action comme telle reste recevable. Par contre, si par voie d'une « libre recherche », les lacunes supposées viennent d'être écartées, cette création (quasi législative) ⁽¹⁰⁾ diffère essentiellement des fonctions judiciaires prévues dans le cas d'une absence complète des règles ; celles-ci seront posées pour la première fois en vertu des pouvoirs de statuer *ex æquo et bono*.

Dans le cas d'imperfection des règles, on peut autoriser les arbitres ou les juges à trouver des solutions nouvelles et équitables qui seraient impossibles, si le pouvoir de changer souverainement la règle existante n'avait pas été conférée à l'instance saisie.

Parfois, ces règles peuvent être posées expressément et d'avance en vue de faciliter les fonctions du juge. Dans ce cas, les différends sont à qualifier comme juridiques *a priori*, tandis que la transformation d'un rapport demeurant hors de la sphère de droit par

⁽¹⁰⁾ LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 100 : « The rejection of the admissibility of non liquet implies the necessity for the creative activity on the part of international judges. »

une décision *ex æquo et bono* lui fait conférer le caractère juridique *a posteriori*.

Enfin, il peut y avoir des rapports échappant totalement à un règlement juridique et laissés à l'arbitraire et à la compétence absolument discrétionnaire des Etats.

La concurrence des actes respectifs des Etats donne lieu à leur opposition, à leur heurt. Chaque partie se base sur la légitimité de ses intérêts, sans pouvoir les fonder sur une règle préétablie de droit ; l'opposabilité réciproque est donc également « légitime ». Quant à la solution d'un tel conflit, aucun règlement arbitral n'est prévu ; le différend n'étant pas juridique ne devient pas justiciable, vu l'absence d'une instance qui puisse être autorisée à créer *ex æquo et bono* une règle « nouvelle » de conduite. Or, le différend ne devenant pas justiciable n'a aucune chance d'être qualifié comme juridique — même *a posteriori*. Pourrait-on déterminer juridiquement l'admissibilité, l'étendue et les effets d'une « défense légitime » (qui se base sur l'idée de préservation et d'affirmation), si les Parties en litige ne sont pas d'accord que le conflit s'y rattachant soit soumis à une instance tierce, même non liée par aucune norme juridique préétablie ?

La notion de « légitimité » des intérêts ne doit pas induire en erreur ; puisque cette légitimité se base surtout sur des prémisses purement politiques.

Somme toute, nous nous trouvons en présence de quatre conceptions qui diffèrent profondément des notions du droit interne.

En droit international, les rapports juridiquement réglés et les rapports qui ne sont soumis à aucun règlement normatif peuvent également (par l'acte de volonté des Etats) être reconnus comme justiciables. Tantôt ils sont originairement de nature juridique, parce que le contenu réglé est conçu comme juridique ; tantôt, n'étant pas originairement juridiques, ils le deviennent en vertu de leur justiciabilité et conformément à un règlement à créer.

A ces deux catégories vient d'être opposée une paire de notions n'admettant pas la faculté d'une action juridique ; les raisons qui en décident ne sont pas identiques. Une matière peut être reconnue par les Etats comme indubitablement juridique, mais sa justiciabilité n'existe point, vu l'absence d'une instance à établir par

l'acte de volonté. D'autre part, à la matière non réglée ne correspond pas la notion d'action juridique. L'instance y fait également défaut ; on ne veut pas confier la fonction créatrice à un organe indépendant.

Donc, la conclusion s'impose : dans les rapports internationaux, la sphère juridique peut être considérée aussi bien comme justiciable que comme non justiciable ; tandis que le domaine extra-juridique étant non justiciable par sa nature, peut acquérir le caractère de justiciabilité en vertu d'un acte pertinent des Etats.

IV. — *La base de la classification.*

Dans le droit interne, on n'a pas besoin d'une classification des différends. La classification se tient exclusivement dans les bornes du domaine préétabli ⁽¹¹⁾. L'imperfection et l'état rudimentaire du droit international entraînent une opposition des qualifications. Cette opposition découle de deux sources.

Premièrement : abstraction faite de la notion du domaine réservé (irrecevabilité), il est hors de doute qu'il existe une sphère inaccessible à la notion du juridique. Il existe « un ordre de questions dans lequel le droit international n'a pas encore pénétré » ⁽¹²⁾. Même en reconnaissant la liberté d'action corespective à l'idée d'une permission garantie, on est hors d'état de trouver une règle expresse sur laquelle pourrait se baser la délimitation supposée. Il ne s'y agit pas d'une simple irrecevabilité des moyens de droit, mais de leur inexistence la plus absolue.

Deuxièmement : la dynamique du droit international se trouve dans un état embryonnaire d'évolution. Une situation qui ne se produit qu'exceptionnellement en droit interne et qui correspond aux étapes bien anciennes du développement historique, se pré-

⁽¹¹⁾ GIRAUD, « De la valeur et des rapports des notions de droit et de politique dans l'ordre international », *Revue générale de droit intern. publ.*, 1922, p. 481 : « ... dans l'ordre interne, il n'y a pas un élément politique qui serait le non-droit et tiendrait le droit en échec dans une certaine mesure, limitant son empire à un certain domaine. »

⁽¹²⁾ Ch. DE VISSCHER, « Justice et médiation internationales » (Extrait de la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1928), p. 14. — FRANÇOIS, *Handboek van het Volkenrecht*, tweede deel, 1933, p. 206.

sente ici très souvent. Il s'agit notamment de la situation typique où le règlement *quo ad materiam* est démuné d'une voie de droit (action) ; et même si l'action (la faculté de se pourvoir à une décision de l'instance arbitrale ou judiciaire) est donnée, la possibilité d'exécution par une instance indépendante fait défaut. Si en droit international la procédure de cognition est bien connue et si même elle a obtenu un certain degré de perfection, les règles se rapportant à la procédure d'exécution ne sont guère établies ⁽¹³⁾. La réalisation, la mise en mouvement du droit reconnu par la sentence peut être réglée — en cas de résistance — par des moyens politiques ; son mécanisme juridique est encore un rêve irréalisable. L'exécution privée est réglée en droit interne, elle est soumise directement à la loi ou indirectement à une convention préalable ⁽¹⁴⁾. Mais quelles sont les règles préétablies et précises qui limiteraient la faculté de se faire justice à soi-même dans le droit international ?

Or, dans le droit interne, l'action, la voie de droit est une conséquence sous-entendue de la norme objective, indépendamment de l'organisation de l'action ⁽¹⁵⁾ : soit qu'elle est considérée comme distincte du droit garanti, soit qu'elle fait un avec la matière réglée en qualité de protection exercée en vertu d'une norme objective.

Mais les Etats, en se soumettant à une réglementation et en n'établissant aucune voie de protection, n'aboutissent-ils pas à nier par cette lacune voulue la nature juridique des rapports « réglés » ?

Si l'on remplace « l'action » par des moyens de défense et d'auto-protection déterminés *unilatéralement*, on dépouille le droit de la garantie dynamique.

Pourrait-on y parler d'obligations « imparfaites » en recourant à la notion bien connue de l'obligation *naturelle* ? Mais celle-ci n'est pas dénuée en droit interne des effets juridiques ; ce n'est que *l'exécution* de certains devoirs qui appelle à la vie l'action

⁽¹³⁾ MORELLI, *op. cit.*, p. 290.

⁽¹⁴⁾ DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 667.

⁽¹⁵⁾ DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. I, 1927, p. 300 et suiv.; BINDER, *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 652 : « Der Rechtsschutz tritt also nicht etwa als Akzession zum Rechte hinzu, sondern er ist Recht und nichts weiter, und das Rechts ist Rechtsschutz und nichts weiter. »

en matière d'obligations naturelles — son existence (conditionnée par son extinction) demeure protégée par le droit, si paradoxal que cela puisse sembler ⁽¹⁶⁾. Cette espèce de sanction (par voie d'action) peut faire défaut en droit international, même s'il s'agit d'obligations que les Etats ne considèrent guère comme naturelles, c'est-à-dire comme laissées à leur libre appréciation morale.

On se voit forcé de reconnaître l'irréductibilité des rapports interétatiques qui, étant conçus comme juridiques, sont dénués, de propos délibéré, par les Etats, d'une garantie dynamique conforme à la règle établie (conventions sans clauses d'arbitrages, absence de la clause institutionnelle).

Et voilà une antinomie évidente du règlement international qui peut se présenter dans le même ordonnancement des droits et des devoirs ; soit p. e. une convention d'extradition d'une teneur identique conclue séparément entre les Etats A et B et les Etats B et C, serait-elle à considérer à la fois comme juridique, si dans le cas A-B les différends respectifs seraient obligatoirement à soumettre à un tribunal arbitral — et comme non juridique, si les Parties B-C n'ont prévu aucun règlement des différends éventuels ?

Il est vrai que cette antithèse suppose « l'existence d'un accord sur l'extension à donner au concept même du droit international *judiciairement* applicable » ⁽¹⁷⁾.

Un tel accord n'est pas réalisé et cette incertitude fait exclure la possibilité d'une classification certaine.

Donc, quelles sont les conclusions qu'il faut tirer de cet état de choses déplorable, mais néanmoins réel, même si l'on croit à sa disparition dans l'avenir ? La solution de ce problème est la suivante.

La volonté des Etats fait attribuer aux rapports réglés la qualification juridique. A cette qualification peut se joindre la faculté d'une action (arbitrale ou judiciaire, isolée ou institutionnelle, *ex ante* ou *ex post*), garantissant le règlement objectif.

⁽¹⁶⁾ JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 1930, p. 350 : « l'obligation naturelle ne s'affirme que lorsqu'elle meurt. — Cf. SCHREIER, *Reine Rechtslehre und Privatrecht* (Gesellschaft, Staat und Recht, Festschrift Kelsen, 1931), p. 338 et suiv.

⁽¹⁷⁾ Ch. DE VISSCHER, *loc. cit.*, p. 9.

Même s'il ne s'agit pas d'un ordonnancement conventionnel, les Etats peuvent se mettre d'accord quant à l'admissibilité des actions se rattachant au domaine du droit coutumier ou de la région juridique à régler en vertu des principes généraux du droit.

Cette soumission ne se présume pas. Elle doit être expressément acceptée ou à déduire de faits concluants. La juridiction ne se superpose pas, elle n'est pas préétablie par une règle indépendante. Il faut créer la règle par l'acte d'acceptation.

Si les Etats s'abstiennent de la création d'une garantie par voie de droit, il n'en résulte pas qu'ils nient le caractère juridique de leurs rapports respectifs. Ils peuvent être d'avis que le règlement d'un différend une fois né par une instance tierce pourrait être créé postérieurement en vertu d'un acte séparé. Si cette éventualité ne s'avère pas, il leur reste les moyens de réaction reconnus par le droit commun ; il est vrai que ces moyens sont bien imparfaits, parfois bien dangereux, mais ils ne sont pas contraires à l'ordre international.

La volonté des Etats qui fait naître ou accepter le droit, est libre de créer ou de ne pas créer les voies spéciales de droit, les modes de la protection et de la garantie soit arbitrale, soit judiciaire. Peut-être le jour viendra-t-il où le droit coutumier généralement accepté forcera les Etats *ex imperio rationis* à reconnaître une justiciabilité nécessaire.

C'est dans cette volonté que doit être cherché le critère décisif de la qualification juridique. Les interprétations se rapportant à la distinction des différends, basée sur la signification étymologique ou sur le fondement philosophique de la notion du droit, ne conduisent qu'à des constructions plus ou moins artificielles et viciées par des motifs d'une téléologie latente. Ce n'est que le critère positif basé sur l'observation des données immédiates de la réalité ⁽¹⁸⁾ qui s'avère comme la solution uniquement rationnelle.

On objecte que les prétentions purement subjectives des Etats

(18) Cf. sur ce critère WHITTON et BREWER, « Problems raised by the general treaty of inter american arbitration », *The American Journal of International law*, t. 25, p. 449 et suiv.

peuvent influencer la qualification objective destinée à servir de critère distinctif de la compétence librement consentie et mutuellement acceptée. Mais les affirmations des Parties en litige, leurs argumentations sur la nature (juridique ou non juridique) du différend ne peuvent pas être considérées comme décisives pour la qualification fondamentale. Si la notion du différend justiciable est formulée soit généralement, soit par la voie de l'énumération (explicative, limitative), les raisons invoquées par les Parties en faveur ou contre la compétence sont des affirmations unilatérales ; on nierait indirectement la valeur de la règle acceptée sur la compétence d'une instance, si l'on imputait à ces affirmations un pouvoir indépendant de qualification qui n'appartient qu'à l'instance elle-même.

Les arguments respectifs des Parties sont certainement discutables ; mais il ne s'ensuit nullement que déjà par la position des arguments, ceux-ci deviennent obligatoires pour l'instance compétente. En fin de compte, c'est cette instance qui décidera de la nature du différend et, en conséquence, de sa propre compétence. Même dans le cas d'une juridiction institutionnelle, on peut douter que la volonté concordante des Parties soit autorisée à élargir la compétence déterminée. La Cour permanente de Justice internationale pourrait décliner d'office sa compétence, si les Parties, au lieu de porter un différend « non juridique » devant un tribunal arbitral conformément à l'article 21 de l'Acte Général de Genève, convenaient d'y substituer la juridiction de la Cour permanente ⁽¹⁹⁾. Les bases de la juridiction échappent à une qualification subjective ; même dans le cas d'un compromis spécial et isolé, elles sont à examiner d'office.

La manière toujours subjective de poser les questions litigieuses, les moyens dont on se sert pour formuler une prétention sont des expédients dont la valeur ne peut pas être laissée à l'appréciation unilatérale des Parties. On confond ici des attitudes différentes : la qualification ne dépend pas de la circonstance qu'une des Parties désire ou ne désire pas que le litige soit considéré comme jus-

⁽¹⁹⁾ V. GALLUS, « L'acte général d'arbitrage », *Revue de droit internat. et de législation comparée*, 1930, p. 461; GONSIOROWSKI, « Political arbitration under the general Act for the pacific settlement of international disputes », *The American Journal of internat. law*, t. 27, p. 478, 479.

ticiable. La volonté unilatérale *in concreto* ne peut se substituer à la volonté bilatérale *in abstracto* et c'est cette dernière qui décide de la nature du litige quels que soient les affirmations et les arguments produits par les Parties. Il faut notamment distinguer entre la situation des Parties au moment où elles ont créé la règle sur la compétence (c'est-à-dire sur l'étendue de la juridiction librement consentie) et entre leur attitude ultérieure en leur qualité de Parties au litige concret ⁽²⁰⁾. La question de l'application ou de la non-application des normes reconnues par l'acte fondamental est un problème d'interprétation, indépendant de l'attitude des Parties. Je ne crois pas qu'on puisse accepter la qualification qui a pour fondement la possibilité de démontrer l'existence d'une règle du droit « à l'aide d'arguments juridiques » ⁽²¹⁾. Il importe assez peu qu'une Partie fasse état de la conception qui lui est personnelle de la nature des arguments produits ; mais l'appréciation de la raison juridique n'est ni la condition de la recevabilité d'action, ni la supposition qui puisse lier l'organe de la juridiction.

Si une Partie produit une règle objective qu'elle croit être acceptée par l'acte créateur de la juridiction et si elle base sur celle-ci sa prétention, on ne doute pas *prima facie* de la compétence. La Partie adverse peut nier l'existence d'une telle règle ; c'est le fond du litige qui doit être tranché. Mais supposons que la Partie demanderesse fait valoir ses prétentions ne découlant d'aucune règle établie expressément ou acceptée tacitement et leur attribue par des arguments plus ou moins subtils un caractère quasiment juridique ; l'irréprochabilité formelle d'une telle motivation ne préjuge en rien la recevabilité de la demande. Si l'instance saisie reconnaît qu'il ne s'agit pas, dans la circonstance, « d'un point de droit international », elle constatera simplement l'absence d'une règle et, en conséquence, l'inadmissibilité de juridiction ⁽²²⁾.

La situation se présenterait sous un aspect différent, si l'argumentation juridique faisait totalement défaut dans l'exposé de la requête. C'est ici que l'instance saisie, vu la non-conformité de la

⁽²⁰⁾ MORELLI, *op. cit.*, p. 248.

⁽²¹⁾ MORGENTHAU, *op. cit.*, p. 20.

⁽²²⁾ Cf. WITENBERG, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1932 (extrait), p. 84 ; on excipera en forme d'irrecevabilité de moyen de fond.

requête à certaines exigences de forme, pourrait la rejeter tout simplement sans entendre même la Partie adverse et sans qu'on puisse imputer au tribunal un déni de justice.

Evidemment, l'instance créée par l'accord des Etats est autorisée à se prononcer sur l'essence et sur l'étendue de sa juridiction propre. Les affirmations subjectives des Etats quant à cette étendue ne sont aucunement décisives. Si *le droit existant* est le point de rattachement, l'affirmation d'une des Parties que le rapport en question étant de nature politique n'est pas susceptible d'être soumis à l'appréciation du tribunal saisi, ne fait pas transformer cette situation en une situation juridiquement indifférente. Le choix unilatéral des arguments, l'appel aux intérêts supérieurs avec lesquels les prétentions juridiques de l'adversaire se trouvent en contradiction apparente ou réelle, ne peut être conçu comme un moyen écartant la faculté reconnue de l'application du droit par la voie des moyens réguliers (action) ⁽²³⁾.

Peut-être le conflit, en faisant chanceler l'édifice de l'accord créateur de la juridiction, restera-t-il sans issue juridique ; c'est ici que la faiblesse du droit international se dessine de la manière la plus évidente. Toutefois, on ne peut nier que l'accord sur la juridiction — tant qu'il existe — est capable de donner une réponse sur la nature de l'action mise en mouvement ; c'est une opération — parfois très complexe — d'interprétation.

Quelles que soient les difficultés de détermination de la compétence établie, elles diffèrent foncièrement de complications qui se présentent dans le cas de litiges pour lesquels aucune instance ne fut créée.

La classification principale des différends se base sur l'opposition de deux notions contraires :

1) Le litige est considéré comme capable d'être soumis à l'appréciation et à la solution par la voie d'une instance tierce ; cette instance déterminera souverainement, si un certain rapport entre les Parties appartient ou n'appartient pas à la compétence présumée. Si cette détermination est conçue comme une déduction d'une catégorie abstraite (p. e. les différends d'ordre juridique),

⁽²³⁾ Sir J. FISCHER WILLIAMS, « Justiciable and other disputes », *The American Journal of international law*, t. 26, p. 31 et suiv.

son application concrète par l'instance n'est, en l'occurrence, autre chose que l'affirmation ou la négation de compétence.

2) Aucune instance pour les litiges éventuels à trancher n'est créée par l'acte de volonté des Etats ; la question si un différend est d'un tel ou d'un autre ordre ne peut guère se poser, vu que nulle compétence ne fut établie.

Il ressort de cette opposition que la statique des rapports internationaux (rapport juridique, rapport non juridique) ne se trouve pas en relation immédiate avec la dynamique de ces rapports. Le conflit à l'occasion de certains rapports ne peut pas être tranché, même si l'instance correspondante a été établie. Si cette instance n'est pas compétente pour tous les différends de quelque « nature » qu'ils puissent être, une certaine catégorie de différends non réductibles à la détermination préétablie reste en dehors de la compétence.

Certainement le tribunal demeure toujours obligé de donner une réponse à la question qui lui est posée, même s'il rejette la prétention. Si une détermination générale de la compétence (p. e. pour les différends d'ordre juridique) a été prévue et si, selon l'appréciation de l'instance, le différend concret ne rentre pas dans la sphère juridique, la réponse négative veut dire : le rapport de cette nature *n'existe pas* pour le tribunal ; on applique la règle positive pour démontrer que le rapport n'existe pas ; il échappe donc à la classification.

Mais peut-on dire que, dans ce cas, le différend — vu la négation de la compétence — est malgré tout un différend justiciable ?

Je ne le crois pas. S'il est à déduire de la norme de la compétence qu'un certain rapport n'est pas placé sous la garantie établie par une règle de droit, l'absence absolue d'action est la preuve que ce rapport n'étant pas juridique, ne peut pas être justiciable ⁽²⁴⁾. C'est l'analogie de la situation qui se présente en droit interne. Si l'action est repoussée par le motif d'absence d'une règle, ce rejet diffère essentiellement des autres cas où l'on déboute le demandeur en raison de manque des qualités, de défaut d'in-

(24) Cf. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, IV^e édit., 1928, p. 99 : « Se nega invece l'azione per difetto di una volontà di legge che garantisca un bene, l'assoluzione del convenuto è completa e definitiva. »

térêt, de l'insuffisance des preuves ou de l'extinction d'action.

Peut-on dire que la question litigieuse est justiciable, parce que l'instance n'est pas compétente pour la juger ? On affirmera donc qu'un différend est *in hypothesi* justiciable, puisqu'il est non justiciable *in thesi*. On déterminera par la négation la sphère indifférente ; est-ce que cette solution tranche un litige qui se rattache à ce « adiaphoron » juridiquement imperceptible ?

C'est pourquoi on ne peut pas dire que tous les différends internationaux sont justiciables ⁽²⁵⁾, si la compétence d'une instance établie ne se rapporte qu'à certaines catégories d'actions basées sur des règles de droit international.

Les critères d'opposition reposent sur des indices qui sont indépendants de la nature statique des rapports internationaux. Vainement chercherait-on des signes distinctifs basés sur la prétendue nature de ces rapports. Les Etats peuvent considérer ou sont obligés de considérer une certaine situation comme un rapport objectivement juridique, mais leur volonté ne trahit aucune tendance quant à la création des actions correspondantes. Subjectivement : l'action n'existe guère. Elle ne peut surgir que si telle est la volonté des Etats.

Par contre, en se rendant compte qu'un certain rapport se trouve en dehors de tout règlement juridique, les Etats créent la possibilité de trancher les différends qui s'y rapportent. La dynamique d'un rapport extra-juridique le fait transformer en un rapport juridique. Une solution idéale serait donnée si la relation entre la statique (règlement objectivement juridique) et la dynamique d'action pouvait être considérée comme en corrélation logiquement nécessaire.

De nos jours, une tendance caractéristique se dessine qui laisse prévoir une justiciabilité absolue de tous les différends entre les Etats ; mais aussi longtemps que la volonté libre des Etats déterminera la qualification des litiges — on ne peut pas accepter une compétence absolue de tribunaux, même si la négation de compétence devait être considérée comme équivalente à la solution de fond sur un conflit se présentant en l'occurrence. Un spirituel jeu de mots, s'il est capable d'apaiser les doutes de classification,

(25) LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 174, p. 372 et suiv., p. 378, n. 1.

ne donne pas une réponse aux questions touchant la nature des relations interétatiques.

V. — *Les antinomies de la classification.*

En reconnaissant la détermination (par la volonté des Etats) de la justiciabilité de certains différends et la non-justiciabilité des autres, on a voulu affirmer que, nonobstant le caractère positif des distinctions en cours, les classifications acceptées par certains traités font fausse route. Les Etats en fixant certaines limitations de la juridiction donnent non seulement corps et âme à leur intention, mais en même temps adoptent une classification théorique.

D'après la théorie rationnelle, une opposition de justiciabilité et de non-justiciabilité ne peut donc exister. C'est pourquoi le recours de « législateurs internationaux » à une terminologie fautive et erronée ne peut pas être considéré comme un argument décisif. Si le législateur s'appuie sur une construction scientifique déraisonnable en la faisant sienne, il n'est pas infaillible ; il ne possède pas une puissance illimitée. Si en pure théorie la catégorie des différends non justiciables est inadmissible, les constructions « législatives » demeurent sans importance ; l'usurpation de pouvoir commise par le législateur doit rester indifférente ⁽²⁶⁾.

Cette argumentation est basée sur un malentendu. Le législateur international, en qualifiant certains différends comme capables d'une solution arbitrale (judiciaire), recourt à une construction juridique. Une construction juridique n'est jamais une nécessité catégorique ; elle est une abréviation technique en vue d'une compréhension systématique de la matière juridique. Elle s'impose au contenu des règles éparses non parce qu'elle est d'une valeur supérieure, mais par cette raison unique qu'elle est une synthèse établie par opération d'abstraction et de concentration de la matière positive. Elle n'est pas antérieure aux règles, elle y puise. Naturellement, une conception philosophique peut influencer la création des règles positives ; mais il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une telle situation, quoique les conceptions sur un droit meilleur (*jus*

⁽²⁶⁾ LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 45, 46, p. 434 et suiv.

naturæ in potentia) aient exercé une grande influence sur le procès d'élaboration du droit international.

Or, si les Etats désirent soumettre leurs différends à une instance arbitrale ou judiciaire, ils se voient forcés par tels ou tels motifs de faire les distinctions nécessaires. Certes, ils peuvent dire que *tous les différends interétatiques* de quelque nature qu'ils soient seront justiciables ; s'ils se soumettent *a priori* à une décision obligatoire d'une instance tierce, ils assignent aux différends de toute nature un caractère juridique. Cette situation serait incompréhensible en droit interne. De nos jours pourrait-on imaginer une règle qui reconnaîtrait la compétence des tribunaux de droit commun relativement à des différends sur les théories des sciences naturelles ou sur les valeurs esthétiques d'un tableau ou d'une statue ? Les « Cours d'amour » des temps passés n'étaient jamais de vrais tribunaux.

Mais si les Etats veulent limiter la juridiction, ils sont obligés — en vue de cette limitation — de recourir à une classification générale, de choisir la méthode d'une simple énumération, sinon d'une clause arbitrale incorporée dans une convention particulière.

Les méthodes de cette classification peuvent être les plus différentes. On connaît les formules acceptées par le Pacte de la S.D.N., le type dit de Locarno ⁽²⁷⁾, la formule américaine, etc. ; les méthodes peuvent se baser tant sur l'expérience précédente que sur les constructions purement scientifiques. Elles s'incorporent dans le droit positif ; peu importe si elles sont peu satisfaisantes, parfois même illogiques.

Les marques distinctives qui sont à la base de la classification voulue peuvent être puisées dans les constructions doctrinales. Ces constructions peuvent servir de précurseurs d'un droit « meilleur », mais il se peut que la construction ne soit qu'une *ancilla regnorum*. Si le droit positif fait accepter une construction technique pour les fins d'application d'une règle, peut-on blâmer le législateur de la préférence donnée par lui à une notion qui, en théorie pure, est considérée comme fausse et déraisonnable ?

(27) Cf. une rédaction nouvelle de formule de ce type dans quelques conventions de temps dernier : « les litiges ayant pour objet un droit allégué par une Partie et contesté par l'autre, »

On voit, p. e., que le droit interne opère avec la distinction du droit public et du droit privé. Cette distinction serait peut-être indifférente pour une théorie qui se prononce contre une telle différenciation des sphères de droit ; certainement, cette distinction pourrait être fausse, si elle était fondée sur une classification construite *a priori* et qui en l'espèce n'existe pas en droit positif. La distinction n'est à construire qu'*a posteriori* et comme découlant de la différenciation des intérêts, des sanctions et des voies de droit acceptées dans une certaine région du règlement juridique ⁽²⁸⁾.

La théorie veut démontrer que tous les différends interétatiques sont justiciables. Le droit positif, abstraction faite de certaines dispositions exceptionnelles, se tient à une classification fondée sur l'opposition des différends. Est-ce que le législateur va commettre une faute impardonnable, s'il se laisse guider par une distinction qui déplaît aux partisans d'une théorie contraire ? M. LAUTERPACHT compare l'attitude des Etats préconisant une telle distinction à la situation d'un législateur qui — selon une observation spirituelle de M. DE TOURTOULON — encore moins que changer un homme en femme « ne peut faire qu'une mauvaise définition soit bonne, qu'une classification tripartite ne soit insuffisante, s'il y a quatre éléments à classer, qu'une fiction devienne une réalité ⁽²⁹⁾ ».

Mais en réalité : est-ce qu'il existe une incompatibilité logique, un non-sens apparent, si une *règle positive* prescrit que certaines catégories de différends demeurent exemptes de la cognition judiciaire ? Dans le droit interne de maints pays, les différends sur la constitutionnalité des lois, donc les différends qui sont incontestablement d'ordre juridique, ne peuvent être soumis à aucune instance ; ils ne sont pas justiciables. Si les constitutions de ces pays reconnaissent une telle règle de non-justiciabilité, commettent-elles une faute impardonnable du point de vue logique ?

On affirme que le caractère superflu et nuisible de la distinction

⁽²⁸⁾ MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1927, p. 84 : « Rechtssystematische Unterscheidungen vorzunehmen, ist ausschliesslich Sache der Rechtswissenschaft, dieser muss aber das positive Recht das geeignete Substrat in Gestalt entsprechender Unterschiede dargeboten haben. »

⁽²⁹⁾ TOURTOULON, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, 1919, p. 445.

précitée se trouve en contradiction avec le droit des gens *existant* (M. LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 46). Je serais curieux d'apprendre où l'on pourrait trouver une règle expresse ou sous-entendue, basée sur les principes généraux, conformément à laquelle tous les différends interétatiques sont toujours justiciables. La question ne peut être soulevée que si l'on confond les idées sur le droit meilleur d'avenir avec les imperfections — hélas! existantes — du droit positif. Il est inadmissible de substituer les idées peut-être appropriées à l'analyse d'un droit futur aux constructions basées sur les dispositions du droit positif.

En outre — comme l'a dit M. DE TOURTOULON (l. c.) — toute construction doctrinale faite par le législateur « n'a qu'une valeur indicative ». Une « définition légale » est parfois superflue et inutile (comme, p. e., celle de l'article 649 du Code civil français) ; toutefois, quelle que soit son appréciation, elle oblige tous ceux qui sont tenus de l'interpréter ou de l'appliquer. La définition et la construction légales peuvent se trouver en contradiction avec d'autres dispositions du système juridique. Mais il n'y a pas de contradiction, si une construction légale vient d'être opposée à une conception théorique tendant à changer la structure du système lui-même ⁽³⁰⁾. Il ne faut pas oublier qu'aucune construction juridique « ne saurait être fausse ou ridicule, parce qu'aucune ne saurait être absolument vraie ou incontestablement respectable » ⁽³¹⁾.

Il est certainement loisible de reconnaître qu'il faut conclure à l'inadmissibilité des limitations de justiciabilité en tenant compte de la nature du droit des gens. La doctrine d'une limitation quasi-inhérente est une supposition fausse : la volonté des Etats est omnipotente *quo ad jus creandum* et on ne voit pas de raisons de théorie qui préconiseraient l'exclusion absolue et séculaire de la justiciabilité de certains différends. L'importance du litige, son lien prétendu avec certains intérêts dits supérieurs ou vitaux n'y est pour rien. Tout dépend de la volonté concordante des Etats intéressés, même si l'application pratique d'une norme de telle envergure pouvait donner occasion à maintes difficultés. Celles-ci

⁽³⁰⁾ Cf. SOMLO, *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 185 et suiv.; STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, p. 359, 360.

⁽³¹⁾ DE TOURTOULON, *op. cit.*, p. 443.

peuvent se présenter à l'occasion des différends d'une nature incontestablement juridique, même si les Etats étaient liés par une obligation inconditionnelle de les soumettre à un règlement judiciaire ⁽³²⁾.

Le droit existant, en admettant certaines limitations de la juridiction, ne peut que s'en tenir à une classification construite *ad hoc*, même si elle était erronée du point de vue d'une construction, peut-être correspondante aux étapes ultérieures de l'évolution juridique.

VI. — *Les problèmes de la construction adéquate.*

L'existence du droit international, son affirmation découlant de la limitation des sphères d'action est indépendante de la volonté des Etats ; on ne peut pas se mettre en dehors de cette délimitation, puisque tout acte y relatif équivaldrait à la négation de la coexistence ordonnée des Etats. Mais les Etats, nonobstant la reconnaissance foncière de la délimitation, ne sont aucunement soumis à une obligation touchant à la dynamique de leurs rapports mutuels. Il dépend exclusivement de leur libre volonté de reconnaître une obligation portant sur la soumission des contestations relatives à leurs situations, à leurs rapports et devoirs, à une instance tierce qui trancherait obligatoirement les différends éventuels. De quelque manière que nous puissions essayer de formuler la règle fondamentale du droit international, il n'en ressortira pas — au moins dans l'état du droit actuel — que son corollaire nécessaire soit une soumission générale des entités politiques à la juridiction obligatoire, compétente pour les différends de toute nature.

S'il en est ainsi, si la volonté des Etats qui ne se lie que sous certaines modalités et pour un temps déterminé est la source dont émanent l'autorité et la force obligatoire de la juridiction, la construction juridique des différends interétatiques doit tenir compte de cet état du droit positif quelles que soient son imperfection et son inconséquence. Si l'on méconnaît les situations positives on crée des constructions inadéquates.

(32) V. les exemples : LAUTERPACHT, *op. cit.*, pp. 200, 326, 359.

Les divergences d'opinions entre les Etats qui peuvent, le cas échéant, mener à des contestations entre eux se manifestent dès que — selon une définition de la Cour Permanente de Justice internationale — l'attitude de l'un d'eux est *contraire* à la manière de voir de l'autre. Si la juridiction concernant les contestations est réglée soit généralement, soit pour un cas isolé, le caractère justiciable du litige est à déterminer conformément à la volonté des Etats. Il y peut s'agir d'un désaccord même sur le point de fait qui est relevant pour un point de droit. De même, l'opposition des prétentions conformes à une thèse juridique et des intérêts qui dépassent les limites du règlement positif peut entrer en ligne de compte. Tout dépendra de l'étendue de la juridiction prévue, vu que l'absence totale de règles applicables n'empêche point les arbitres de juger *ex æquo et bono* si telle a été la volonté des Etats. L'interprétation se rapportant à l'étendue de cette compétence demeure — et c'est le trait caractéristique du droit contemporain — l'œuvre de l'instance à laquelle on a confié la solution du fond du litige.

On peut objecter contre cette constatation conforme au droit positif que les rapports et les situations interétatiques ne peuvent être conçus juridiquement que sous l'aspect du droit. Les antinomies qui se présentent dans le droit positif semblent être dans une opposition flagrante avec les prémisses de tout entendement théorique. On peut très bien comprendre que les litiges qualifiés de « politiques » se transforment en des litiges « justiciables », compte tenu de la volonté respective des Etats. On peut de même comprendre que l'imperfection de l'organisation internationale soit compatible avec un manque absolu de juridiction dans le cas où les Parties ont attribué à un rapport le caractère incontestablement juridique (les défauts de l'organisation n'excluent point les pouvoirs de droit). Mais quand même on est choqué que certains litiges juridiques et également certains litiges non juridiques puissent échapper à un règlement de procédure ; tandis que, d'après le point de vue de pure théorie, tous les différends entre les Etats sont nécessairement justiciables ; en conséquence, la différenciation des litiges serait une erreur fondamentale de la construction.

Somme toute, la question se pose ainsi : attendu que l'Etat comme point central de l'imputation juridique n'est — conformément à la conception de l'école normativiste — autre chose que le droit, les rapports entre les Etats ne peuvent être conçus autrement que comme des rapports juridiques. La totalité des situations et des relations interétatiques doit être accessible à l'entendement juridique. On ne peut pas concevoir juridiquement une sphère qui tomberait en dehors de cet entendement. Il s'ensuit donc que tous les différends entre les Etats ne peuvent être compris autrement que sous le point de vue juridique.

Nous répliquerons : certes, il n'y a pas de différends entre les Etats qui ne pourraient pas être justiciables, mais sous la condition que la volonté des Etats intéressés soit concordante quant à la détermination de l'étendue de la juridiction obligatoire. La catégorie des différends non justiciables serait à écarter d'une triple manière :

1° On lie l'action à une norme reconnue, par l'accord des intéressés, comme juridique ;

2° On crée l'action, en établissant *ad casum* des règles juridiques reconnues, également par l'accord des intéressés, non-obstant le fait qu'antérieurement leur nature était considérée comme douteuse. Ces règles serviront de boussole à la juridiction saisie ⁽³³⁾.

3° On établit une instance pour les différends de toute nature ; bien entendu, les décisions de cette instance auront force obligatoire.

Ce n'est que dans le troisième cas que le principe de la justiciabilité générale peut jouer. Soulignons qu'en reconnaissant la justiciabilité de tous les litiges, on implique, par l'acceptation d'une telle totalité, la tendance à écarter toutes les différences propres à la nature des litiges. On accepte donc qu'il y a des litiges tant spécifiquement juridiques que des litiges d'autre nature. Alors il n'y aurait pas des différends qui seraient justiciables toujours et *a priori*. Alors on reconnaît indirectement qu'il existe des sphères

⁽³³⁾ LAUTERPACHT, *op. cit.*, p. 328 et suiv. (legislation *ad hoc* by the parties to the dispute).

de situations interétatiques qu'on ne peut pas considérer *hic et nunc* comme accessibles à l'entendement juridique. Ce n'est qu'un *changement* d'aspect qui peut effectuer une transformation correspondante. Mais cette transformation n'étant que consensuelle, ne s'impose pas comme impérative.

La troisième catégorie de justiciabilité se base sur les prémisses analogues à la deuxième méthode de détermination. Mais elle diffère par la généralité de sa définition qui, en disant tout, ne dit rien. D'autant plus que la méthode de la solution *ex aequo et bono* peut y être écartée ⁽³⁴⁾.

Mais ce caractère général n'est pas objectif. La soumission à une juridiction sans restrictions est tout d'abord limitée par la durée d'application de l'acte créateur de la soumission. A son expiration on se trouve dans une situation donnant occasion aux doutes sur la qualification des litiges. Mais de plus la soumission générale de tous les différends n'exclut pas le jeu des réserves, acceptées par des Parties à la signature de la convention. Par ces réserves, dont la nature est variable ⁽³⁵⁾, on souligne que certaines questions, nonobstant qu'elles puissent viser les intérêts d'Etats, restent en dehors de la compétence internationale. Il s'agit là certainement de questions de pur droit ; quoiqu'on soit d'accord que les litiges de quelque nature qu'ils soient, sont néanmoins justiciables, on peut prévoir des exceptions ; par cela même, on reconnaît que la sphère « litigieuse » est inaccessible à l'appréciation par des règles de droit international. Or, ne serait-il pas légitime de dire que les situations en question demeurent « en dehors du droit » ?

Il serait évidemment loisible d'affirmer qu'en laissant un cer-

⁽³⁴⁾ V. par exemple les traités d'arbitrage conclus entre le Danemark et la Pologne (*Collection des textes régissant la compétence de la Cour*, IV éd., n° 50), la France (n° 58), la Tchécoslovaquie (n° 61), la Lithuanie (n° 62), la Lettonie (n° 138). Le traité entre l'Autriche et l'Italie (I. eod., n° 137) ne se rapporte pas à cette catégorie (inexactement LAUTERPACHT, *loc. cit.*, p. 371, n° 1), parce que l'article 8 de ce traité n'envisage que les différends sur les questions de droit.

⁽³⁵⁾ Cf. les traités : Brésil-Suisse, art. 1 (*Collection*, I. c., n° 17) ; Brésil-Libérie, art. 1 (*Collection*, n° 28) ; Uruguay-Vénézuëla, art. 2 (*Collection*, n° 12) ; v. de même l'article 39 de l'Acte général ; en outre, si les réserves peuvent être appliquées à la procédure de conciliation (art. 39, n° 4) le jeu de l'article 21 sera restreint par la volonté d'une des Parties. V. FRANÇOIS, *op. cit.*, t. II, p. 227.

tain problème litigieux à la compétence exclusive du droit interne, le droit international reconnaît son désintéressement complet. Mais si la réserve se rapporte, p. e., aux différends « antérieurs » qui touchent incontestablement à la matière réglée par le droit international (interprétation de la stipulation d'un traité), est-ce que ce raisonnement serait concluant ?

La résolution de l'Institut de Droit international, votée au cours de sa XXXVIII^e session, a justement souligné que les questions laissées par le droit international à la compétence exclusive des Etats « échappent à toute décision obligatoire quant au fond d'un organe juridictionnel international » ⁽³⁶⁾. Si même on reconnaît que la compétence des Etats est déterminée par le droit international, il ne faut pas perdre de vue l'irréductibilité de cette compétence à une norme supérieure. Une question « interne » d'un Etat n'est soumise à aucun règlement de son contenu « en dehors », c'est-à-dire en contact avec la sphère d'un autre Etat. En reconnaissant l'autonomie de la sphère « interne », on exclut par là-même l'appréciation juridique des rapports qui dépassent cette sphère ⁽³⁷⁾.

Même l'absence des exceptions se rapportant au domaine réservé qui semble faire admettre la compétence d'une juridiction internationale, n'autorise nullement celle-ci à se prononcer sur le fond. Si une réserve a été prévue, la juridiction sera certainement incompétente et la demande irrecevable ; mais l'absence de réserve, si elle omet de formuler l'exception, oblige néanmoins le tribunal, statuant sur le fond, à débouter le demandeur ⁽³⁸⁾. Le droit international se désiste ; les actions correspondantes des Etats ne sont pas accessibles à son appréciation ; elles sont internationalement opposables *pari gradu* sans qu'il soit possible d'appliquer le critère de la « légalité ». La lésion éventuelle des intérêts demeure incompréhensible sous l'aspect du droit, puisque le droit des gens ne peut se prononcer — faute de critère — sur les valeurs respectives. Ce n'est qu'une faible consolation que de dire que

⁽³⁶⁾ *Annuaire*, 1932 (Session d'Oslo), p. 565.

⁽³⁷⁾ BRIERLY, *loc. cit.*, p. 129 : « It is a mistake, I think, to say that international law has no rule for matters of domestic jurisdiction; its rule is that they are matters of domestic jurisdiction. » Contra : GONSIOROWSKI, *loc. cit.*, p. 489.

⁽³⁸⁾ Cf. *Annuaire*, *loc. cit.*, p. 185, observations de M. RAESTAD.

la détermination de la non justiciabilité peut être constatée par la voie judiciaire.

VII. — *Le point d'indifférence.*

Pour le droit interne, la liaison du litige avec la norme est une question purement juridique ; une sphère d'indifférence ne peut pas y exister, une instance régulière étant toujours prévue et étant toujours autorisée à se prononcer sur la nature du litige. Dans la région interne, il n'y a pas de litiges qu'on ne puisse qualifier juridiquement. Un différend sur la propriété d'un tableau est un litige juridique, mais le différend sur les valeurs esthétiques de ce même tableau n'appartient pas à cette catégorie, parce que chacun a la liberté des opinions sur la beauté ou sur la laideur. Les intérêts esthétiques sont opposables, la règle juridique ne fait que se prononcer indirectement sur l'admissibilité des oppositions, en protégeant la liberté des opinions respectives.

Par contre, on est forcé de reconnaître dans le domaine international l'*opposabilité concurrente* des prétentions sans que les intérêts en conflit puissent en être pesés et appréciés par une règle du droit.

L'admissibilité de l'action, basée en droit interne sur une prétention concrète ou sur la délimitation générale des sphères de concurrence, est laissée ici à l'arbitraire. Le heurt des intérêts dans ce domaine peut avoir lieu sans qu'on puisse qualifier *du point de vue juridique* certaines prétentions comme admissibles, les autres comme abusives ⁽³⁹⁾. Il s'agit de « *res meræ facultatis* » sans qu'une décision puisse être prise, puisque les Parties intéressées s'abstiennent de la création d'un organe compétent pour la solution des conflits provenant de cette concurrence.

Si donc aucune norme sur la délimitation n'est établie, si de même elle ne peut pas être déduite du droit commun coutumier, on a affaire à un espace juridiquement vide ⁽⁴⁰⁾. Ce phénomène

⁽³⁹⁾ CERETI, *La tutela giuridica degli interessi internazionali*, 1931, p. 104 : « I soggetti internazionali hanno interessi talvolta importantissimi e vitali al pari dei privati, ma manca qualssasi protezione indiretta, proveniente dall'imposizione di doveri agli altri stati, poichè manca un ente internazionale superstatale. »

⁽⁴⁰⁾ Cfr. STRISOWER, *Der Krieg und die Völkerrechtsordnung*, 1919, p. 15 et suiv. : « Dass ein Rechtssatz nicht besteht, ist kein Rechtssatz, sondern eine Tatsache. »

de la vacuité — incompréhensible en droit interne — est spécifique pour la sphère des rapports interétatiques ; aucune hypothèse sur les droits fondamentaux d'Etats ne pourrait démontrer l'inexistence de cet espace juridiquement vide et indifférent.

Cette constatation ne se trouve aucunement en contradiction avec la notion fondamentale du droit. Un contenu non réglé ne prouve nullement l'imperfection de l'idée du règlement ; il prouve seulement les défauts de la méthode de création de droit.

Toutefois, il est évident que la reconnaissance du point d'indifférence ne demeure pas sans influence sur la dynamique des questions juridiquement relevantes ; l'édifice du droit international est très sensible à ce vice apparent de la construction. Quant à certains problèmes irréductibles à la norme, la communauté internationale s'en tient au principe de la non-intervention totale ; elle laisse les pouvoirs des membres de la communauté en l'état d'une autonomie illimitée ; elle les respecte — par abstention, en ne statuant rien sur les limites des prétentions que les intéressés font valoir. De même elle reconnaît *le pur fait*, en tant qu'une réglementation ultérieure est nécessairement forcée d'en tenir compte. Cet état des choses — correspondant aux imperfections des systèmes primitifs — est naturellement peu satisfaisant ⁽⁴¹⁾.

D'autre part, la guerre en sa qualité de décision portant fin à un conflit paraît contradictoire à l'idée du droit. Si l'on admet un droit à la décision unilatérale par voie de force, en supposant que l'application de la force soit une espèce d'exécution permise (comme conséquence d'une prétendue violation du droit — *bellum justum*) ⁽⁴²⁾ — on efface les bornes qui délimitent la sphère juridique d'autres sphères des relations interétatiques.

Il en serait autrement si la guerre était exclue du nombre des moyens admissibles « en droit », si en même temps l'indépendance et l'inviolabilité des Etats étaient élevées au rang de vrais droits subjectifs sanctionnés par une réaction éventuelle de la communauté internationale en sa qualité d'une entité superposée. Les

(41) Cf. G. HUSSERL, *op. cit.*, p. 15 ; « Frühes Recht ist durch ein « Nichtinterventionsprinzip » charakterisiert », p. 16 ; « Anerkennung des jeweiligen Machtstatuts ».

(42) BAAK, *Der Inhalt des modernen Völkerrechts und der Ursprung des Artikels 10 der Völkerbundsatzung*, 1926, p. 34, 35.

essais très louables en ce domaine se laissent certainement constater ; mais malheureusement ils ne sont pas encore universels (voir p. e. la Convention de Londres en date du 3 juillet 1933 sur la définition de l'agresseur) — et là même où ils ont obtenu un certain degré d'universalité, ils sont peu effectifs et démunis de sanctions, compte tenu des réserves qu'on y relève (Pacte de Paris).

La guerre n'est pas qualifiée comme une sanction organisée de la communauté internationale pour la défense de certains intérêts protégés par la règle de droit ⁽⁴³⁾. La qualification de la guerre comme incompatible avec la notion du droit est provisoirement impossible, vu l'existence de sphères où les pouvoirs des Etats demeurent inaccessibles à l'entendement juridique ⁽⁴⁴⁾. Si la guerre était généralement reconnue comme illicite, le recours à ce moyen équivaldrait à une révolution analogue aux bouleversements d'ordre interne qui se passent en dehors du droit existant dans le but de créer une légalité nouvelle. Mais si la guerre n'est ni licite ni illicite, l'analogie de la révolution interne ne serait pas admissible. Dans le droit interne, la révolution est qualifiée de la façon la plus explicite ; un droit à la révolution y est également inconcevable et si l'on parle du droit de résistance (active ou passive) on pense à des manifestations qui n'admettent pas la punition de certains actes où l'on recourt aux notions de droit naturel. Si le droit international touche à la sphère où une appréciation juridique demeure indifférente, il se trouve devant un *non liquet*. Cette indifférence est relative, elle dépend surtout de la volonté des Etats. C'est pourquoi le domaine de la politique ne se laisse pas strictement délimiter ⁽⁴⁵⁾. Même la guerre ne peut être

⁽⁴³⁾ Kelsen, « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. XII, p. 597 : « Darin liegt ja einer der ärgsten technischen Mängel des Völkerrechts, dass es keine Einrichtung trifft, um unter allen Umständen eine eindeutige, un widersprechbare, d. h. unanfechtbare Entscheidung der Unrechtsfrage herbeizuführen. »

⁽⁴⁴⁾ Sir J. Fischer Williams, *International change and international peace*, 1932, p. 40 : « But so long as international community has no remedy for the redress of grievances, it is premature to say that in every event and apart from treaty obligation, a resort to war is an « international crime. »

⁽⁴⁵⁾ Bilfinger, « Betrachtungen über politisches Recht », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. I (1929), p. 59 : « das politische als ein zwar gegebener aber positiv nicht fassbarer Faktor, »

considérée comme un moyen de solution, puisque en droit pur elle ne résoud rien ⁽⁴⁶⁾.

L'identité de l'Etat avec la notion du droit demeure donc une supposition méthodologique nécessaire en tant qu'une matière donnée est mise à la disposition de l'entendement juridique. Mais la forme juridique de l'Etat n'est pas sa forme unique ; le changement d'aspect conduit nécessairement à la transformation du contenu qui peut échapper à la qualification d'un autre ordre. Peut-on concevoir juridiquement (abstraction faite des dispositions sur la procédure et sur la forme) le processus de la création du droit ? Le juriste n'est pas autorisé à donner une réponse *juridique* à la question pourquoi et par quels motifs on a préféré un tel contenu de la règle nouvelle à un autre. S'il répond à cette question il se transforme en un sociologue ou en un moraliste. Ces éléments irréductibles sont invisibles pour l'analyse purement juridique et pourtant leur existence ne peut être niée.

Il y a dans la notion d'Etat des éléments qui restent impénétrables à l'analyse juridique ; s'ils peuvent être réduits à une formule générale, ils ne disent rien, parce qu'en appartenant à la sphère d'entendement sociologique, ils ne peuvent pas être appréciés comme valeurs juridiques. Ces éléments restent indissolubles en tant qu'on se propose de les faire comprendre par la voie d'une analyse juridique ⁽⁴⁷⁾. Si quand même on veut procéder à une telle analyse, il en restera des résidus dont l'existence ne peut être méconnue. Une tentative visant une réductibilité serait aussi vaine qu'une tentative de solution du problème de la quadrature du cercle.

L'arbitrage et le règlement judiciaire étant obligés de se conformer aux règles de droit, peuvent certainement les transformer, mais seulement en respectant les limites de ces règles. Il se peut que l'existence d'une règle soit hors de doute et ce n'est qu'une contestation sur son étendue, sur sa signification qui doit faire l'objet des recherches destinées à trancher une question litigieuse. Si les Etats le veulent, un organe arbitral peut être chargé de l'œuvre de la création *ex æquo et bono* d'une règle antérieure-

⁽⁴⁶⁾ Kelsen, *loc. cit.*, p. 597 : « Im Krieg wird überhaupt nichts « entschieden ».

⁽⁴⁷⁾ V. DE TOURTOULON, *Les trois justices*, 1933, p. 219, 220.

ment non établie. Mais une telle création n'est pas compréhensible en dehors de la volonté étatique ou malgré cette volonté.

Par cette constatation, on pose à nouveau l'idée d'une sphère inaccessible à l'entendement juridique : or, la non-justiciabilité de certains différends est de toute évidence. La question quels sont en l'espèce ces différends ne peut pas être tranchée par une analyse strictement juridique.

Si l'on accepte l'existence de points d'indifférence inaccessible à l'analyse juridique on écarte par là même un paradoxe courant qui, avec une monotonie obstinée, se répète dans les discussions qui ont trait à la classification des différends interétatiques.

On affirme notamment que la classification en cours ne peut pas être considérée comme raisonnable, puisque toutes les questions internationales ont à la fois un aspect politique et un aspect juridique.

En introduisant de la sorte une conception à « deux dimensions », on est nécessairement voué à un syncrétisme méthodologique. L'inadmissibilité d'un tel procédé saute aux yeux. Du côté du droit, tous les autres aspects sont imperceptibles. Si l'on découvre un élément qui est « en dehors du droit », on change de méthode : le phénomène juridique se transforme lorsqu'on le considère du point de vue sociologique, moral, religieux. Un simple procès civil entre M. Durand et M. Dupont sur un mur mitoyen, considéré du côté social, peut être analysé d'une manière qui fait abstraction de toute qualification juridique : le jeu des intérêts opposés, les haines et les passions, les questions de « prestige » peuvent s'y mêler et mener à des conflits étrangers aux formules du code. Les motifs d'envie, de rancune, d'égoïsme le plus brutal, de calcul raffiné ne jouent-ils pas parfois un rôle décisif dans les différends sur les successions ? Les procès purement civils ne mènent-ils pas parfois aux crimes passionnels ?

Si les éléments envisagés sont d'importance pour l'analyse sociologique, ils restent imperceptibles pour le juriste en tant qu'il se tient à sa compétence spéciale. Certainement, des éléments de tension politique peuvent être engagés dans un différend international considéré comme un différend juridique. Mais on change l'aspect juridique en y introduisant des appréciations qui sont

d'ordre tout à fait différent. Même en disant que les questions juridiques peuvent être « aussi bien de nature politique que de nature non politique » ⁽⁴⁸⁾, on les classifie d'après des critères qui ne correspondent pas à un aspect précédemment choisi ; on dira donc qu'il y a des différends purement juridiques et des différends juridiques composés ou mixtes.

Si l'on fait entrer en ligne de compte cet élément nouveau (certainement non juridique) on dit qu'une question juridique est en même temps non juridique. Une telle simultanéité des aspects est une grave erreur de méthodologie ; elle devient possible si l'observateur préférerait un point d'observation tout à fait nouveau, si, p. e., il considérerait les phénomènes juridiques et politiques sous l'angle de vue sociologique. Mais si l'on demeure dans le domaine de la compétence juridique, il faut se garder des divagations de méthode ; les métabases en cours n'éclairent rien ; l'analyse juridique ne peut aller que jusqu'à la constatation des points d'indifférence inaccessibles à la méthode lui propre. On doit se servir de cette méthode avec une conséquence logique.

(48) MORGENTHAU, *op. cit.*, pp. 26, 85.

BIBLIOTEKA
KATEDRY
PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO
PUBLICZNEGO
U. 1



WPS-8.089