UNIVERSITÉ DE NEUCHATEL — FACULTÉ DE DROIT

Les présomptions en droit international public

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE NEUCHATEL
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR EN DROIT

PAR

JACQUES-MICHEL GROSSEN

NEUCHATEL
IMPRIMERIE DELACHAUX ET NIESTLÉ S. A.
1954

Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre profonde gratitude à MM. les professeurs de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et de la London School of Economics and Political Science, particulièrement à MM. G. Sauser-Hall, L. B. Schapiro et D. H. N. Johnson, pour les précieux conseils qu'ils nous ont donnés dans la préparation de cette thèse.

Tous droits réservés
Copyright 1954 by Delachaux et Niestlé S. A., Neuchâtel (Switzerland)

LES PRÉSOMPTIONS
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Publié aux Editions Delachaux & Niestlé,
Neuchâtel et Paris (7e)

UNIVERSITÉ DE NEUCHATEL

FACULTÉ DE DROIT

Le Conseil de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la thèse de M. JACQUES-MICHEL GROSSEN :

Les présomptions en droit international public.

La Faculté ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 12 juin 1954.

Le doyen de la Faculté de droit,
FRÉDÉRIC SCHEURER

« Les juristes ont trop tendance à négliger les difficultés de fait, qui valent bien les autres, et à les abandonner à la simple appréciation, comme si celle-ci devait être arbitraire. »

F. GORPHE

(*Les décisions de justice*, Paris 1952, p. 84)

ABRÉVIATIONS

AJIL	American Journal of International Law.
Ann. suisse	Annuaire suisse de droit international.
BYIL	British Yearbook of International Law.
CIJ. Recueil	Recueil des jugements, ordonnances et avis consultatifs de la Cour internationale de justice.
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye.
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée (Bruxelles).
RGDIP	Revue générale de droit international public.
RSA	Recueil des sentences arbitrales publié par les Nations Unies.
ZaöR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

INTRODUCTION

La lecture des quelques études consacrées au problème de la preuve devant les juges et les arbitres internationaux [1], suggère deux observations :

D'une part, nulles décisions, plus que celles qui tranchent des litiges internationaux ne doivent être fondées sur une connaissance exacte et complète des faits de la cause. En droit interne, des décisions de justice de valeur très inégale (par « valeur » d'un jugement, il faut entendre ici la solidité de sa motivation en fait et en droit) reçoivent une exécution identique, parce que toutes bénéficient de l'appui de l'autorité étatique et d'une longue tradition judiciaire. Au contraire, en droit international, l'exécution des jugements et sentences dépend de la volonté des Etats-Parties au litige de s'y soumettre. Ceux-ci seront peu portés à respecter une décision reposant sur une connaissance manifestement incorrecte ou insuffisante des faits. Aussi est-il particulièrement vrai de dire du procès international : « *In probatione consistit tota virtus causarum, pondusque litis et exitus totius controversiae.* [2] »

Mais, d'autre part, le juge international est sans doute le moins à même d'obtenir l'information sans laquelle il ne saurait rendre une décision qui mette vraiment fin au litige. M. Sandifer [3] énumère quelques raisons de la difficulté extraordinaire de la preuve dans le procès international : temps parfois très long qui sépare la survenance des faits de la cause du début de la procédure; longues distances, mutilation de documents; négligence, incurie des parties; nombre parfois considérable de moyens proposés, impossibilité de procéder à de libres investigations sur le territoire de l'autre partie. Cette difficulté apparaît dans nombre de sentences arbitrales et de jugements de la Cour internationale de justice et de la Cour permanente de justice internationale. L'affaire du Détroit

[1] J. C. WITENBERG, « Onus probandi devant les juridictions internationales », RGDIP 1951, p. 321-342; J. F. LALIVE, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour internationale de justice », Ann. suisse, VII, 1950, p. 77-103; D. V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, Chicago 1939; J. C. WITENBERG, *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, RCADI, 56, 1936, II.

[2] Cité par M. RICCA-BARBERIS en tête de son ouvrage *L'Onere della Prova*, 1936.

[3] *Op. cit.*, p. 14-20.

de Corfou [1] ou celle des Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc [2] constituent à cet égard des exemples probants.

Au dilemme devant lequel le juge international se trouve placé (nécessité de prononcer en parfaite connaissance des faits de la cause, en même temps que difficulté d'obtenir les preuves qui lui procureraient cette connaissance), les présomptions, en tant qu'elles sont un « moyen de preuve » [3], en tant qu'elles visent à « vaincre les difficultés, voire les impossibilités apparentes des faits, par la seule force du précepte juridique » [4] pourraient peut-être apporter une solution. Qu'en est-il?

— Les auteurs du droit international public qui se servent du mot présomption sont nombreux, mais c'est un tout petit nombre d'entre eux seulement qui ont examiné les questions théoriques soulevées par cet usage. Ceux qui ont cherché à découvrir la notion recouverte par ce mot, à justifier le recours à cette notion, sont tous arrivés à la conclusion qu'il n'y a pas de présomptions en droit des gens, pas plus d'ailleurs que de règles relatives au fardeau de la preuve. Ils font valoir surtout que les présomptions légales supposent par définition une autorité législative absente de la société internationale et que le droit international n'est pas assez développé pour contenir des présomptions [5].

Un seul auteur a examiné le problème des présomptions en droit international public d'une manière spéciale. Il s'agit de M. G. Cansacchi, professeur à l'Université de Turin, dont l'ouvrage a pour titre : *Le presunzioni nel diritto internazionale. Contributo allo studio della prova nel processo internazionale* (Napoli 1939). Pour le prof. Cansacchi, les présomptions de fait ont leur place dans le procès international comme dans tout autre procès. Elles consistent en procédés de déduction, partie de l'activité logique déployée par le juge, et ne peuvent être exclues qu'en des cas précis (*op. cit.*, p. 25). Par contre, selon le même auteur, les présomptions légales, ou de droit, sont liées au système contradictoire d'instruction et par conséquent étrangères au procès international, qui est en général de type inquisitoire (*op. cit.*, p. 159).

Si, pour répondre à cette question de savoir s'il y a des présomptions en droit des gens, on se tourne vers la jurisprudence internationale, on y verra un emploi extrêmement fréquent du mot « présomption », du verbe « présumer ». Cette fréquence est surtout frappante dans les jugements

[1] CIJ, Recueil, 1949, p. 18.
[2] RSA, t. II, p. 615.
[3] G. Donatuti, *Encyclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Roma 1935, vol. 23, p. 215-216.
[4] F. Gény, *Science et Technique en droit privé positif*, Paris 1914-1922, t. III, p. 52.
[5] J. C. Witenberg, *op. cit.*, p. 46-47; J. C. Witenberg et J. Desrioux, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, Paris 1937, p. 236-237; D. V. Sandifer, *op. cit.*, p. 98.

et avis consultatifs de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice. Seul le Président Max Huber, dans son rapport déjà cité concernant les réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc [1] et dans sa sentence relative à la souveraineté sur l'île de Palmas [2], a expressément exclu du procès international la notion de présomption de droit. Sans doute, dans les nombreuses décisions auxquelles il vient d'être fait allusion, le mot présomption est-il parfois employé dans un sens « laïc ». Dans la majorité des cas cependant, il est évident qu'il recouvre une notion de technique juridique.

Nous sommes dès lors en face de l'alternative suivante :

Ou bien, il est exact que le droit international public ignore la notion de présomption. Dans ce cas, les arbitres et les juges internationaux qui ont invoqué des présomptions à l'appui de leurs décisions n'ont fait que dissimuler plus ou moins consciemment une motivation insuffisante. Telle est l'opinion de M. Witenberg, professée par lui à l'Académie de droit international : « Lorsque les décisions internationales parlent de présomptions, elles ne font que commettre un abus d'expression. [3] »

Ou bien, il y a des présomptions en droit international comme dans toutes les autres branches du droit, et alors, il serait peut-être utile d'en faire un usage plus large, ou, en tous les cas, moins éclectique. Mais afin que cet usage fût possible, il faudrait savoir quelles présomptions existent, quelles en sont la signification et la portée.

C'est à rechercher laquelle de ces deux propositions alternatives doit être retenue comme exacte que cette thèse est principalement consacrée. En d'autres termes, les présomptions y sont envisagées d'un point de vue essentiellement pratique, en tant qu'elles ressortissent au droit de la preuve, à ce que les juristes anglo-saxons appellent la « *law of evidence* ». A l'exemple du prof. Cansacchi, nous pourrions adopter le sous-titre : « Contribution à l'étude de la preuve dans le procès international ». Toutefois ce n'est pas là le seul point de vue auquel il soit intéressant et utile d'étudier les présomptions, et il faudra faire parfois une place à des problèmes qui sortent du cadre strict du droit de la preuve. Au titre de procédé de raisonnement, la présomption intéresse le logicien, qui l'étudie par exemple, en relation avec l'importance de l'idée de probabilité [4]. Et même, sans quitter le domaine du droit, nombreux sont les auteurs qui, à la suite de Gény, ont observé que « la notion de la présomption juris, bien qu'elle ait son origine et qu'elle trouve sa justification profonde dans les exigences pratiques de la preuve concrète, déborde aisément ce ter-

[1] RSA, vol. II, p. 654.
[2] *Ibid.*, vol. II, p. 869.
[3] RCADI, *loc. cit.*, p. 46.
[4] Cardinal MERCIER, *Critériologie générale ou théorie générale de la certitude*, 8e éd., Louvain 1923.

rain étroit, pour pénétrer dans la constitution foncière du droit » (*op. cit.*, p. 339). Les présomptions peuvent figurer parmi les éléments constitutifs d'une règle de fond, en être le motif ou l'un des motifs [1]. Il convient particulièrement de les voir jouer ce rôle dans des branches du droit encore en pleine formation, comme le droit international public [2]. Enfin, il peut être intéressant d'examiner si les auteurs font un recours plus ou moins fréquent à la notion de présomption selon la théorie générale du droit des gens qu'ils adoptent, si par exemple, ce recours est lié à une conception logico-dogmatique plutôt que sociologique du droit.

Les divers problèmes évoqués appartiennent au domaine de la technique juridique. Les auteurs qui ont exploré ce domaine [3] ont montré à suffisance combien les opinions diffèrent quant au contenu même de la notion de technique juridique. Pour les besoins de la présente recherche, elle peut être définie comme l'ensemble des procédés de réalisation du droit, par opposition à la matière du droit, c'est-à-dire aux principes que les règles de droit consacrent.

Quelques mots pour justifier le choix d'un sujet technique sont dès lors nécessaires, car les auteurs ne manquent pas qui attribuent un sens péjoratif à l'expression « technique juridique » et pour qui les internationalistes devraient se contenter de l'étude des principes du droit des gens. L'opinion dissidente du juge Alvarez, attachée à l'Avis consultatif de la Cour internationale de justice sur le *Statut du Sud-Ouest Africain* [4], est significative de cette manière de voir.

On a fait à ceux qui se sont efforcés de contribuer à l'amélioration de la technique du droit international public, s'agissant en particulier de l'interprétation des traités, des critiques de deux ordres. D'aucuns ont fait valoir, à la suite de Hall : « Il n'y a pas de place pour les raffinements des cours dans la rude jurisprudence des Nations [5]. » D'autres ont émis l'idée que le droit des gens étant encore en pleine formation, et par conséquent plus dynamique que n'importe quelle autre partie du droit, il faut se garder de l'enfermer dans des règles trop rigides, qui seraient un obstacle à son développement. Tel paraît être le sentiment du juge Alvarez.

La première de ces opinions repose sur un cercle vicieux : si le droit international public peut être qualifié de rude jurisprudence (« *rough jurisprudence* ») [6], c'est précisément parce que la justice internationale

[1] R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris 1950, p. 51.

[2] R. BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*, thèse de Paris, 1942, p. 8-9.

[3] Cf. GÉNY, *op. cit.*, J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles 1935, et *Théorie générale du droit*, 2e éd., Bruxelles 1950.

[4] CIJ, Recueil, 1950, p. 178.

[5] *International Law*, 7th ed., par. 111, en note.

[6] Il convient d'ailleurs de remarquer les progrès accomplis depuis le moment où il a été ainsi décrit. Cf. H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, London 1934.

est encore à ses débuts, et ne saurait se trouver déjà au même degré de développement technique que le droit interne. Si, dans une large mesure l'évolution du droit des gens, dans ses principes, est liée à des facteurs extra-juridiques, dont la survenance ne dépend pas des seuls juristes, c'est bien à ces derniers, et en particulier à ceux qui ont la responsabilité de trancher des litiges internationaux, qu'il appartient de perfectionner, dans le domaine de la justice internationale, ces procédés qui inspirent confiance dans la justice interne des Etats. Le développement de la procédure internationale au cours des cinquante dernières années prouve bien que la phrase de Hall citée plus haut n'a de sens que dans la mesure où elle décrivait une situation passagère. C'est très heureusement ainsi que beaucoup l'ont comprise. Ainsi, en créant la Cour permanente de justice internationale, on a voulu instaurer un tribunal qui « fût vraiment en mesure d'introduire dans la justice internationale, les procédés, les formes et les sûretés du droit interne », selon les termes du professeur A. de La Pradelle, employés par lui au Comité consultatif des juristes chargé de préparer le Statut de la Cour [1]. Ainsi le professeur Kelsen a-t-il toujours justifié sa théorie pure du droit comme étant la mieux à même de favoriser l'amélioration technique du droit international [2].

Quant au second des reproches adressés à la technique juridique, il nous retiendra moins longtemps encore, car il vise non pas tellement cette technique elle-même que les abus de la technique, avec lesquels il ne faut pas la confondre. Nul n'a mieux répondu à ce reproche que le doyen Gény, dans les passages suivants :

« Il est aisé maintenant de pressentir à quels écueils est exposée la technique juridique, ou quels dangers menacent sa mise en œuvre... (*op. cit.*, t. III, p. 39). Comme elle transforme la vie mouvante et multiforme en un mécanisme raide et réduit à quelques rouages élémentaires, la technique tendrait aisément à faire dégénérer le droit, qui est action incessament progressive, en une routine stérile, dont la paperasserie des administrations fournit le modèle achevé... (*eo. loc.*, p. 41). Par-dessus tout, nous nous souviendrons que l'objet suprême du droit reste toujours la consécration positive de la justice, et que ce n'est qu'en vue d'une mise en œuvre plus pleine de celle-ci que nous introduisons ici la technique » (eo. *loc.*, p. 44).

Dans le cas particulier, il s'agit de voir si le procédé technique que sont les présomptions peut être reçu en droit international, s'il peut aider à la bonne administration de la justice sur le plan international, comment il peut le faire et dans quelle mesure, ou si au contraire ce procédé doit

[1] M. Scerni, *Procédure de la CPJI*, RCADI, 63, 1938, III, p. 570.
[2] H. Kelsen, *Théorie générale du droit international public*. Problèmes choisis, RCADI, 42, 1932, IV, p. 122.

être écarté du droit international public, et par conséquent rayé des décisions internationales pour faire place à une autre motivation. Tout cela en fonction d'un seul critère, celui de la meilleure justice dans les relations internationales, et en particulier de la meilleure solution des problèmes de preuve, si insuffisamment étudiés jusqu'ici.

Quelle méthode fallait-il choisir pour étudier ce problème des présomptions en droit international public ? Il eût été possible de définir les présomptions en général, sur la base des ouvrages assez nombreux qui traitent des présomptions en droit privé, puis de décider sur un plan purement théorique, s'il y a quelque empêchement à l'emploi des présomptions dans les cours internationales. Une telle méthode aurait rendu aisée l'exposition du sujet, mais elle aurait péché par excès d'abstraction, puisqu'il s'agit des présomptions en tant qu'elles peuvent être ou sont déjà un instrument pratique à la disposition du juge. Le prof. Cansacchi a usé d'une méthode « a priori ». Sa démonstration est parfaitement cohérente, logique, mais ses conclusions (rejet catégorique de la possibilité de trouver des présomptions *juris* en droit des gens) sont en désaccord avec la pratique judiciaire et arbitrale [1], et cela sans que le lecteur trouve aucune explication de ce désaccord.

Une méthode plus inductive s'imposait, qui tînt compte en particulier du fait qu'aujourd'hui les décisions internationales doivent être considérées comme le premier moyen de détermination des règles de droit international général [2], et comme la source principale des règles de procédure internationale. Aussi, après avoir pris position au sujet des questions les plus controversées de la théorie générale des présomptions, avons-nous procédé à un examen critique des présomptions invoquées par les arbitres et par les juges internationaux, pour essayer ensuite seulement de formuler quelques conclusions générales et de résoudre quelques problèmes théoriques. Une importance particulière a été attribuée comme il se doit aux décisions de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice : La Cour de La Haye, en raison de son caractère permanent, de la qualité de ses membres, du fait aussi que les principaux systèmes juridiques du monde y sont représentés, est en effet la mieux à même d'améliorer le droit international dans sa technique.

[1] Et surtout avec la pratique récente de la CIJ.

[2] G. SCHWARZENBERGER, « The Inductive Approach to International Law », *Harvard Law Review*, 60, 1947, p. 539; J. C. WITENBERG, *loc. cit.*, RCADI, p. 8; et l'introduction de M. P. DE VISSCHER à son ouvrage *De la conclusion des traités internationaux* (Bruxelles 1943).

CHAPITRE PREMIER

Théorie générale des présomptions en droit privé

1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

« Materia quam aggressuri sumus valde utilis est et quotidiana in practica, sed confusa inextricabilis fere. » Tels sont les premiers mots du *Tractatus de praesumptionibus* du grand Alciat [1]. Ces mots pourraient aussi bien figurer en tête d'un ouvrage publié aujourd'hui sur le même sujet. Ils sont d'ailleurs cités en exergue par Best, dans son fameux traité de la « Law on Evidence », publié pour la première fois en 1944. Ils se trouvent également au début du chapitre VIII, consacré aux présomptions, du « Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law » du jurisconsulte américain James Bradley Thayer (1898, p. 313).

Il y a des présomptions dans tous les systèmes de droit. Le mot « présomption », le verbe « présumer » reviennent fréquemment dans la plupart des codes. Citons par exemple, le Code civil suisse : art. 3, 32, al. 2; 189, al. 2; 197, al. 2; etc., — le Code fédéral des obligations : art. 89, al. 2 et 3; 116, al. 1; 170; 189, al. 2 et 3; 190, al. 1, etc. Ce mot de présomption varie à peine d'une langue à l'autre : latin : praesumptio »; italien : « presunzio »; espagnol : « presunción »; portugais : « presunçao ». Pour avoir un autre nom que celui d'origine latine, par exemple allemand : « Vermutung »; néerlandais : « Vermoeden », les langues germaniques connaissent aussi « Praesumtion ». Les ouvrages et articles consacrés aux présomptions sont relativement nombreux, et, s'agissant de la littérature juridique anglo-saxonne, ils sont très nombreux. Pourtant, la matière reste bien « confuse », et pour avoir été beaucoup médités depuis le temps d'Alciat, les problèmes soulevés par les présomptions ne sont pas beaucoup mieux résolus. Les controverses ne portent pas seulement sur des questions théoriques, comme la définition des présomptions, la nature du raisonnement impliqué dans les présomptions ou encore la classification des présomptions. Elles n'opposent pas seulement les auteurs

[1] *Omnes in utrumque jus, civile et canonicum, commentarii*, 6 t. en 3 vol. in-fol., Bâle 1571, t. IV, vol. 3, p. 590.

de la doctrine. Mais, ces controverses portent aussi sur des questions pratiques, comme celle des effets des présomptions. Elles opposent alors les tribunaux, par exemple les cours suprêmes des divers Etats membres de l'Union américaine [1].

A quoi tient cette impossibilité de résoudre les principaux problèmes relatifs aux présomptions? Pour l'un des grands spécialistes américains des présomptions et du droit de la preuve en général, le professeur Edmund M. Morgan, de l'Université de Harvard, il faudrait l'attribuer surtout au vocabulaire imprécis dont les auteurs font usage [2]. Mais, s'il y a incontestablement des imprécisions de terminologie, celles-ci ne sauraient expliquer seules les insuffisances qui subsistent dans la théorie des présomptions. Des juristes de la valeur de François Gény, de John Henry Wigmore n'ont-ils pas porté leur attention sur ces questions? En fait, les problèmes dont il s'agit sont infiniment compliqués, et ils ne seront résolus qu'à la suite de grands efforts qu'il faut encore accomplir. Aussi le présent chapitre ne prétend-il pas mettre fin à toutes les controverses, ou proposer sur toute question un point de vue original. Sa raison d'être est en relation plus étroite avec notre sujet: c'est que nos conclusions au sujet des présomptions en droit des gens seront nécessairement marquées par une conception des présomptions en général. Il est clair que si, par exemple, la présomption « juris » ne peut avoir d'autre source que la loi, ce que pensent maints juristes, il est difficile de soutenir qu'il y a en droit international public des présomptions de droit d'origine coutumière. Ou bien, s'il n'y a pas entre les présomptions de fait et les présomptions de droit de différence de nature, et s'il est parfois difficile d'attribuer telle présomption à la première ou à la seconde catégorie, il est impossible de se rallier à l'opinion déjà évoquée de M. Cansacchi, selon laquelle il y a bien en droit international des présomptions de fait, mais non des présomptions de droit.

Les observations précédentes ne heurtent en rien ce qui a été dit de la méthode adoptée pour étudier les présomptions en droit des gens, méthode qualifiée, à défaut de meilleur terme, d'inductive. Dire en effet que nos conclusions au sujet des présomptions en droit international public porteront nécessairement la marque d'une certaine conception des présomptions en général, ne signifie pas qu'elles seront simplement déduites de cette conception.

[1] S. J. HELMAN, « Presumptions », *Canadian Bar Review*, 22, 1944, p. 118-136.

[2] « Some Observations concerning Presumptions », *Harvard Law Review*, 44, 1930-1931, p. 96; *Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof*, in « Legal Essays in Tribute to O. K. Mc MURRAY, ed. by M. RADIN and A. M. KIDD, University of California, 1935, p. 485-513; Préface au *Model Code of Evidence* de l'American Law Institute, 1942, p. 52-65; *Evidence* in « Significant Developments in the Law during the War Years », Association of American Law Schools, 1946, p. 14-25.

Le but précis de ce chapitre étant défini, s'il parvenait à proposer quelques solutions satisfaisantes, il le devrait surtout à un usage assez extensif de la méthode comparative. Il est frappant de voir combien les auteurs ont peu observé, en ces matières, ce qui se faisait à l'étranger, bien qu'en général ils n'aient pas prétendu limiter leurs investigations à leur droit positif national. Sans doute la plupart des auteurs du « Continent » ont-ils prêté attention aux travaux des romanistes, à ceux, surtout, d'Alciat (*op. cit.*) et de Menochius [1]. Sans doute y a-t-il eu certains échanges d'idées entre les auteurs français et allemands [2]. Mais les travaux nombreux et souvent excellents des juristes anglo-américains ont été à peu près ignorés en dehors du monde de langue anglaise. Un commerce plus fréquent avec les auteurs italiens, qui paraissent s'intéresser plus que tous autres à la procédure civile, apporterait aussi une aide précieuse.

De savants auteurs ont montré récemment toutes les possibilités d'utilisation de la méthode comparative [3]. Ainsi, la comparaison du sort réservé à une notion juridique dans plusieurs systèmes de droit peut permettre une meilleure compréhension de cette notion. L'insuffisance des résultats obtenus jusqu'ici dans le domaine des présomptions conduit à penser que les auteurs qui sauront, dans l'avenir, faire une juste application de la méthode comparative, ont le plus de chances d'aboutir à des solutions définitives.

2. Définition des présomptions

Il est à peu près autant de définitions des présomptions que d'auteurs qui ont consacré quelques lignes à cette notion, et ces définitions varient infiniment. La raison en est sans doute que la présomption est un procédé de raisonnement, une sorte de mécanisme de la pensée, qu'avec un peu d'habitude on parvient à saisir dans son fonctionnement, mais, dont il est difficile de décrire la nature dans une formule qui serait tout à la fois brève, frappante et exacte.

Aussi certains auteurs renoncent-ils à donner au seuil de leur étude une définition qui prétendrait à faire comprendre d'emblée au lecteur ce qu'est une présomption. M. Roger Decottignies par exemple se contente d'une définition qualifiée par lui de provisoire, qui d'ailleurs ne le cède en rien à beaucoup de définitions au ton plus catégorique : « La présomption est le procédé de raisonnement qui, en partant du fait

[1] *De praesumptionibus, signis et indiciis*, Gen. 1688.

[2] L'ouvrage de H. Burckhard, *Die civilistischen Präsumtionen* (Weimar 1866), a eu une large audience en France.

[3] René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950; H. C. Gutteridge, *Comparative Law*, 2e éd., Cambridge 1949. Une traduction française par les étudiants de l'Institut de Droit comparé de Paris, a été publiée en 1953.

connu, permet de faire un choix parmi les hypothèses en présence pour ne retenir que la plus probable d'entre elles. [1] » Et il est piquant de constater que l'auteur qui a le plus insisté sur la nécessité d'une définition précise des présomptions, le prof. Morgan, a proposé à la Commission of Evidence de l'American Law Institute, une formule assez longue, qui, au lieu de procéder par synthèse, analyse la présomption dans ses divers éléments. Cette formule est incorporée dans l'article 701 du *Model Code of Evidence*, adopté par l'American Law Institute dans sa session de Philadelphie du 15 mai 1942. En voici la traduction : « 1. Fait connu : Par fait connu, nous entendons le fait ou le groupe de faits donnant naissance à une présomption. 2. Il y a présomption si, lorsque tel fait connu existe, l'existence d'un autre fait, inconnu, doit être admise, que l'existence de cet autre fait puisse être logiquement déduite de l'existence du fait connu ou non. On appelle fait présumé, le fait dont l'existence doit être admise. 3. Deux présomptions sont dites incompatibles, lorsque le fait présumé de l'une est incompatible avec le fait présumé de l'autre. »

Renonçant également à vouloir répudier toutes les définitions données jusqu'ici pour les remplacer par une définition qui, autant que les autres, prêterait le flanc à la critique, nous nous bornerons à commenter ici un certain nombre de définitions parmi les plus importantes. Cette revue aura pour but de serrer de plus près une notion qui ne saurait apparaître dans tous ses détails qu'au moment où quelques problèmes relatifs à sa nature et à son application auront été étudiés.

Afin de le rendre moins abstrait, nous ferons cet examen à la lumière de l'exemple suivant, emprunté au droit anglais : En Angleterre, l'absence ne confère pas un statut spécial, comme c'est le cas en droit suisse, mais elle fait naître une présomption de mort. Si une personne ne donne pas de nouvelles pendant sept ans à ceux avec qui il serait normal qu'elle communiquât si elle était vivante, le droit anglais présume que cette personne est morte [2]. Cette présomption peut être écartée par la preuve que, dans tel cas particulier, il est normal que l'on ne reçoive pas de nouvelles de l'absent.

A titre préliminaire encore, il faut noter que le mot présomption peut revêtir plusieurs significations. Par présomption, on peut entendre une manière de raisonner, ou la règle de droit prescrivant cette manière de raisonner, ou la conclusion du raisonnement, c'est-à-dire le fait présumé, ou encore son point de départ, c'est-à-dire le fait connu [3]. Pour reprendre

[1] *Les présomptions en droit privé*, Paris 1950, p. 9.

[2] KNOWLES, *Evidence in Brief*, 4th ed. by A. and S. LIECK, London 1933, p. 81 ; *Matrimonial Causes Act*, 1950, section 16.

[3] *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, par ANDRÉ LALANDE, 5e éd., 1947; G. CANSACCHI, *op. cit.*, p. 13-14; J. H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 2nd ed., Boston 1923, vol. V, p. 450-451.

l'exemple de la présomption de mort en droit anglais, nous employons le mot présomption dans le premier sens si nous pensons spécialement à cette manière de raisonner qui consiste à tenir une personne pour morte, parce qu'elle n'a pas donné de nouvelles à ses proches pendant sept ans; dans le second, si nous envisageons surtout la règle de droit qui prescrit au juge de la tenir pour morte; dans le troisième lorsque nous disons : « La mort d'une personne qui n'a pas donné de nouvelles à ses proches pendant sept ans est une présomption »; dans le quatrième enfin, lorsque nous disons : « Le fait de ne pas donner de nouvelles à ses proches pendant sept ans est une présomption de mort », mais cette dernière manière de dire est à bon droit critiquée par Wigmore.

Bartole définissait ainsi les présomptions : « Praesumptio est coniectura seu divinatio in rebus dubiis collecta, ex argumentiis vel indiciis par rerum circumstantias frequenter eventientibus. [1] » Cette définition porte sur le mot présomption entendu dans le premier des sens indiqués. Il s'agit du procédé de raisonnement, tel qu'il peut être employé à d'autres fins que juridiques, et non de la règle de droit prescrivant ce raisonnement. A la suite de Bartole, les juristes se sont presque tous attachés à définir la présomption dans ce sens de procédé de raisonnement, alors que normalement, ils eussent dû porter leur intérêt sur la présomption en tant que règle de droit. La définition de Bartole a le mérite d'insister sur la répétition des mêmes faits (« frequenter eventientibus »), qui est le fondement principal des présomptions. Mais la présomption est plus qu'une hypothèse (« conjectura »). C'est un véritable jugement, qui n'est pas toujours provisoire, mais bien souvent définitif. Ainsi ce n'est pas à titre d'hypothèse que la personne absente pendant sept ans est tenue pour morte. Pour le tribunal, en l'absence d'une preuve contraire, c'est une vérité.

Selon Alciat : « Praesumptio est probabilis coniectura ex certo signo proveniens, quae alio non adducto pro veritate habetur. [2] » Cette définition doit être signalée parce qu'elle fait intervenir la notion de preuve contraire, qui apparaît ici impliquée dans la notion de présomption. Il faudra rechercher, en étudiant la preuve contraire, si cette implication est nécessaire.

Menochius adopte la définition-ci : « Praesumptio est probatio artificialis, verisimilis, credibilis, in qua ex aliquibus verisimiliter atque ita probabiliter, non autem necessario, sequitur quod intendimus. [3] » En employant le mot preuve, cet auteur nous rapproche davantage du domaine juridique, encore que sa définition soit valable en dehors du prétoire. De plus, inconsciemment peut-être, il pose un problème qui devra être

[1] *Digestum vetus*, Lugduni 1581, ad. tit. « De probatione et praesumptionibus », XXII, III.
[2] Cité par MENOCHIUS, *op. cit.*, p. 37.
[3] *Op. cit.*, lib. I, q. IV.

examiné plus avant, celui du rapport entre la notion de preuve proprement dite et celle de présomption. Ce rapport, pour Menochius, c'est l'identité : la présomption est une preuve, un mode de preuve. Enfin cette définition souligne justement qu'il n'y a pas entre le fait connu et le fait inconnu un lien de nécessité logique, et ceci est très important. Il existe quantité d'autres définitions anciennes. M. Cansacchi donne celles de Balde, de Tancrède, de Cujas, de Pothier. Aucune d'elles cependant n'ajoute un élément à ceux qui ont déjà été dégagés.

En ce qui concerne les définitions plus modernes : En France, il y a celle de l'article 1349 du Code civil : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. » Ici, c'est bien d'un procédé de la technique juridique qu'il s'agit. Cette définition laisse de côté la nature, le fondement et les effets des présomptions pour décrire simplement le passage du connu à l'inconnu. Ce passage est essentiel dans la présomption, mais il ne la caractérise pas elle seule. Aussi a-t-on relevé avec beaucoup de pertinence que la définition est trop large « puisque elle envelopperait la preuve rigoureuse d'un fait qui n'est pas immédiatement connu ou directement attesté » [1].

Le Doyen Gény ne donne pas à proprement parler une définition. Il abonde cependant en observations qui en tiennent largement lieu, dont celle-ci : « Il y a dans la présomption une apparition intellectuelle, qui consiste à dissiper les incertitudes au moyen d'une affirmation audacieuse, qui tranche violemment le débat, dans le sens le plus conforme à ce que l'ordre des choses permet normalement d'attendre. [2] » Le caractère d'expédient de la présomption est opportunément souligné ici. La présomption est un pis-aller, destiné à parer aux conséquences d'une situation incertaine. Elle est admissible pour cela seulement. Gény fait aussi à la volonté la large part qui lui revient. Si, dans l'exemple choisi plus haut, le droit anglais tient pour morte une personne dont on ne sait rien depuis sept ans, c'est pour écarter l'inconvénient résultant de l'incertitude du débat sur la question de savoir si elle est morte ou vivante. Pour que cette solution devienne une règle de droit, il a fallu la volonté du juge, particulièrement apparente dans le choix du délai de sept ans plutôt que de celui de cinq ou de dix ans.

Les définitions italiennes sont pour la plupart très classiques. M. Donatuti relève surtout l'idée de probabilité : « Présomption. — Ce mot au sens technique juridique, désigne un moyen de preuve qui consiste dans la déduction de l'existence d'un fait inconnu de celle d'un fait connu. [3] »

[1] *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, par A. LALANDE, 5e éd., Paris 1947, v. Présomption.

[2] *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, p. 266.

[3] *Encyclopaedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Roma, 1935, vol. 13, p. 215-216.

M. Calamandrei insiste plutôt sur l'expérience : « Les présomptions simples sont un jugement fondé sur une maxime d'expérience. [1] » Il convient de s'arrêter spécialement à la définition du prof. Chiovenda, dont voici la traduction : « Lorsque selon l'expérience que nous avons de l'ordre normal des choses, un fait se trouve avec un autre dans un rapport de cause à effet ou accompagne toujours cet autre fait, nous présumons l'existence de l'un des faits si nous connaissons l'existence de l'autre » [2]. Cette définition décrit ce que n'est précisément pas une présomption. S'il y a entre fait connu et fait inconnu un rapport de cause à effet, ou si les deux faits s'accompagnent toujours, conclure à l'existence de l'un parce que l'autre existe n'est pas présumer mais opérer une simple déduction. De plus, il n'est pas de présomption réversible ; le fait connu et le fait inconnu sont toujours les mêmes, et non interchangeables. Dans notre exemple, quel sens aurait le fait de présumer qu'une personne morte ne donne pas de nouvelles à ses proches ?

Quant aux juristes anglo-saxons, ils ne s'attardent pas beaucoup à la définition des présomptions. Pour la plupart, à la suite de Stephen, ils décrivent les présomptions comme « des déductions que la loi ordonne de tirer de certains faits » [3]. Certains auteurs ont cependant dénoncé cette formule de déduction obligatoire comme une contradiction dans les termes. Ainsi Phipson, pour qui les présomptions sont « des conséquences arbitraires que le droit attache expressément à certains faits » [4].

3. Le procédé de raisonnement impliqué dans les présomptions

Plusieurs auteurs se sont attachés à découvrir la nature du raisonnement impliqué dans les présomptions. Bien qu'il s'agisse d'un problème de philosophie plutôt que de droit, il vaut la peine d'en dire quelques mots ici [5].

La présomption opère un passage du connu à l'inconnu : Du fait que X n'a pas donné de nouvelles à ses proches pendant sept ans (fait connu), nous tirons la conclusion que X est mort (fait inconnu). Ce passage n'est pas caractéristique de la seule présomption, ainsi que nous l'avons relevé à propos de l'article 1349 du Code civil français. Toutes les preuves indirectes l'opèrent également. En ce qui concerne la présomption, ce passage du connu à l'inconnu a été vérifié un nombre incalculable de fois, et il

[1] *Studi sul Processo Civile*, Padova 1930, vol. I, p. 15.
[2] *Instituzioni di diritto processuale civile*, Nap. 1933, vol. 2, p. 447.
[3] Sir James Stephen, *Digest of the Law of Evidence*, 12th ed., London 1946.
[4] S. L. Phipson, *Manual of the Law of Evidence*, 6 th. ed. by Sir Roland Burrows, London 1943, p. 300.
[5] P. van der Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles et Paris 1907, p. 103 ss.

s'est très rarement révélé inexact. Souvent, des personnes ne donnent pas de nouvelles à leurs proches pendant sept ans pour la raison péremptoire qu'elles sont décédées.

Cette mort présumée de la personne qui n'a pas donné de nouvelles pendant longtemps, c'est une vérité d'expérience. Ce qui fait conclure à la mort, c'est une induction, si l'on prend ce mot dans « son sens le plus usuel, relativement rare en philosophie » de « processus reconstructif par lequel partie en raisonnant, partie en devinant, on remonte de certains indices à des faits qu'ils rendent plus ou moins probables » [1]. Peut-être vaudrait-il mieux se tenir à l'expression vérité d'expérience.

Pour certains auteurs, il y a dans la présomption un raisonnement déductif [2]. Cette opinion ne peut toutefois être retenue, en raison de l'absence d'un lien de nécessité logique entre le fait connu et le fait inconnu. Le fait qu'une personne est morte n'est en rien la conséquence logique du fait qu'elle ne donne plus de nouvelles [3]. Cette absence d'un lien logique empêche précisément la présomption d'être non seulement une déduction, mais aussi une induction, au sens philosophique. D'ailleurs, si cette relation logique existait entre la proposition de base et la proposition présumée, les mêmes présomptions devraient se retrouver dans tous les systèmes de droit. Ceci confirme qu'il y a, à la base des présomptions, plus qu'une idée de probabilité [4].

4. Présomptions-preuves et présomptions-concepts [5]

Procédé de raisonnement, les présomptions peuvent servir à d'autres fins que judiciaires, par exemple à des fins législatives. Elles apparaissent non seulement dans des règles de preuve, où elles sont le plus immédiatement saisissables, mais aussi dans maintes règles du droit de fond, dont elles constituent l'un des motifs. Ainsi la présomption de mort du droit anglais se meut strictement sur le terrain de la preuve. Elle intervient lorsque la vie ou la mort d'une personne est un fait sur lequel un tribunal doit fonder sa décision, sans que soit la vie soit la mort puisse être prouvée directement. Elle permet au juge de prononcer sur ce point de fait, alors que son esprit ne serait convaincu de l'exactitude ni de l'une ni de l'autre solution.

[1] *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, cit., *loc. cit.*

[2] M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique du droit civil français*, t. VII, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris 1931, p. 882-901.

[3] Sir Rolano Burrows, *The Law of Evidence*, London 1937.

[4] E. M. Morgan, *Evidence* (Significant Developments in the Law during the War Years), p. 14-25; R. Decottignies, *op. cit.*, p. 24.

[5] F. Gény, *op. cit.*, t. 3, p. 264-267 et 334-360; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, p. 235-274.

En revanche, lorsqu'un législateur fixe l'âge de la capacité à vingt et un ans, présumant par là que vingt et un ans est l'âge de raison, cette présomption n'est que l'une des causes du choix de cet âge particulier. Elle est en dehors du domaine de la preuve, c'est-à-dire que la réponse à la question de savoir si une personne déterminée est capable dépendra du seul fait qu'elle a atteint l'âge de vingt et un ans ou non. Un autre exemple, emprunté au droit criminel anglais, fera particulièrement ressortir la différence entre l'utilisation judiciaire et l'utilisation législative des présomptions [1]. Selon la section 50 du *Children and Young Persons Act, 1933*, un enfant de huit à quatorze ans est présumé n'avoir pas encore la responsabilité criminelle sauf preuve du contraire. Si donc un enfant de cet âge est accusé d'un crime, le premier devoir de l'accusation sera de prouver sa responsabilité, en montrant par exemple avec quelle science le crime a été commis. La même section prescrit qu'un enfant de moins de huit ans est toujours présumé innocent. Aucun problème de preuve ne surgit donc dans le cas d'un enfant de moins de huit ans : Il n'est pas coupable. Et si un agent de police en surprend un, volant dans un magasin, il le relâchera aussitôt la preuve de son âge faite. La règle en question est une manière de dire : « les enfants de moins de huit ans ne seront point condamnés »; la présomption attachée à cet âge par la règle de droit de fond n'est que l'un de ses motifs [2].

Les règles de fond qui reposent sur une présomption sont très nombreuses. La doctrine en choisit des exemples surtout parmi les règles de droit dispositif, dont la construction est fondée sur la volonté présumée des sujets de droit, et parmi les règles concernant les incapacités, nettement inspirées par des présomptions de faiblesse, d'immaturité, etc.

M. Gény nomme les présomptions se mouvant sur le terrain de la preuve, les présomptions « sensu stricto », et celles qui servent de motif à une règle de droit de fond, les présomptions « sensu largo ». M. Dabin parle de « présomptions-preuves » dans le premier cas, de « présomptions-concepts » dans le second, M. Burckhard de « prozessualische Präsumtionen » et de « materielle Präsumtionen ». Il importe d'observer de façon plus détaillée ce qui rapproche et ce qui oppose les unes et les autres, puisque nous devrons examiner les présomptions en droit international public du point de vue des deux fonctions signalées.

En ce qui concerne la nature du raisonnement, il n'y a aucune différence. Dans les deux cas, l'esprit opère une « transformation des qualités en quantités » [3]. Il renonce à envisager les situations infiniment nombreuses et variables pour se fixer sur un élément moyen qui les simplifie. Devant

[1] F. T. Giles, *The Magistrates'Courts*, 2nd ed., London 1951, p. 138.
[2] G. D. Nokes, *An Introduction to Evidence*, London 1952, p. 54-55.
[3] F. Gény, *op. cit.*, t. III, p. 61.

l'impossibilité pratique d'arriver à une certitude, combinée avec la nécessité de décider, il se contente d'une solution normale, au sens premier du terme, ayant au moins pour elle une probabilité, une vraisemblance. Il établit une connexion entre deux faits, ou groupes de faits, qu'aucune nécessité logique ne lie : le fait d'être raisonnable n'est pas plus la conséquence logique du fait d'avoir vingt et un ans, que la mort n'est la conséquence logique du fait de ne plus donner de nouvelles.

D'autre part, que la présomption fasse son apparition au stade législatif ou au stade judiciaire, elle est employée en vue d'obtenir un résultat juridique et ne vaut que par lui. Elle est toujours un procédé de la technique juridique, et même l'un des plus caractéristiques. Le droit, science normative, procède par classifications, par abstractions, sans cependant s'écarter trop du concret. La présomption « tend, en effet, par son extension et sa flexibilité mêmes, à se confondre avec cette réduction simplificatrice des éléments substantiels du droit, où nous avons vu comme le prototype déterminé des opérations intellectuelles de la technique juridique fondamentale » [1]. Lorsqu'il s'agit d'une présomption-preuve, la « réduction simplificatrice » est souvent opérée par le juge, alors que pour la présomption-concept, elle est opérée uniquement par le législateur. Il y a cependant un trait fort important qui distingue la présomption-preuve de la présomption-concept : jamais la seconde ne saurait être mise en échec par la preuve contraire. Souvent la présomption motif d'une règle de droit de fond s'éloigne de la vraisemblance et incline vers la fiction. Malgré le danger que cette tendance implique, la présomption ne peut être attaquée. En revanche, la présomption-preuve peut en principe être écartée dans ses effets par la preuve contraire. En principe seulement. Qu'en est-il si cette preuve contraire n'est pas admise, si nous sommes en présence d'une présomption dite « juris et de jure » ? M. Dabin résout ce problème en classant sans hésitation cette dernière parmi les présomptions-concepts, comme beaucoup d'auteurs allemands et anglais [2]. Nous ne partageons pas cette opinion, car la présomption « juris et de jure », ou irréfragable, ressortit à l'origine au domaine de la preuve et elle conserve son caractère probatoire. Il n'en reste pas moins vrai que, s'agissant des présomptions-preuves, l'interdiction de la preuve contraire a un caractère exceptionnel, justifiable et justifié seulement par des nécessités impérieuses.

Une autre distinction très pertinente se trouve dans l'exposé du professeur Dabin : « Ce qu'il faut souligner, pour rester sur le plan de l'élaboration proprement technique qui est le nôtre, c'est que, parmi les présomptions irréfragables — de faits ou de volontés — qui motivent les règles (impératives, dispositives ou supplétives), les unes ont valeur

[1] F. Gény, *op. cit.*, t. III, p. 267.
[2] *Op. cit.*, p. 240.

d'explication « réelle », alors que les autres n'ont qu'un rôle d'explication « logique », purement constructif »[1]. Les exemples de présomptions-concepts donnés ci-dessus sont, dans la terminologie de M. Dabin, des présomptions ayant valeur d'explication réelle. Si un enfant de huit ans ne peut être poursuivi pour un crime, c'est parce qu'en vérité il est très probable qu'il ne saurait être responsable avant cet âge. Si la majorité est fixée en France à vingt et un ans, c'est que dans ce pays l'expérience des choses que l'on peut avoir à cet âge permet en général à celui qui l'a de gérer ses affaires. Par contre, des règles comme l'adage : « Nul n'est censé ignorer la loi » ne se fondent sur une présomption que du point de vue logique, pour les besoins du système, puisque cet adage énonce une contre-vérité frappante.

Souvent les présomptions-concepts qui ont valeur d'explication réelle étaient à l'origine des présomptions-preuves.

Ainsi la prescription extinctive semble n'avoir été d'abord qu'une présomption de mal fondé d'une demande en justice tardive. Cette présomption s'est peu à peu muée en une règle de fond dépassant de beaucoup le domaine de la preuve. Ce processus très important ne ressort pas assez de l'étude de Gény, car il montre les présomptions « sensu stricto » jouant le rôle qui, dans *Science et technique en droit privé positif*, définit précisément les présomptions « sensu largo ». Aussi la terminologie de Burckhard ou celle de M. Dabin apparaissent-elles préférables. D'autre part, l'existence même de ce processus démontre que la limite entre les présomptions-concepts et les présomptions-preuves n'est pas toujours absolument précise.

Une dernière remarque au sujet de cette distinction entre les présomptions selon qu'elles remplissent une fonction législative ou une fonction probatoire. Il se trouve des auteurs pour poser la question de savoir laquelle de ces deux fonctions est la plus importante. Ainsi M. P. Hayoit estime que c'est la présomption-concept qui est la plus essentielle[2]. M. Barraine voit aussi dans leur contribution à la formation des règles de droit l'utilité principale des présomptions[3], même s'il observe ailleurs que cette contribution a été parfois exagérée[4].

En fait, il est impossible d'estimer qualitativement ou quantitativement cette importance. Tout au plus peut-on dire que le praticien peut se borner à connaître la nature et le fonctionnement des présomptions du domaine de la preuve. Il semble également impossible de dire du rôle probatoire

[1] *Op. cit.*, p. 266.

[2] P. Hayoit, *La présomption du droit dans la tradition canonique*. Thèse de Louvain, 1941, p. 74.

[3] Thèse citée, p. 289-292.

[4] *Ibid.*, p. 82.

des présomptions qu'il serait le rôle originaire [1]. Rien ne prouve que les deux fonctions des présomptions analysées dans ce paragraphe n'aient été simultanément remplies à tous les degrés de développement du droit.

5. Présomptions et preuves

Il a été dit à plusieurs reprises des présomptions qu'elles peuvent être utilisées à des fins judiciaires, rentrer dans le domaine de la preuve, sans que les similitudes et les différences entre présomptions et preuves soient examinées. Or, c'est là un des problèmes intéressants de la théorie générale des présomptions, et il convient de lui consacrer maintenant quelques lignes.

Le mot preuve n'a pas toujours le même sens [2]. Il désigne parfois la démonstration des faits litigieux, envisagée de façon générale, c'est-à-dire un élément essentiel de tout procès. Il faut entendre le mot preuve dans ce sens-là lorsque nous disons : « les présomptions rentrent dans le domaine de la preuve ». C'est également dans ce sens que le mot preuve est employé au titre du chapitre VI, livre III, titre III du Code civil français : « De la preuve des obligations et de celle du payement ». Aussi ce chapitre est-il divisé en cinq sections, consacrées respectivement à la preuve littérale, à la preuve testimoniale, aux présomptions, à l'aveu et au serment.

D'autres fois, le mot preuve indique l'une des manières de faire la démonstration des faits litigieux, un mode de preuve : preuve littérale, preuve testimoniale, etc. Enfin, le mot preuve peut aussi désigner le résultat de la démonstration des faits litigieux, la conviction du juge. Sans doute ces nuances sont-elles légères. Certaines langues n'en ont pas moins différents mots pour les marquer. En anglais par exemple, « proof » et « evidence ». *Proof* indique soit la démonstration des faits litigieux, soit le résultat de cette démonstration, cependant qu'*evidence* est plutôt l'équivalent de l'expression française « mode de preuve » [3]. Lorsque nous parlons du rapport entre les présomptions et les preuves, c'est dans cette signification de « evidence », de mode de preuve qu'il faut entendre le mot preuve.

Qu'y a-t-il de commun entre la présomption qui résulte du fait que X n'a pas donné de nouvelles à ses proches pendant sept ans, et le témoignage d'une personne qui déclare avoir vu le cadavre de X emporté par le courant d'un fleuve ?

[1] F. Gény, *op. cit.*, t. III, p. 339.
[2] *Pandectes Belges*, t. 79, col. 1090, sous « Preuves ».
[3] Websters, *New International Dictionary*, 2nd ed.; Funk and Wagnalls, *New Standard Dictionary of the English Language*, New York, 1947.

La doctrine anglo-américaine est aujourd'hui quasi unanime pour dire que la présomption n'est pas un mode de preuve, mais *une dispense de preuve*. Elle ne procure pas la certitude d'ailleurs relative, que les moyens de preuve proprement dits permettent d'obtenir. Elle a pour effet d'autoriser le juge à se passer de cette certitude pour rendre sa décision. « Les présomptions, dit J. B. Thayer, opèrent avant tout argument ou preuve, ou indépendamment d'eux, en tenant un fait pour donné. [1] »

Approuvant la jurisprudence des tribunaux de Pennsylvanie, selon laquelle « l'existence du fait présumé doit être acceptée, à moins que la non-existence n'apparaisse plus probable que l'existence en raison des faits prouvés », le prof. Morgan commente : « Ceci ne veut pas dire que la présomption soit une preuve, ou doive être traitée comme une preuve. C'est dire seulement que la présomption est une règle de procédure assurant une décision sur un fait disputé, lorsque l'esprit du juge est en équilibre, c'est-à-dire lorsque le juge pense que l'existence et la non-existence de ce fait sont également probables. [2] »

L'opinion est identique en Angleterre. Le manuel de jurisprudence « Cockle's Cases and Statutes on Evidence » [3] fait particulièrement ressortir que les présomptions ne sont pas un moyen de preuve. Son auteur classe en effet les faits présumés parmi les faits qui n'ont pas à être prouvés [4] et il observe que l'effet des présomptions est surtout en relation avec le fardeau de la preuve. Un ouvrage récent est tout aussi catégorique [5]: Selon le Dr Nokes, les présomptions ont pour effet d'établir un fait sans aucune preuve ou sans preuve complète : « Elles opèrent ainsi, dit-il, comme un substitut de la preuve » [6].

En Allemagne, Mlle K. Loewy [7] écrit également que la présomption n'est pas un moyen de preuve, mais une règle relative au fardeau de la preuve, et elle déclare suivre l'opinion dominante.

Il n'y aurait pas de problème si cette unanimité se retrouvait partout, mais elle n'existe pas en France. Les auteurs français considèrent les présomptions tantôt comme des modes de preuve, tantôt comme des dispenses de preuve [8]. S'agissant des présomptions légales, la doctrine adhère à l'opinion partout dominante, selon laquelle les présomptions

[1] « They operate in advance of argument or irrespective of it, by taking something for granted », *op. cit.*, p. 314.

[2] Introduction au *Model Code of Evidence*, p. 58.

[3] 8th ed. by L. F. STURGE, London 1952.

[4] « Matters which do not require any proof », *loc. cit.*, p. 24.

[5] G. D. NOKES, *An Introduction to Evidence*, London 1952.

[6] *Loc. cit.*, p. 54.

[7] *Die Vermutung*, Bonn 1935, p. 16-17.

[8] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris 1949, par. 473; *Répertoire pratique du droit belge*, 1951, p. 229-230; E. BONNIER, *Traité théorique et pratique des preuves*, 2e éd., Paris 1852, IIIe partie, Liv. I.

ne sont pas des modes de preuve, mais des dispenses de preuve. Il n'y a là rien d'étonnant, puisque cette opinion est consacrée par l'article 1352, al. 1 C.C. : « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. » En revanche, les auteurs français voient dans les présomptions qui ne sont pas établies par la loi de véritables moyens de preuve. Le fait est surprenant. Comment la même institution changerait-elle de nature selon qu'elle figure ou non dans la loi ? C'est que la doctrine s'en remet au Code, qui paraît ici déficient dans sa technique. A l'article 1353, qui concerne les présomptions non établies par la loi, le mot présomption n'est plus employé dans le même sens qu'aux articles précédents. L'article 1349 a défini les présomptions comme un procédé de raisonnement passant du connu à l'inconnu. Or, aux termes de l'article 1353, le juge ne doit admettre les présomptions de fait que lorsqu'elles sont « *graves, précises, concordantes* », qualités que ne peut avoir un raisonnement. En réalité, à l'article 1353, par présomption, il faut entendre ce que M. Morgan appelle le « basic fact », le fait connu pouvant faire surgir une présomption [1]. Dès lors, pour donner au mot présomption à l'article 1353 le même sens qu'il a dans les articles précédents, il faut lire ainsi cette disposition « lorsque le juge, à défaut de la preuve directe d'un fait litigieux se trouve en présence d'indices graves, précis, concordants, il peut présumer ce fait ».

Ainsi la présomption de fait comme la présomption légale correspond à une dispense de preuve [2]. Dans le premier cas, la dispense émane du juge; dans le second, du législateur. La distinction entre présomptions-preuves et présomptions-dispenses de preuve que propose le Président Jean Defroidmont [3] doit être écartée sans hésitation. Cette distinction repose sur une question de vocabulaire, à savoir les divers sens possibles du mot présomption relevés dans notre paragraphe 2. Elle complique inutilement la théorie des présomptions. C'est un des mérites de Gény de n'avoir pas fait cette distinction bien que le Code civil français invite à la faire. Pour ce savant auteur, les présomptions sont utilisées lorsqu'il est difficile de fournir une preuve adéquate, pour alléger le fardeau de la preuve en changeant les éléments de fait à démontrer [4 et 5].

Telle semble être la seule réponse à la question de savoir quels sont les rapports entre les présomptions et les preuves proprement dites.

[1] H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e éd., tome III, 2e partie. Bruxelles 1942, p. 910, note 2.

[2] R. Barraine, thèse citée, p. 128 et 168.

[3] J. Defroidmont, *La science du droit positif*, Paris 1933, chap. IV, « Les Preuves », p. 349-371.

[4] *Op. cit.*, t. III, p. 297.

[5] *Op. cit.*, t. III, p. 283.

6. Les présomptions comparées a quelques autres notions

Dans ce paragraphe-ci, les présomptions seront comparées aux fictions, puis aux règles relatives au fardeau de la preuve. De ces deux problèmes de la théorie des présomptions, le premier a été étudié surtout par les juristes européens, tandis que le second n'a été abordé sérieusement que par la doctrine anglo-américaine.

A. *Les présomptions et les fictions.* La distinction entre les présomptions et les fictions est fort ancienne. Menochius, dans son traité *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis* (Genève, 1688, p. 13-15), en traite déjà avec beaucoup de soin. Il relève entre autres les différences suivantes : 1. La fiction tient pour vrai ce qui ne l'est pas. La présomption porte sur un fait douteux, qui peut être ou ne pas être. 2. La fiction n'admet jamais de preuve contraire (cette différence, écrit Menochius, est la simple conséquence de la précédente). 3. Le juge ne peut introduire de fictions. 4. Il peut y avoir un conflit de présomptions, mais un conflit de fictions est chose inconcevable. 5. Les présomptions doivent être invoquées devant le tribunal, alors que le juge doit tenir compte d'office des fictions. Plus près de nous, Gény insiste sur deux traits distinctifs qui paraissent bien les plus importants : 1. Les fictions se « présentent en dehors de toute question de preuve »; 2. Les fictions « ne s'attardent pas à soupeser la probabilité »[1]. Dans sa thèse récente, M. Decottignies en indique trois : 1. Dans la fiction, seule la volonté du législateur entre en ligne de compte. — Dans la présomption, une place est faite à l'idée de probabilité. 2. Le caractère artificiel des fictions est plus accentué. 3. Les fictions appartiennent au domaine de la technique législative. — Les présomptions appartiennent aussi au domaine de la preuve[2]. Cependant le point 2 n'est autre chose que la conséquence logique ou même la paraphrase du point 1, de sorte qu'en définitive, M. Decottignies se rallie à l'opinion de Gény. Les autres traits signalés par Menochius ne sont pas aussi convaincants : Les présomptions légales sont appliquées d'office par le juge — l'application « ex officio » n'est donc pas caractéristique de la seule fiction. Certains auteurs nient la possibilité de conflits de présomptions[3]. Pour eux, ce n'est pas là non plus que la présomption se distingue de la fiction. De même, si le juge ne peut introduire de fictions, il ne saurait davantage, selon beaucoup, créer de présomptions de droit.

[1] *Op. cit.*, t. III, p. 360.
[2] *Op. cit.*, p. 16-17.
[3] E. g. J. H. Wigmore, *op. cit.*, vol. 5, p. 454-455.

Toutefois, l'un des critères proposés par Menochius mérite plus d'attention. C'est celui de la possibilité d'une preuve contraire dans le cas des présomptions. Certaines présomptions, appelées « juris et de jure » ou irréfragables (ou encore absolues), ne tolèrent aucune preuve contraire. Peut-on dire dès lors que les présomptions se distinguent des fictions par la possibilité d'une preuve contraire ? Ce problème préoccupait déjà les glossateurs. On peut grouper sous deux rubriques les réponses qui lui ont été données dans la doctrine. Selon une première catégorie d'auteurs, les présomptions irréfragables et les fictions se confondent. Ces auteurs peuvent soutenir sans contradiction que la possibilité d'une preuve contraire est bien le caractère spécifique des présomptions. Ils définissent même les présomptions par cette possibilité, et, en fonction de cette définition, se refusent à voir d'authentiques présomptions dans les présomptions irréfragables. Ceci est en particulier l'opinion du glossateur Curtius (critiquée par Menochius [1]), de nos jours d'une partie de la doctrine anglo-américaine [2], et surtout de l'écrasante majorité des auteurs allemands [3].

Une deuxième catégorie d'auteurs résout le problème en soutenant qu'au fond même les présomptions « juris et de jure » laissent une petite place à la preuve contraire. Pas plus que les tenants de l'opinion précédemment examinée, ils n'ont de peine à prétendre que la possibilité de la preuve contraire est caractéristique de toute vraie présomption. Au lieu de définir les présomptions irréfragables comme ce qualificatif le voudrait, c'est-à-dire comme celles qui excluent toute preuve contraire, ils les définissent comme celles qui n'admettent qu'une preuve contraire très limitée. Ce point de vue est inspiré du Code civil français, selon lequel la présomption légale, même absolue, peut être mise en échec par l'aveu ou le serment. C'est pourquoi il est adopté seulement par des auteurs français et belges [4].

Ces opinions sont aussi peu satisfaisantes l'une que l'autre. Toutes deux procèdent en quelque sorte par manipulation de définitions, plutôt que par l'analyse du contenu des notions de présomption et de fiction. La présomption « juris et de jure » a toujours été définie comme celle qui interdit la preuve contraire. Peut-être vaudrait-il donc mieux dire que dans la mesure où le droit français permet toujours une certaine preuve contraire, il ne contient pas de présomptions absolues.

[1] *Op. cit.*, p. 15.

[2] J. H. WIGMORE, *op. cit.*, vol. 5, p. 454.

[3] Mlle LOEWY, qui elle-même fait exception, cite entre autres ROSENBERG et SEUFFERT (*op. cit.*, p. 14); également E. RÜEGG, *Beitrag zur Lehre von der Vermuthung im schweizerischem Privatrecht*. Thèse de Zurich, 1947.

[4] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4e éd., Paris 1878, t. VIII; HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e éd., t. III, 2e partie, Bruxelles 1942, p. 911-1020.

Mieux vaut renoncer à voir dans la possibilité d'une preuve contraire le critère distinctif des présomptions et des fictions. Ce critère réside surtout dans la nature de ces procédés : La présomption, même lorsqu'elle est irréfragable, conserve un caractère probatoire. De plus, elle prétend toujours à un rapport plus ou moins étroit avec la réalité. La fiction consiste au contraire dans un aménagement volontairement détaché de la vérité, du droit de fond.

B. *Les présomptions et les règles relatives au fardeau de la preuve.* Par règles relatives au fardeau de la preuve, on entend les règles qui décident quelle partie a la charge de la preuve et quel fait doit être prouvé. Ces règles sont essentiellement liées aux procès dont l'instruction se fait contradictoirement, ainsi que l'a montré le professeur Cansacchi. Mais, pour autant, elles ne sont pas exclues du procès de type inquisitoire, qui connaît à tout le moins des obligations de collaborer à la preuve.

Dans les pays de « Common Law », particulièrement aux Etats-Unis, on distingue encore le fardeau de la preuve (*burden of proof*) du fardeau de la persuasion (*burden of persuasion*) [1]. Le premier impose à telle partie l'obligation de produire telle preuve, tout à fait indépendamment de l'avantage ou de l'inconvénient qui peut en résulter pour elle à l'issue du procès. Le second oblige telle partie à prouver tel fait à satisfaction du tribunal, à peine de perdre sa cause.

A titre d'exemple de règles relatives au fardeau de la preuve on peut citer les adages : *Actori incumbit probatio; Reus in excipiendo fit actor; Ei qui dicit incumbit probatio; Ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio.* Quel rapport les présomptions ont-elles avec de pareilles règles ? — Pour certains auteurs, les présomptions sont des règles relatives au fardeau de la preuve. Tel est l'avis de M^lle^ Loewy, qui classe les présomptions parmi les « Beweislastregeln » [2]. Les juristes anglo-saxons, qui ont voué une attention spéciale à cette question, expriment à raison une opinion plus nuancée. La résonance différente des règles relatives au fardeau de la preuve et des présomptions incite à réflexion. Il est certain que les présomptions affectent la répartition du fardeau de la preuve. Ayant les effets d'une dispense de preuve, elles changent la répartition habituelle de l'« Onus probandi ». Si c'était là l'unique objet des présomptions, elles seraient parfaitement identiques aux règles relatives au fardeau de la preuve. Mais, ainsi que nous le verrons en étudiant leurs effets, les présomptions se distinguent des règles relatives au fardeau de la preuve par un aspect positif. Si une partie invoque, sans le prouver, un fait, soumis à la règle « Ei qui dicit incumbit probatio », le tribunal ne tiendra

[1] E. M. MORGAN, *Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof*, p. 487-493.
[2] *Op. cit.*, p. 16-17.

aucun compte de ce fait. L'effet de la règle est négatif. La présomption — et c'est là son aspect positif — permet au tribunal de prendre en considération un fait dont l'existence n'a pas été démontrée. Par rapport aux règles relatives au fardeau de la preuve, les présomptions apparaissent donc un plus par rapport à un moins. Il faut avouer cependant que la limite est parfois fuyante.

7. Les présomptions relèvent-elles du droit de fond ou de la procédure ?

La question ne présente pas seulement un intérêt théorique. Elle revêt une importance pratique certaine en droit international privé : le droit applicable, en ce qui concerne les présomptions susceptibles d'influencer les faits d'un litige comportant un élément étranger, dépend en effet dans une large mesure de la réponse donnée à cette question. Aussi, après avoir cité les solutions données par les spécialistes des présomptions, faudra-t-il examiner quelques solutions du droit international privé.

A. M. Hayoit estime que les présomptions sont essentiellement des règles de droit matériel, le fondement d'obligations [1]. Ce point de vue rejoint apparemment celui d'un autre canoniste, le R. P. Keller [2]. Toutefois, une phrase de M. Hayoit nuance beaucoup son opinion : « Il reste concevable que certaines d'entre elles soient des présomptions de pure procédure, des lois qui n'ont d'autre efficacité que de régler une question de preuve en cas de conflit de droit. [3] » La question posée — les présomptions relèvent-elles du droit de fond ou de la procédure ? — concerne bien entendu les seules présomptions-preuves, car par définition les présomptions-concepts font partie du droit de fond. Or, en tant que les présomptions rentrent dans le domaine de la preuve, M. Hayoit les rattache à la procédure. Ce rattachement ne porte toutefois que sur un très petit nombre de règles, puisque pour M. Hayoit, les présomptions-preuves sont extrêmement rares.

M. Decottignies note que les « présomptions juris et de jure » sont bien des règles de preuve et non des règles de fond [4]. Cette observation s'applique à plus forte raison aux autres présomptions, mais là n'est pas l'important. Ce qu'il convient de retenir ici, c'est l'opposition des

[1] *Op. cit.*, p. 74.
[2] « De usu praesumptionis in iure canonico », in *Periodica de re morali canonica liturgica*, t. XXIII, 1934.
[3] *Op. cit.*, p. 74.
[4] *Op. cit.*, p. 94.

règles de preuve et des règles de fond, dont il faut conclure que pour M. Decottignies tout le domaine des preuves, y compris les présomptions, se rattache à la procédure. Le professeur René Morel, dans son *Traité élémentaire de procédure civile* (Paris 1949, par. 468) estime que les divers moyens de preuve et leur admissibilité relèvent du droit de fond, et sont à raison traités dans le Code civil, les formes de l'administration des preuves relevant seules de la procédure. Mais d'autres procéduristes, par exemple le professeur Paul Cuche [1], sont d'un autre avis. Pour eux, les articles 1349 ss C.C. devraient figurer dans le Code de procédure.

Le professeur danois Stefan Hurwitz classe résolument les règles relatives au fardeau de la preuve et les présomptions dans le droit matériel [2]. Les juristes anglo-saxons sont à peu près unanimes à classer toute la « law of evidence », et avec elle les présomptions, dans l'« adjective law », par opposition à la « substantive law » [3]. Certains auteurs insistent cependant sur la difficulté qu'il y a parfois de tracer la limite entre le droit formel et le droit matériel [4]. Jusqu'ici, nous avons vu des juristes attribuer les présomptions soit à la procédure, soit au droit de fond. Mais il en est encore qui cherchent un moyen terme, en particulier dans la doctrine allemande. M^lle^ Loewy, par exemple, fait rentrer les présomptions dans ce qu'elle nomme le « materielles Justizrecht » [5].

B. Devant ce désaccord des auteurs qui ont étudié spécialement les présomptions, les internationalistes privatistes nous tireraient-ils d'embarras ?

— L'opinion dominante sur le continent distingue, dans le droit de la preuve, les règles qui concernent la charge et l'objet de la preuve et les présomptions d'une part, les règles concernant l'administration de sa preuve d'autre part. Les premières sont des dispositions du droit de fond : le droit applicable, en cas de rapport de droit contenant un élément étranger, est la « lex causae ». Les secondes sont des dispositions de procédure : le droit applicable est la « lex fori » [6].

Mais le droit international privé américain fait prévaloir une autre solution. Toute question de procédure est régie par la loi du for, et, dans les questions de procédure, rentrent notamment l'administration de la

[1] *Précis Dalloz de Procédure civile.*

[2] TVISTEMAAL, p. 142-143, cité par MAX SÖRENSEN, *Les sources du droit international.* Thèse de Copenhague, p. 207-208.

[3] E. g. PHIPSON, Manuel cité, p. 1-10.

[4] E. g. G. D. NOKES, *op. cit.*, p. 27.

[5] *Op. cit.*, p. 22.

[6] H. BATTIFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris 1949, par. 726-727; A. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen 1932, p. 411 ss; P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Précis de droit international privé*, Paris 1938, p. 318; VTE POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, 2^e^ éd., 1928, par. 385, p. 513 ss.

preuve, les moyens de preuve et les présomptions, à l'exception toutefois des présomptions « juris et de jure » [1]. Le droit international privé ne fournit donc pas non plus de solution unique.

C. En fait, ces controverses ne sont que le reflet de la difficulté qu'il y a de tracer les limites exactes entre le droit formel et le droit matériel en général, difficulté qu'on ne saurait écarter. Voici cependant ce qu'on peut observer au sujet du problème particulier des présomptions. Une réglementation abstraite des présomptions, comme celle des articles 1349 ss du Code civil français ressortit bien à la procédure. Aussi M. Cuche a-t-il raison de penser qu'elle serait mieux à sa place dans le Code de procédure civile, même s'il ne fait aucun doute que les présomptions sont en étroite relation avec le droit de fond [2]. Quant aux présomptions spéciales, que l'on rencontre dans chaque système de droit, elles sont aussi par nature des règles de procédure qui concernent non les droits eux-mêmes, mais leur exercice en justice. Mais, elles sont à tel point liées aux règles du droit matériel, qu'elles ne se conçoivent pas détachées de lui, du point de vue technique.

Ceci conduit, en droit international privé, aux solutions en fait pratiquées. Si un tribunal doit appliquer une disposition matérielle du droit étranger, à laquelle une présomption spéciale est ordinairement attachée, il doit appliquer aussi la présomption. Sinon, il n'appliquerait pas véritablement le droit étranger. Exemple : En droit suédois, si le lien conjugal est si profondément atteint que la vie en commun en est rendue impossible, le divorce peut être prononcé. Cette impossibilité de continuer la vie en commun est présumée, si les époux sont d'accord pour la reconnaître, et persistent dans leur accord pendant un an [3]. Cette présomption constitue un aménagement du droit de fond qui rend la règle suédoise fort différente de l'article 142 du Code civil suisse. Retenir la règle de fond sans la présomption ne serait pas véritablement appliquer le droit suédois. Par contre s'il s'agit d'appliquer une quelconque règle étrangère, le juge du for n'est pas tenu d'étudier toute la théorie des preuves du droit étranger, ce qui mènerait parfois fort loin. Il applique le droit de la preuve du for, de même que, d'une manière générale, il applique la procédure du for. Ainsi, ayant à appliquer une règle du Code civil français non munie d'une présomption spéciale, le juge anglais peut se dispenser d'étudier la théorie contenue à l'article 1353 de ce code et recourir à des « presumptions of

[1] *Exposé du droit international privé américain*, traduit sous la direction de J. P. Niboyet par P. Wigny et W. J. Brockelbank, Paris 1937, art. 584 ss.

[2] Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, refondu par L. Julliot de la Morandière, t. 1, Paris 1953, par. 114, in fine.

[3] Z. Szirmai, « Divorce by Mutual Consent and after Protracted Separation : Continental Practice, *International and Comparative Law Quarterly*, 2, 1953, p. 72-78.

fact » à la manière dont celles-ci sont régies par la « law of evidence » anglo-saxonne.

Dans ce sens-là, les présomptions sont bien des règles de procédure. Il convient de faire observer à tous ceux qui insistent sur l'influence décisive des présomptions sur le droit de fond, qu'en soi cela ne suffit pas à les exclure de la procédure. Toute règle de procédure a une telle influence, et c'est pour méconnaître ce fait que trop de juristes sous-estiment l'intérêt de cette branche du droit.

8. La classification des présomptions

Les plus anciens théoriciens des présomptions ont déjà tenté de grouper celles-ci en diverses catégories. Leurs successeurs ont continué ces recherches, avec plus ou moins de conviction [1].

Le fruit de ces études consiste dans une grande variété de classifications, dont aucune ne s'impose absolument à l'exclusion de toute autre. Les différences qui séparent quelques-unes de ces classifications peuvent être facilement réduites, soit qu'elles reposent sur une pure question de vocabulaire, sans portée substantielle, soit qu'elles aient pour origine une erreur manifeste. Cependant cette variété est aussi le reflet des divergences doctrinales plus profondes qui caractérisent toute la théorie des présomptions.

Les constatations qui précèdent seraient une raison de s'abstenir de passer en revue les principales classifications des présomptions qui ont été proposées. Mais il est un argument dans l'autre sens. D'aucunes, parmi ces classifications ont eu, heureusement ou malheureusement, un certain succès. Si bien que beaucoup d'auteurs, n'ayant pas à refaire toute la théorie des présomptions mais seulement à étudier un problème particulier de cette théorie, les ont reprises sans les vérifier, et ont même résolu leur problème en fonction d'elles. Tel est en particulier le cas de la distinction des présomptions « juris » (ou de droit, ou légales) d'une part, et des présomptions « hominis » (ou de fait), d'autre part. Cette distinction joue un rôle essentiel dans le seul ouvrage traitant des présomptions en droit international public, celui de M. Cansacchi. A tel point même que les conclusions de cet auteur et sa démonstration n'ont de valeur que si la distinction présomption de droit - présomptions de fait en a une. Or, le bien-fondé de cette distinction est de plus en plus contesté. Récemment

[1] R. Barraine, thèse citée, p. 227-228; Lord Justice Denning, « Presumptions and Burdens », *Law Quarterly Review*, 61, 1945, p. 379; Bridge, « Presumptions and Burdens », *Modern Law Review*, 12, 1949, p. 273; Cockle's, *Cases and Statutes on Evidence*, 8th ed. by L. F. Sturge, London 1952, p. 24; et la critique de cet ouvrage en même temps que celle de l'ouvrage déjà cité de G. D. Nokes, *An Introduction to Evidence*, London 1952, par Mr. P. B. Carter, dans *The Law Quarterly Review*, 69, 1953, p. 255-259.

encore, il l'était par un des juges britanniques les plus éminents : Lord Justice Denning [1]. Il apparaît dès lors utile d'examiner de plus près quelques classifications des présomptions, et surtout celle qui reste la plus fréquemment retenue en doctrine et qui distingue présomptions de droit et de fait.

L'important ouvrage de Menochius : *De praesumptionibus, conjecturiis, signis et indiciis* (Genève, 1688, vol. 1, p. 2 et 3), contient une liste des classifications suggérées par ses prédecesseurs. Ainsi celle de Duaren en présomptions « necessaria, credibilis et verisimilis ». Cette classification prend pour critère le degré de probabilité que le fait présumé corresponde à la réalité. Du point de vue pratique, elle n'est d'aucune aide, sans être même irréprochable au point de vue théorique. S'il y a entre fait connu et fait inconnu un lien de nécessité logique, le passage de l'un à l'autre n'est pas une présomption, mais bien une déduction. Balde indique plusieurs classifications possibles. Il distingue par exemple présomptions « juris et de jure, judiciis, possessionis, ex tempore, hominis, ex consuetudine ». Les termes énumérés par cet auteur ne constituent pas à proprement parler une classification, par manque d'un critère unique. Lorsqu'on parle de présomptions « judicis » ou « hominis », on pense à l'auteur du raisonnement. Parle-t-on de présomption de possession, on envisage le fait présumé, de présomption « ex consuetudine », on insiste sur le fondement de la présomption. Mais Balde présente aussi la distinction présomptions juris - présomptions de fait, dont il faut parler maintenant. Menochius dit que « cette saine division a été reprise par presque tous les auteurs » [2]. Ceci est vrai non seulement pour ses prédécesseurs, mais aussi pour ses successeurs [3]. Les présomptions de droit sont habituellement définies comme « les conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu », comme à l'article 1349 du Code civil français. Les présomptions de fait comme les conséquences que la raison tire logiquement d'un fait connu à un fait inconnu [4].

Quel est le critère de distinction entre les deux catégories. Pour certains auteurs, ces deux types de présomptions n'ont de commun que le nom [5]. Pourtant, le même procédé de raisonnement se trouve dans les présomptions de fait et dans les présomptions de droit, caractérisé par le passage d'un fait connu à un fait inconnu bien que le premier ne constitue pas une preuve du second et qu'il n'y ait pas entre eux de lien de nécessité logique.

[1] Article cité supra, de la *Law Quarterly Review*.

[2] *Op. cit.*, Lib. I, p. 2 et 3.

[3] Les Anglais parlent de « presumptions of law » et de « presumptions of fact », les Allemands de « Rechtsvermuthungen » et de « Tatsachenvermuthungen ».

[4] PHIPSON. Manuel cité, p. 300.

[5] JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris 1939, p. 126-136.

Les auteurs français ont soutenu que les présomptions légales sont des dispenses de preuve, tandis que les présomptions de fait seraient de véritables modes de preuve. Mais cette opinion doit être rejetée aussi, car les présomptions opèrent toutes comme des dispenses de preuve.

On a encore estimé que les présomptions de droit ont un caractère abstrait, tandis que les présomptions de fait ne feraient leur apparition que dans des cas concrets, où elles s'imposent à la logique. Cette idée est sujette à caution. Le fait inconnu, présumé, n'est pas la conséquence logique du fait connu. Il n'est qu'une conséquence probable parmi d'autres, et pas toujours la plus probable. Or, si vraiment la présomption de fait avait un caractère concret, n'était liée qu'à un seul cas, elle ferait intervenir un élément subjectif inadmissible, précisément condamné par l'article 1353 du Code civil français. La présomption de fait ne doit pas être purement et simplement assimilée à l'opération qui consiste à dire, dans un cas concret, lequel de deux faits est le plus probable. Toute appréciation des preuves n'est pas présomption, et il ne faut pas confondre preuve indirecte et présomption. La présomption de fait, comme la présomption de droit, repose sur une vérité d'expérience, c'est-à-dire sur une infinité d'observations dont on se servira pour résoudre un problème particulier. Opposer donc présomption de droit et présomption de fait par le caractère abstrait de l'une et concret de l'autre, c'est ignorer la véritable nature des présomptions.

En fait, le seul critère de distinction valable est indiqué par les termes mêmes dont on se sert. Il réside dans la source des présomptions. Dans un cas, la dispense de preuve est le fait du législateur, dans l'autre, du juge. Mais toutes les présomptions ont un caractère juridique, par leur nature et par leur fonction. De deux choses l'une, ou bien le juge, dans l'estimation des preuves directes et indirectes qui lui sont soumises, se fonde sur de simples probabilités dans la mesure de son pouvoir de libre appréciation, ce qui n'est pas encore présumer; ou bien, pour fixer les faits litigieux, il recourt à une véritable présomption, légale ou de fait, mais toujours juridique. Ici plus que jamais d'ailleurs, il est difficile de percevoir l'exacte limite entre interprétation et création du droit. C'est pourquoi la classification examinée n'est pas utile dans les pays de « Common Law », où presque toutes les présomptions sont de création judiciaire. Les spécialistes américains de la « Law of Evidence », en particulier Thayer [1] et Wigmore [2], critiquent pour cela ceux de leurs collègues britanniques qui « importent » une distinction liée à un système où les sources du droit sont différentes. Pour ces auteurs, les présomptions sont de droit, ou elles ne

[1] *Op. cit.*, p. 339.
[2] *Op. cit.*, vol. 5, p. 450-451.

sont pas des présomptions. Des juristes anglais contemporains partagent cet avis et repoussent cette distinction [1].

Dans les limites indiquées, la distinction entre présomptions de droit et de fait peut être admise, mais il est entendu que les unes et les autres sont des présomptions juridiques. Les présomptions légales au sens strict du mot ne sauraient exister en droit international public. Il n'en résulte pas encore qu'il n'y ait aucune présomption « juris », à caractère obligatoire.

9. La preuve contraire

Jusqu'ici, lorsque nous avons parlé des présomptions « juris et de jure », et de la preuve contraire, nous avons passé sous silence l'une des grandes controverses de la doctrine des présomptions. Cette controverse porte sur la question suivante : Une présomption qu'on ne peut réfuter par la preuve contraire est-elle une véritable présomption ? En d'autres termes, la preuve contraire n'est-elle pas impliquée dans la notion de présomption ?

C'est à répondre à cette question que le présent paragraphe est consacré, en même temps qu'il examine quelques autres problèmes relatifs à la preuve contraire, par exemple celui de savoir quel est l'objet de la preuve contraire, et par quels moyens elle doit être faite.

La présomption est un expédient, un moyen de connaissance anormal, intervenant comme dit M. Barraine, « partout où la certitude s'efface pour laisser place au doute » [2]. Devant les tribunaux, qui doivent se contenter d'une vérité relative, la présomption joue un rôle seulement à l'instant où même cette vérité relative fait défaut. Lorsqu'un fait A existe, elle tient B pour existant, bien que A ne prouve pas B d'une manière directe et nécessaire, bien que par conséquent il soit logiquement concevable que B n'existe pas. Puisque la présomption d'un fait remplace seulement la preuve de ce fait, il est normal qu'elle soit écartée aussitôt que soit la preuve du fait, soit la preuve de son contraire, est disponible. Certains auteurs en concluent que la preuve contraire est impliquée dans la notion même de présomption, que par suite « l'irréfragabilité absolue est pour la présomption une limite qu'elle ne peut atteindre sans cesser d'être elle-même » [3].

Le doyen Wigmore prête à cette opinion l'appui de son autorité. Il voit dans l'expression « présomption irréfragable » ou plutôt dans son équivalent anglais « conclusive presumption » une contradiction dans les

[1] P. B. Carter, note critique dans le LQR 1953, déjà citée; Lord Justice Denning, article cité, qui distingue « provisional », « compelling » et « conclusive presumptions ».

[2] *Op. cit.*, p. 7.

[3] P. Hayoit, thèse citée, p. 74.

termes, et il se fonde sur une décision de l'un des plus grands juges britanniques de tous les temps, Lord Mansfield [1] : « Lorsqu'un fait étant donné, dit Wigmore, un autre fait doit être présumé, de manière absolue, en ce sens que l'adversaire est tout à fait empêché de montrer par des preuves que le second fait n'existe pas, cette règle signifie en réalité, que le premier fait étant prouvé, le second n'importe aucunement. [2] »

L'écrasante majorité des auteurs émettent en tous les cas l'opinion que la possibilité de la preuve contraire est la règle dont les présomptions « juris et de jure » constituent l'exception [3]. L'avis du professeur De Page est plus nuancé [4].

Est-ce commettre une contradiction dans les termes que de parler de présomptions irréfragables ? Tout dépend évidemment de la signification que l'on attache aux termes dont il s'agit. Si l'on définit la présomption comme le raisonnement qui consiste à tirer d'un fait connu des conclusions quant à un fait inconnu, jusqu'à preuve de l'inexactitude de ces conclusions, il y a contradiction dans les termes. Et la définition qui vient d'être donnée est celle qui se rapproche le plus du sens étymologique du mot présomption. Mais le sens généralement employé en droit s'écarte fort du sens premier : la présomption fournit une « vérité », dont on se contente non seulement au commencement du procès, mais encore au moment du jugement, et cela même si la présomption n'a pas été vérifiée dans son exactitude. La présomption est alors beaucoup plus que ce que son nom indique, qu'une vérité initiale et rien n'empêche de la définir par exemple comme le *Vocabulaire critique et technique de la philosophie*, de M. A. Lalande (5e éd., Paris 1947) :

« Action de tenir une affirmation pour vraie jusqu'à preuve du contraire, ou même dans certains cas nonobstant la preuve du contraire » ou comme « une conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu » (Code civil français, article 1349). Cette dernière définition n'implique nullement la possibilité d'une preuve contraire. Il n'y a donc pas de contradiction à l'admettre et à soutenir cependant qu'il y a des présomptions irréfragables.

Il faut cependant approuver l'opinion dominante, pour laquelle les présomptions « juris et de jure » ont et doivent avoir un caractère exceptionnel. Les juges ont en effet une mission pratique, celle de mettre fin à des litiges. Or, ils ne peuvent vraiment parvenir à ce but que s'ils connaissent exactement les faits de la cause. Les preuves directes sont plus aptes à leur fournir cette connaissance que les présomptions. Aussi ces dernières

[1] R. v. ALMON, 5, Bun., 1686-1688.
[2] *Op. cit.*, vol. 5, p. 453-454.
[3] *Répertoire pratique du droit belge*, sous « Preuves », N° 866.
[4] *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2e éd., Bruxelles 1942, t. III, 2e partie, p. 911-1020.

ne devraient-elles entrer en ligne de compte que tant qu'il n'y a pas de moyens de preuves adéquats. A plus forte raison, les présomptions « juris et de jure » doivent être admises très exceptionnellement.

Mais du point de vue théorique, une présomption irréfragable est concevable, sans même qu'il soit nécessaire de l'analyser, un peu artificiellement, en une combinaison d'une présomption avec une interdiction de la preuve contraire comme ont fait MM. Gény et Decottignies [1].

Etant admis que la possibilité de la preuve contraire est la caractéristique habituelle, mais non obligatoire, d'une présomption, quel est l'objet de cette preuve contraire, et comment peut-elle être faite ?

Pour réfuter une présomption, il suffit en principe de prouver, soit l'inexistence du fait présumé, soit l'existence d'un fait quelconque incompatible avec le fait présumé. Mais si, parfois, la règle de droit peut interdire la preuve contraire, elle peut à plus forte raison, limiter celle-ci dans son objet, en requérant la preuve d'un fait déterminé. Ainsi, en droit anglais, est présumée légitime toute personne née d'une femme mariée, pendant le mariage ou dans un délai suivant la dissolution du mariage tel que selon la durée de la gestation [2], le mari puisse être le père. Pour réfuter cette présomption, il faut prouver, soit que le mari n'a absolument pas pu avoir de rapports sexuels avec sa femme (« evidence of non access »), soit que bien que les époux aient pu cohabiter, il est peu probable qu'ils aient eu des relations sexuelles [3]. L'exemple cité est intéressant en ce que ni le mari, ni la femme n'étaient admis à fournir l'« evidence of non-access » pour prouver l'illégitimité d'un enfant né pendant le mariage [4]. Cette limitation fut toutefois abrogée par une loi de 1949 [5].

Tous les moyens sont ordinairement admissibles pour faire la preuve contraire. La doctrine française estime à juste titre que l'on peut notamment recourir à des présomptions de fait [6].

Les auteurs anglo-américains sont également d'avis qu'une présomption peut être réfutée par une autre présomption. Ils apparaissent toutefois divisés au sujet d'une question qui fera l'objet d'un paragraphe spécial, celle des conflits de présomptions [7].

[1] F. Gény, *op. cit.*, t. III, p. 296-300; R. Decottignies, *op. cit.*, p. 92.

[2] Ce délai n'est pas fixé légalement en Angleterre.

[3] Knowle's, *Evidence in Brief*, p. 80-81; E. Jenks, *The First Book of English Law*, 4th ed., repr. 1947, p. 293-299.

[4] Cf. la célèbre affaire *Russel-Russell* (1924), A. C. 687.

[5] « *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* », 1949, Section 7; F. T. Giles, *The Magistrates' Courts*, London 1951, p. 204-205.

[6] *Répertoire pratique de droit belge*, 1951, « Preuves », N° 1, 867; *Pandectes Belges*, t. 79, col. 837, note 116; contra : l'opinion isolée de Toullier, *Traité de droit civil*, t. X, N° 63.

[7] Phipson, Manuel cité, p. 300; *Model Code of Evidence*, Rule 704; J. H. Wigmore, *op. cit.*, vol. 5, p. 454-455.

On peut se demander enfin quel doit être le quantum de la preuve contraire pour que la présomption soit écartée. Cette question n'a pas fait l'objet d'études théoriques sur le continent européen : le juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation en ces matières. Il n'en est pas de même aux Etats-Unis, où il y a des controverses à ce sujet entre les auteurs et entre les Cours [1]. M. Helman groupe sous quatre rubriques les réponses données à ce problème qu'il estime les plus importantes :

a) Selon une première théorie, celle de *James Bradley Thayer*, le seul effet de la présomption est de mettre le fardeau de la preuve à la charge de celui qui prétend que le fait présumé n'existe pas.

b) Selon la *Cour suprême de l'Etat de Washington*, l'existence du fait présumé doit être admise, à moins que des preuves soient apportées, justifiant le jury à conclure à sa non-existence. Si ces preuves sont apportées, le jury doit tenir le fait présumé pour inexistant. S'il y a des indices de la non-existence du fait présumé, celui-ci doit être prouvé comme s'il n'y avait pas de présomption.

c) Selon la *Cour de Californie*, l'existence du fait présumé doit être admise, à moins que des preuves ne soient apportées, qui fassent apparaître l'inexistence aussi probable que l'existence.

d) Enfin, selon la *Cour suprême de Pennsylvanie*, l'existence du fait présumé doit être retenue, à moins que l'inexistence ne soit rendue *plus* probable par les preuves administrées. C'est la règle dont M. Morgan recommanda l'adoption à l'American Law Institute, pour le « Model Code of Evidence », mais elle fut repoussée.

Ce problème ne doit pas être minimisé, mais aucune théorie ne saurait lui fournir une solution définitive. Il se résout, en effet, dans le for intérieur du juge, et dépend, outre de sa méthode, de son tempérament et de beaucoup d'autres facteurs incontrôlables. Le fait qu'une présomption est une dispense de preuve incite à préférer la règle pennsylvanienne. Le juge doit tenir le fait présumé pour existant, au départ.

Il apprécie ensuite, sans se soucier de la présomption, si la non-existence du fait présumé (ou bien l'existence d'un fait contraire) est prouvée. S'il est convaincu par les preuves, la présomption doit être écartée. S'il doute de la non-existence du fait présumé, il ne doit tenir compte que de la présomption. Certes, l'existence du fait présumé doit être retenue à moins que l'inexistence ne soit rendue plus probable par les preuves administrées (règle pennsylvanienne). Mais il n'est pas nécessaire de mesurer le degré de probabilité sur lequel la présomption se fonde. La présomption apparaît au juge comme une règle de droit, dont il n'a pas à mettre en cause la validité.

[1] E. M. MORGAN, Préface au *Model Code of Evidence*; S. J. HELMAN, article cité de la *Canadian Bar Review*.

10. Les effets des présomptions

A plusieurs reprises, les effets des présomptions ont été évoqués de manière indirecte, en particulier à propos de la distinction entre les présomptions-preuves et les présomptions-concepts [1], des rapports entre les présomptions et les preuves proprement dites [2] ou encore du quantum de la preuve contraire [3]. Il convient ici de présenter ces effets d'une manière systématique, qui permette de les saisir dans leur ensemble :

a) *Effets des présomptions au cours de l'administration des preuves :* Les présomptions exercent d'abord leur influence sur l'objet de la preuve. Alors que normalement tout fait invoqué devant le tribunal doit être dûment établi, la présomption reporte les preuves à fournir sur un autre fait, ou d'autres faits, que le fait présumé, « elle change les éléments de fait à démontrer » [4]. De plus, elle modifie le sujet de la preuve. Normalement, il incombe à qui invoque un fait à l'appui de sa cause de l'établir (« ei qui dicit incumbit probatio » — « ei qui affirmat, non ei qui negat, incumbit probatio »). Mais le fait présumé peut être invoqué sans être prouvé : à celui auquel il porte préjudice de prouver son inexistence [5]. On résumera ces effets en disant que les présomptions déplacent le fardeau de la preuve (« shift the burden of proof ») [6].

b) *Effets des présomptions au moment du jugement :* « Les présomptions peuvent retrouver toute leur importance à la fin de la procédure probatoire, en particulier lorsque les preuves apportées sont étriquées, non concluantes. [7] » On peut imaginer un jugement rendu sur la seule base d'une présomption lorsque le fait présumé est le seul que le juge puisse retenir : La partie qui a invoqué la présomption gagne alors le procès, tandis que l'autre, si elle n'a pas su faire la preuve contraire, le perd. Lorsqu'on a spécialement en vue cet effet des présomptions, on dit qu'elles transfèrent le fardeau de la persuasion (« shift the burden of persuasion ») [8].

c) *Effets des présomptions en ce qui concerne les parties :* La présomption avantage une des parties. Par là, elle est un obstacle pour son adversaire. Cet aspect des présomptions explique pourquoi elles ont et doivent avoir un caractère exceptionnel. Il ne faut pas conclure cependant que la présomption dispense de toute activité celui qu'elle favorise.

[1] Par. 4.
[2] Par. 5.
[3] Par. 9 *in fine*.
[4] F. Gény, *op. cit.*, t. III, p. 279.
[5] Cockle's, *op. cit.*, p. 4 ss.
[6] Phipson, Manuel cité, p. 26.
[7] Cockle's, *op. cit.*, p. 24.
[8] J. B. Thayer, *op. cit.*, p. 337 ss; Phipson, Manuel cité, p. 297.

« Lorsque la loi dit que la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe, cela ne signifie pas que le demandeur n'ait qu'à citer le texte de loi qui établit la présomption. [1] » L'existence des faits qui font surgir la présomption, c'est-à-dire du fait connu, doit d'abord être prouvée [2]. Ensuite la partie en faveur de laquelle la présomption existe doit, lorsque cette présomption est « juris tantum », prévoir l'éventualité où son adversaire parviendrait à faire la preuve contraire. Elle est bien inspirée de parer à cette éventualité en offrant tous les moyens de prouver le fait présumé dont elle dispose. L'observation de M. Sandifer [3] selon laquelle toute personne qui se contente d'invoquer une présomption devant un tribunal international, au lieu de faire valoir des moyens de preuve, le fait à ses risques est également valable en droit privé.

d) *Effets des présomptions en ce qui concerne le tribunal :* A certains égards les présomptions rendent la tâche du juge plus aisée; à d'autres égards, elles la compliquent. Elles la facilitent sans aucun doute dans la mesure où elles lui permettent de trancher des cas indécis par une solution qui ne s'embarrasse pas de l'inextricable complication des faits ou de l'insuffisance des preuves administrées. La présomption s'impose au juge comme une règle de droit. Elle coupe court à tout scrupule quant à l'acceptation de l'existence ou de l'inexistence du fait présumé. La preuve contraire, lorsqu'elle est administrée, ne fait pas échec à la présomption en soi, mais elle montre seulement que, « in specie », elle est erronée [4]. Le juge n'a pas à s'interroger sur la mesure de probabilité contenue dans telle ou telle présomption. « Peu lui importe la valeur scientifique ou le degré de vérité inclus dans la présomption. [5] » Il s'agit d'un procédé technique destiné avant tout à permettre une décision. En cela, la présomption facilite la tâche du juge. Mais, le même procédé peut être envisagé sous un autre aspect. Le système de la libre présentation et de la libre appréciation des preuves prévaut de plus en plus sur celui des preuves légales [6]. Une évolution identique se produit même en droit anglais, où la procédure probatoire est le plus minutieusement réglée [7]. Or, les présomptions constituent bien, en un sens, un « vestige de la preuve légale » [8]. Elles maintiennent un élément technique où, ordinai-

[1] *Pandectes Belges*, vol. 79, col. 831, v. « Présomptions », 83.

[2] BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil.* « Des Obligations », t. IV, N° 2659, 3e éd., Paris 1908; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, 2e partie, p. 924.

[3] D. V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, Chicago 1939, p. 100.

[4] H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, 2e partie, p. 913.

[5] J. DABIN, *op. cit.*, p. 238.

[6] J. MEISSNER, *Zum Prinzip der freien Beweiswürdigung*, Festgabe von Liszt, Berlin 1911, p. 168-187.

[7] H. A. HAMMELMANN, note in *The Modern Law Review*, 16, 1953, p. 256-257.

[8] R. MOREL, *op. cit.*, N° 470.

rement le juge peut s'en remettre à son bon sens et à son expérience des choses.

e) Les *effets immédiats des présomptions* sont ceux qui ont déjà été observés : déplacement du fardeau de la preuve et du fardeau de la persuasion, faveur accordée à l'une des parties, possibilité pour le juge de prendre une décision dans une situation incertaine.

f) Mais les présomptions ont toujours des *effets plus lointains*, qui sortent du cadre de la procédure. On a pu dire des présomptions qu'« *elles* font toujours un détour par le principe » [1]. C'est qu'elles servent toujours un but, lié en dernière analyse aux principes qui sont à la base de tout droit. Il n'est pas indifférent que nous trouvions, dans la plupart des systèmes de droit occidentaux, des présomptions relatives à la possession, à la filiation. Dans un paragraphe consacré à la justification des présomptions, il faudra chercher quelques-unes des raisons d'être des présomptions.

11. Les conflits de présomptions

De nombreux auteurs traitent de la question des conflits de présomptions. Cependant les incidences pratiques de cette question sont à peu près nulles, et la doctrine lui a donné une ampleur qu'elle ne mérite pas [2]. Certains juristes prétendent même qu'un conflit de présomptions est une chose inconcevable [3]. Il suffira donc d'examiner brièvement ce que l'on entend par conflit de présomptions et de rechercher si un tel conflit est possible. Rappelons que Menochius, exposant les différences séparant les présomptions des fictions, souligne en particulier qu'il peut y avoir soit un concours, soit un conflit de présomptions, mais que conflit ou concours de fictions ne se peuvent imaginer [4].

Nous sommes en présence d'un concours de présomptions, lorsque, dans une espèce déterminée, il se trouve deux présomptions pour établir le même fait litigieux. L'éventualité existe, encore qu'elle se réalisera rarement, mais elle ne pose aucun problème. Pour que le fait présumé soit écarté, il faudra apporter la preuve contraire aux deux présomptions. On peut imaginer l'exemple suivant : La question se pose, devant une cour anglaise, de savoir si A et B sont légalement mariés. A et B prouvent qu'ils ont cohabité un certain nombre d'années. Ce fait constitue le

[1] Jhering, *Rôle de la volonté dans la possession*, trad. de Meulenaere, p. 903, cité par M. R. Decottignies, *op. cit.*, p. 10.

[2] W. Gautschi, *Beweisfreiheit und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen*, Zurich 1913, p. 6.

[3] J. H. Wigmore, *op. cit.*, t. 5, p. 454-455.

[4] *Op. cit.*, p. 13-14.

« basic fact » d'une présomption de mariage valide, applicable dans toutes les affaires où le mariage est une question préjudicielle. A et B apportent en outre quelques indices suivant lesquels ils ont passé par une sorte de cérémonie de mariage : ceci est le « basic fact » d'une autre présomption de mariage valide, cas particulier de la règle *omnia rite praesumuntur esse acta*. Nous avons affaire à un concours de présomptions. Celui-ci appuie si fortement la thèse que A et B sont légalement mariés que le juge peut présumer que toutes les autres formalités ont été remplies, par exemple l'octroi d'une licence spéciale si elle était nécessaire [1].

Le cas du concours de présomptions doit être distingué du cas où le « basic fact » d'une présomption consisterait dans un groupe de faits, par ex. x et y. Le fait présumé ne peut alors être tenu pour existant que lorsque x et y sont réunis, au lieu que s'il s'agissait d'un concours, la présence soit de x, soit de y, suffirait à faire surgir la présomption. Lorsque l'article 1353 du Code civil français exige que les présomptions de fait soient « graves, précises, concordantes », il demande en réalité que le « basic fact » des présomptions du juge consiste dans plusieurs faits. A ce propos, la jurisprudence française et belge, contre la lettre de l'article 1353, et surtout en dépit du mot « concordantes » admet qu'il n'y ait qu'un seul fait [2].

Il y a conflit de présomptions (« conflicting presumtions ») lorsque le fait présumé d'une présomption est incompatible avec le fait présumé d'une autre présomption, applicable à la même situation de fait [3]. M. Morgan, dans sa préface au *Model Code of Evidence*, donne l'exemple suivant : A et B sont passés par une cérémonie de mariage, suivie de cohabitation, en 1938. A avait épousé C en 1930. La question se pose de savoir si A et B sont mariés. Le juge anglo-américain voit alors deux présomptions entrer en conflit : une présomption de validité du mariage de A et B; une présomption de continuation du mariage de A et C [4].

Les opinions divergent sur la manière dont il convient de traiter pareils cas. Pour certains auteurs, les présomptions en conflit s'annulent les unes les autres [5]. Il faut administrer la preuve des faits litigieux comme s'il n'y avait aucune présomption. Pour d'autres, il n'y a pas vraiment conflit, mais seulement renversements successifs du fardeau de la preuve [6].

Les deux opinions peuvent être défendues. Parfois, une présomption apportera la preuve contraire de l'autre. Il s'agit bien alors de renverse-

[1] Piers v. Piers (1849), 2, H. L. C. 331; KNOWLE'S, *op. cit.*, p. 83.
[2] Cour de cassation de Belgique. Arrêts du 23 avril 1914 — Pasicrisie 1914, I, p. 191 — et du 29 février 1919 — Pasicrisie 1919, I, p. 72.
[3] *Model Code of Evidence*, article 701, ch. 3.
[4] COCKLES, *op. cit.*, 8th ed., London 1952, p. 23-27.
[5] PHIPSON, Manuel cité, p. 27 et 300; R. v. WILLSHIRE, 7, QBD, p. 366.
[6] J. H. WIGMORE, *op. cit.*, vol. 5, p. 254-255.

ments successifs du fardeau de la preuve, et non de conflit. D'autres fois, ainsi dans l'exemple cité, les deux présomptions sont incompatibles, et par suite s'annulent. Point n'est besoin d'insister davantage sur une question qui ne saurait se poser que rarement dans la pratique.

12. La justification des présomptions

Jusqu'ici, lorsqu'il fallait indiquer le fondement des présomptions, nous insistions surtout sur l'idée de probabilité. Et lorsqu'il s'agissait de justifier le recours à une simple probabilité, en lieu et place de la vérité, il est vrai relative, qu'exige les tribunaux, nous invoquions en particulier la difficulté que les parties éprouvent en certaines espèces à réunir les preuves nécessaires, la complication extraordinaire de certaines situations de fait. Ces motifs sont cependant insuffisants.

Le degré de probabilité sur lequel les présomptions sont fondées est infiniment variable. Parfois cette probabilité vaut la connaissance à laquelle parvient le juge embarrassé par des témoignages nombreux et contradictoires [1]. Mais parfois aussi elle est très faible. « En principe, dit M. Dabin, il n'y aurait lieu de présumer que le probable, c'est-à-dire, ce qui est vrai d'une manière générale, selon l'expérience habituelle... En fait, nombre de présomptions de droit s'expliquent moins par leur exactitude théorique, c'est-à-dire par le nombre de cas où elles ont chance de correspondre à la vérité, que par leur utilité pratique, ce qui ne les empêche pas de cadrer avec l'idée formelle de présomption. [2] »

En fait, il n'est pas de présomption sans une intervention de la volonté, qui peut être celle du législateur ou celle de juge (ceci dit sans entrer dans le problème de savoir s'il peut être une connaissance quelconque sans intervention de la volonté [3]). La présomption fait disparaître l'incertitude dans la mesure où la volonté l'écarte. Or, la volonté du législateur (et celle du juge) se veut guidée par la raison, par le sentiment de la justice, par l'équité. Elle fuit l'arbitraire. Les présomptions ont par suite à leur origine des motifs liés à la fonction même du droit. Elles sont attachées à la poursuite de certains buts, à la réalisation de certains principes juridiques. Par justification des présomptions, il faut entendre la recherche de la motivation profonde des présomptions. Il s'agit en quelque sorte d'une interprétation téléologique des présomptions. Il n'est possible d'indiquer ici que quelques-uns des motifs à la base des présomptions,

[1] R. Savatier, *Cours de droit civil*, t. II, Paris 1944, p. 295.
[2] *Op. cit.*, p. 238.
[3] Cardinal Mercier, *Critériologie générale ou théorie générale de la certitude*, 8e éd., Louvain 1923.

les plus généraux. Au fond, chaque présomption trouve sa justification propre et pourrait faire l'objet d'une étude à part. « Les présomptions légales, extrêmement nombreuses dans notre droit privé, obéissent d'ailleurs, lorsqu'on les étudie séparément, aux buts les plus divers, toujours défendables et toujours éminemment utiles. [1] » Pour les présomptions codifiées, on trouvera d'ailleurs ces études spéciales dans les grands commentaires de droit civil.

a) L'extrême difficulté qu'il y a, en certaines affaires, à se procurer des moyens de preuve adéquats reste une des justifications les plus fréquentes des présomptions. Elle en constitue le motif originaire. La présomption intervient véritablement alors à défaut de preuve. Elle tolère toujours la preuve contraire, puisque l'administration d'une preuve fait disparaître sa raison d'être. Elle veut simplement « substituer la certitude légale à l'incertitude concrète » [2], suppléer à « l'impossibilité de saisir les faits dans leur matérialité précise » [3]. Ces présomptions sont appelées à diminuer en nombre : Le progrès scientifique, l'intensité croissante des relations internationales, le perfectionnement des moyens de communication réduiront le nombre de cas où il est difficile, voire impossible, de se procurer des preuves directes. Parmi les présomptions qui trouvent leur justification dans une difficulté de preuve, il y a par exemple les présomptions relatives aux absents, aux comourants, certaines présomptions de responsabilité. La règle « pater est is quem nuptiae demonstrant », à laquelle certains auteurs contestent aujourd'hui la qualité de présomption [4] était fondée à l'origine sur des raisons analogues.

b) D'autres présomptions ne sont pas justifiées par la difficulté d'apporter des preuves, mais par le désir d'empêcher que certaines preuves ne soient produites, par exemple pour éviter un scandale [5]. Elles interdisent la preuve plus qu'elles n'en dispensent. Bien souvent, dans ces cas, les présomptions sont irréfragables, ou du moins la possibilité de faire la preuve contraire est limitée quant au sujet et quant à l'objet. Ce genre de présomptions tend également à diminuer en nombre. Pourquoi ? Une première raison tient à l'évolution générale de la procédure. Ferri signalait quatre phases dans l'évolution de la procédure probatoire : 1. la phase primitive où le juge se contente d'impressions au lieu de preuves; 2. la phase religieuse, où l'on fait intervenir la divinité pour désigner le coupable (ordalies, jugement de Dieu, duel judiciaire); 3. la phase légale; 4. la phase sentimentale de l'intime conviction, tombant

[1] H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, 2e partie, p. 923.
[2] *Ibid.*
[3] F. GÉNY, *op. cit.*, t. III, p. 287-296.
[4] R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, p. 51.
[5] R. SAVATIER, Cours cité, t. II, p. 278.

dans un excès opposé [1]. C'est un fait qu'aujourd'hui nous sommes attachés au système de l'intime conviction, de la libre appréciation des preuves par le juge, à qui nous faisons confiance. Il en résulte une attitude réticente à l'égard des présomptions qui excluent ou limitent la preuve contraire en général. Il est une autre raison : parmi les présomptions fondées sur la nécessité d'éviter un scandale, plusieurs correspondaient à une certaine difficulté de preuve (ainsi en matière de filiation). Quel est aujourd'hui le plus grand scandale : que X prouve qu'il n'est pas le père de l'enfant de sa femme, ou qu'on lui interdise de faire cette preuve, lorsqu'elle offrirait des garanties scientifiques ? La question peut être débattue, et c'est pourquoi le « Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act. 1949 », dont il a déjà été parlé, permet aux prétendus parents d'un enfant de participer à la preuve qu'ils n'ont pas eu de relations sexuelles, ce qui leur était autrefois interdit.

c) Parfois les présomptions sont fondées sur la volonté de favoriser certains justiciables, sur une idée de protection des faibles [2]. Il peut s'agir d'une faiblesse naturelle, comme celle des femmes, des enfants, ou d'une faiblesse économique, comme celle de l'ouvrier par rapport au patron, de l'assuré par rapport à l'assureur (la faiblesse est elle-même présumée dans ces cas). Aussi trouverons-nous la plupart de ces présomptions dans le domaine des régimes matrimoniaux, du travail, des assurances, etc. La faiblesse économique est le fondement de nombreuses présomptions d'origine récente : présomption qu'un accident survenu à un ouvrier pendant ses heures de travail, dans des circonstances difficiles à établir, a été causé par le travail; présomption qu'un ouvrier engagé sans certificat médical était en santé au moment de l'engagement, etc.

d) Les présomptions peuvent aussi servir à la protection de certaines institutions juridiques. L'exemple le plus net à cet égard est celui de la possession [3]. La présomption se révèle un moyen efficace de réaliser certains principes. Elle assure la « meilleure praticabilité du droit » [4].

Il serait facile de multiplier les buts que les présomptions permettent d'atteindre. M. Gény montre encore comment les présomptions peuvent « mieux assurer le jeu des volontés autonomes », « affermir le principe des fautes » et « couper court à des fraudes trop faciles à dissimuler » (*loc. cit.*). M. De Page observe qu'elles peuvent « assurer d'une manière décisive la protection de certains états de choses considérés comme d'ordre public

[1] E. FERRI, *Sociologia Criminale*, 4e edizione, Torino 1900, p. 762, cité par G. VIDAL et J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 7e éd., Paris 1928, p. 849.

[2] F. GÉNY, *op. cit.*, t. III, p. 287-296; R. SAVATIER, *op. cit.*, loc. cit.

[3] F. GÉNY, *loc. cit.*; R. SAVATIER, *loc. cit.*; R. VON IHERING, *Le rôle de la volonté dans la possession*, trad. MEULENAERE, p. 109.

[4] H. DE PAGE, *op. cit.*, t. III, 2e partie, p. 923.

(par exemple autorité de la chose jugée) ou d'intérêt social supérieur » (présomption de paternité ou de captation) (*loc. cit.*). La justification des présomptions se confond en dernière analyse avec celle de toute règle de droit. Mais il faut signaler encore que certaines présomptions sont de véritables postulats de l'ordre juridique. (C'est la raison pour laquelle certains auteurs refusent de les mettre sur le même pied que les présomptions de nature purement probatoire). A cette catégorie appartiennent en particulier la présomption selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi » et la règle de l'autorité de la chose jugée : « res judicata pro veritate habetur ». Il s'agit véritablement là de présomptions axiomatiques.

13. Les sources des présomptions

L'expression « sources du droit » est employée dans des sens différents, non seulement en droit des gens, mais dans n'importe quel ouvrage juridique. Nous prenons ici le mot source dans le sens formel que lui assigne le prof. Briggs [1] de méthode de création. Nous rechercherons dans ce paragraphe de quelle activité les présomptions de droit sont le résultat. S'agit-il d'une activité déployée par le législateur, par le juge, par les auteurs de la doctrine ?

Les problèmes examinés dans les paragraphes précédents sont propres à tous les systèmes de droit occidentaux. Les solutions proposées sont par suite valables aussi dans ces divers systèmes. A priori, il ne saurait en être ainsi en ce qui concerne les sources des présomptions. C'est la raison pour laquelle nous examinerons séparément la question des sources au regard de deux systèmes : le système français et le système anglais. Ce choix s'impose. Le droit anglais est celui où les présomptions sont les plus nombreuses. Le droit français a en quelque sorte codifié la théorie générale des présomptions, et contient une jurisprudence et une doctrine volumineuses au sujet de cette théorie.

A. *Les sources des présomptions en droit français.* Les textes du Code civil sont formels. Les présomptions légales sont celles qu'établit la loi, comme le nom l'indique. Le juge ne peut recourir qu'à des présomptions de fait, graves, précises, concordantes, auxquelles on nie tout caractère juridique. Il faut donc bien conclure : la loi est en France la seule source des présomptions de droit. Cette conclusion si rapidement atteinte devrait être qualifiée d'opinion dominante, si l'on consultait seulement les auteurs qui, au milieu d'un grand commentaire de droit civil, traitent incidem-

[1] H. W. Briggs, *The Law of Nations*, Cases, Documents and Notes, 2nd ed., London 1953, p. 44.

ment des présomptions [1]. Mais d'autres auteurs français, et parmi eux des spécialistes des présomptions, émettent une opinion différente [2]. M. Gény fait valoir des arguments d'ordre pratique et théorique à l'appui de la thèse selon laquelle le juge et même la doctrine peuvent créer des présomptions au sens de l'article 1350 du Code civil, c'est-à-dire des présomptions légales, qu'il vaudrait mieux pour cette raison appeler présomptions de droit. Du point de vue pratique, il relève que certaines présomptions édictées par la loi en vue de situations bien déterminées ont été étendues par une sorte de nécessité de fait à des situations voisines [3]; que parfois une présomption est étendue par la suppression d'une condition mise à son emploi [4]; que parfois la jurisprudence a créé des présomptions de droit [5].

Du point de vue théorique, il insiste sur deux faits :

a) Admettons que la loi soit l'unique source des présomptions de droit. — Le juge suppléera à l'inexistence de telle présomption dans un cas déterminé, en recourant, grâce à son pouvoir discrétionnaire, à une présomption de fait équivalente. *b*) Les auteurs selon lesquels la loi est l'unique source des présomptions de droit sont ceux qui, d'une manière générale, estiment que le droit civil tout entier se trouve dans le Code [6].

Aussi M. Gény n'hésite-t-il pas à conclure qu'« à défaut de sources formelles, la doctrine et la jurisprudence, procédant par la voie de la libre recherche scientifique, restent fondées, dans la mesure de leur autorité propre, à suppléer aux lacunes que la pratique révélerait sur ce point », et il n'aperçoit « aucune raison décisive pour limiter ces solutions à des présomptions « juris tantum », c'est-à-dire admettant la preuve contraire » [7]. De son côté, M. Decottignies admet la création de présomptions obligatoires pour le magistrat en dehors de l'intervention du législateur, et il observe que les exemples sont nombreux en droit anglais [8]. Cette

[1] ARNTZ, *Cours de droit civil*, t. III, N° 397; V. THIRY, *Cours de droit civil*, t. III, N° 159; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XIX, N° 608; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, vol. 130, 4e éd., 1869-1870, N°s 251-252; *Pandectes Belges*, t. 79, col. 820-821.

[2] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., Paris 1921, p. 6; F. GÉNY, *op. cit.*, III, p. 314; R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, p. 296.

[3] E. g. les présomptions légales sur la durée de la gestation, formulées exclusivement en vue de l'établissement de la filiation légitime, ont été appliquées à la preuve de la filiation naturelle, *loc. cit.*, p. 320.

[4] E. g. la remise *volontaire* par le créancier au débiteur n'a pas besoin d'être établie pour que le débiteur bénéficie d'une présomption de libération, *loc. cit.*, p. 320.

[5] E. g. pour couvrir la régularité formelle des jugements, l'assistance continue aux diverses audiences des magistrats mentionnés dans l'arrêt ou le jugement est présumée, *loc. cit.*, p. 322; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, « Obligations », en collaboration avec P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, Paris 1931, p. 882-901.

[6] *Op. cit.*, p. 327.

[7] *Op. cit.*, p. 330.

[8] *Op. cit.*, p. 296-297.

opinion « dissidente » met particulièrement en lumière le caractère défectueux de la réglementation des présomptions dans le Code civil français. Sans aucun doute, le juge a le pouvoir de créer des présomptions de droit. Encore une fois, nous sommes ici dans un domaine où la limite entre la création du droit et l'application du droit est incertaine. Les rédacteurs du Code civil ont été mal inspirés lorsqu'ils ont opposé les présomptions de la loi et celles du juge, d'autant plus qu'ils niaient tout caractère juridique aux secondes et les faisaient rentrer dans une définition si large qu'elle contient tous les moyens de preuve indirecte, tous les indices [1].

Pour avoir une idée exacte des présomptions en France, il faut interpréter l'article 1353 comme visant la preuve indirecte, et non les présomptions en tant que règles de droit correspondant à une notion de technique juridique déterminée. Ces dernières sont envisagées par l'article 1350, auquel il convient de donner l'interprétation large proposée par Gény, puisqu'il n'y a pas entre les présomptions légales et les présomptions judiciaires de différence de nature [2]. Mais cette interprétation force considérablement la lettre de l'article en question, et il est compréhensible que des auteurs qui n'appartiennent pas tous à la tendance exégétiste hésitent à l'adopter.

B. *Les sources des présomptions en droit anglais.* Le problème est plus aisé ici qu'en droit français, car les auteurs reconnaissent tous que les sources des présomptions sont les mêmes que les sources du droit anglais en général. Sans doute, assez récemment d'ailleurs, la doctrine avait-elle cru bon d'importer la distinction présomptions légales - présomptions de fait telle qu'elle est faite sur le continent. Cette distinction se justifiait moins encore dans un système de droit de création essentiellement judiciaire [3]. Aussi est-elle à nouveau écartée aujourd'hui. Mais, de toute manière, elle n'a pas eu d'influence sur la question examinée ici.

Les sources du droit anglais consistent dans le droit judiciaire (Common Law, Law Merchant, Equity), le droit coutumier et le droit statutaire, c'est-à-dire la législation [4]. Nous pouvons négliger le droit coutumier dont la sphère est fort restreinte. En ce qui concerne les autres sources, un certain nombre de présomptions sont rattachées à chacune d'elles [5].

En voici quelques exemples : la présomption d'innocence [6], celle de

[1] La doctrine anglo-américaine ne confond pas « circumstantial evidence » et « presumptions »; cf. W. WILLS, *Circumstantial Evidence*, 6th ed., London 1912.

[2] R. BARRAINE, thèse citée, p. 128.

[3] J. H. WIGMORE répudie une distinction « issue de la phraséologie de l'Ancien Continent », *op. cit.*, t. V, p. 453-454; cf. aussi DENNING, L. J., in *Law Quarterly Review*, 61, 1945, p. 379.

[4] R. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, en collaboration avec H. C. GUTTERIDGE et B. A. WORTLEY, Paris 1948; HOOD-PHILLIPS, *A First Book of English Law*, etc.

[5] COCKLE'S, *op. cit.*, p. 24.

[6] Williams v. East India Co., K. B. 1802.

santé mentale, celle de la régularité des actes [1] tirent leur origine de la Common Law. Une présomption très importante, selon laquelle la remise gratuite de biens est fondée sur un trust, tire son origine de l'Equity. Les présomptions statutaires augmentent en nombre. Parmi les plus fréquemment utilisées : la présomption de mort [2], la présomption de validité des documents datant de vingt ans [3], la présomption d'irresponsabilité des enfants et des adolescents [4].

Partis de l'idée qu'il n'est pas possible d'étudier le problème des sources des présomptions d'une manière générale, valable pour tous les temps et pour tous les systèmes, nous arrivons cependant à la conclusion suivante, applicable aussi bien au droit français qu'au droit anglais, et dont nous n'avons aucune raison de croire qu'elle ne le serait pas à d'autres systèmes : Les sources des présomptions sont les sources mêmes du droit en général. Où le législateur prend le premier rang dans la création du droit en général, la plupart des présomptions de droit se trouvent dans la loi; où le juge tient la première place, elles sont plutôt de création judiciaire. Aucune source n'exclut cependant les autres.

14. Résumé des paragraphes précédents

1. C'est pour deux raisons surtout que nous avons exposé la théorie des présomptions dans ses grandes lignes avant d'examiner spécialement les présomptions en droit international public. Premièrement, malgré le désir d'éviter tout a priorisme dans cette étude, les solutions données aux nombreuses controverses de la doctrine des présomptions en général exerceront nécessairement une certaine influence sur elle. Deuxièmement, une révision des idées reçues à l'aide de la doctrine de plusieurs pays s'imposait.

2 et 3. Les présomptions sont apparues comme un procédé de raisonnement consistant à tirer d'un fait connu des conclusions quant à un fait inconnu, alors même qu'il n'y aurait pas entre les deux faits un lien de nécessité logique. Ce raisonnement se fonde sur une vérité d'expérience, sur une probabilité. Force est bien de constater cependant qu'à elle seule l'idée de probabilité ne suffit pas à justifier une manière de raisonner anormale, éloignée de la vérité. La présomption suppose une intervention de la volonté qui supplée aux insuffisances de la logique.

[1] Berryman v. Wise, K.B. 1791.
[2] Matrimonial Causes Act 1950, section 16.
[3] Evidence Act 1938, section 4.
[4] Children and Young Persons Act 1933, sections 4, 50, 99.

4 et 5. Si ce procédé de raisonnement intéresse le juriste, c'est parce qu'il peut être utilisé à des fins législatives (fonder des règles de droit matériel) (présomptions-concepts) et à des fins judiciaires (dans la mesure où il intervient dans le domaine de la preuve) (présomptions-preuves). Les auteurs ont surtout étudié cette seconde possibilité d'utilisation, à propos du droit privé. La présomption doit être définie alors comme la règle de droit prescrivant au juge de tenir tel ou tel fait inconnu pour existant, lorsqu'il se trouve en présence de tel autre fait connu. Elle opère comme une dispense de preuve, et non pas comme un mode de preuve, qu'elle émane de la loi ou du juge. C'est dire que les faits présumés, comme les faits notoires et les faits admis par les parties n'ont pas à être prouvés.

6. Les présomptions se distinguent des fictions par le fait qu'elles sont utilisées à des fins probatoires, et par le fait qu'elles ne tiennent pas pour vrai ce qui est faux, mais ce qui est probablement vrai. Bien qu'elles déplacent le fardeau de la preuve, les présomptions se distinguent également des règles relatives au fardeau de la preuve par un effet positif que ces dernières n'ont pas. Elles permettent au juge de prendre en considération un fait non démontré.

7. Les présomptions relèvent par elles-mêmes de la procédure et non du droit de fond. Elles exercent cependant une telle influence sur l'application des règles de droit matériel auxquelles elles sont attachées qu'on ne saurait les en séparer.

8. Plusieurs classifications des présomptions ont été proposées, dont la plus importante est la distinction entre les présomptions de la loi et celles du juge. Par nature, l'une et l'autre sortes sont identiques. Le juriste ne s'intéresse qu'aux présomptions de droit. Parmi les présomptions dites de fait, envisagées par l'article 1353 du Code civil français, certaines sont de véritables présomptions « juris », d'autres sont de simples hypothèses, étrangères à la science du droit.

9. En principe, les présomptions doivent pouvoir être réfutées par la preuve contraire, dont l'effet est de réintroduire le fait présumé parmi les faits litigieux à prouver. Mais la possibilité de la preuve contraire n'est pas impliquée dans la notion de présomption.

10. Les présomptions ont pour effet de transférer le fardeau de la preuve et le fardeau de la persuasion. Elles favorisent la partie dont la cause dépend de l'existence du fait présumé, et par suite gênent son adversaire. Elles permettent au juge de prendre une décision bien que les preuves administrées le laissent perplexe. Cependant, par leurs répercussions sur l'exercice des droits de fond, les présomptions ont des effets moins apparents mais également importants.

11. Les présomptions peuvent se trouver en concours ou en conflit dans une espèce particulière. Un conflit se résoudra soit par l'annulation réciproque des présomptions, soit par des déplacements successifs du fardeau de la preuve.

12. Les présomptions trouvent chacune sa justification particulière. Parmi les motifs les plus fréquents : l'impossibilité de faire la preuve; la nécessité d'empêcher l'administration de la preuve, par ex., pour éviter un scandale; la nécessité de protéger les faibles, ou certaines institutions. Certaines présomptions revêtent même les caractères d'un véritable postulat de l'ordre juridique.

13. Les sources des présomptions sont les sources mêmes de toutes les règles de droit. La loi, la jurisprudence, la doctrine jouent en particulier un rôle dans leur création.

CHAPITRE II

Les présomptions invoquées dans les décisions internationales

SECTION 1 : REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Ce chapitre est le premier de l'étude spéciale des présomptions en droit international public. Quelques mots ont déjà servi à indiquer la méthode qui sera suivie dans cette étude. En premier lieu, les présomptions effectivement retenues, soit par les arbitres, soit par les juges internationaux, en d'autres termes les présomptions dans la jurisprudence internationale, seront examinées. Une petite place sera faite ensuite aux présomptions dans les traités et aux présomptions proposées par les auteurs mais qui n'ont pas reçu encore la consécration judiciaire, représentées par quelques exemples caractéristiques. Tout cela concerne les présomptions-preuves, dans la terminologie du professeur Dabin. Il conviendra aussi de s'attarder au rôle que les présomptions peuvent jouer dans la formation des règles de fond du droit des gens, c'est-à-dire aux présomptions-concepts. Alors seulement, le problème des présomptions en droit international fera l'objet de quelques observations théoriques.

Une telle méthode doit être justifiée. Il y a en faveur du procédé consistant à observer quel usage pratique est fait des présomptions avant de rechercher quels pourraient être les obstacles théoriques à cet usage, des arguments tenant au caractère du droit des gens lui-même et des arguments tenant à la nature des présomptions.

Le problème des sources du droit international n'a pas fini de susciter des controverses, surtout en ce qui concerne la coutume. Il est souvent difficile de dire, face à tel précepte, s'il est un simple usage, sans caractère obligatoire, ou une règle de droit d'origine coutumière. Les critères proposés pour écarter cette difficulté sont divers. On a contesté même qu'il y ait en droit des gens des dispositions pouvant être qualifiées de coutu-

mières [1]. Divers éléments matériels et psychologiques doivent être réunis pour qu'une règle puisse être considérée comme une règle coutumière de droit des gens. Au point de vue matériel, la règle doit avoir été observée un nombre considérable de fois, pendant longtemps (*consuetudo*). Au point de vue psychologique, il faut que la règle ait été observée par les Etats dans la conviction qu'elle était obligatoire (*opinio juris*). Un seul élément est incontesté : la pratique. L'élément psychologique joue certainement un rôle, mais il soulève des questions délicates, celle en particulier de savoir si la règle coutumière est appliquée parce qu'elle est obligatoire ou si elle devient obligatoire parce qu'elle est appliquée. Aussi la plupart des auteurs ne s'étendent-ils pas beaucoup sur cet élément. Qu'on l'admette, qu'on affiche à son égard le plus grand scepticisme, que l'on adopte enfin un point de vue intermédiaire, il ne saurait être de grand secours lorsqu'il s'agit de décider si une règle particulière appartient au droit international [2]. La pratique est l'élément le plus important dans la formation des règles du droit coutumier. Qu'elle soit le fait d'organisations internationales, d'Etats, représentés par leur gouvernement, leurs diplomates, leurs chefs militaires ou leurs tribunaux, elle crée les règles en même temps qu'elle atteste leur caractère juridique. C'est dire que ni la théorie selon laquelle la pratique révèle une règle déjà existante, ni celle qui prétend que cette pratique est génératrice de la règle, ne peuvent être adoptées d'une manière exclusive.

L'opinion qui vient d'être développée rend épineuse la distinction entre règle de droit et simple usage, puisque l'usage, par définition, est une pratique. Cette distinction doit être faite, nous semble-t-il, d'une manière négative. On se trouve en présence d'un usage lorsque les Etats adoptent une certaine attitude en spécifiant, ou du moins en laissant entendre, qu'ils le font sans y être obligés. (Aussi les règles effectivement pratiquées dans les relations internationales, celles qui appartiennent

[1] Sur les sources du droit international, cf. surtout H. W. BRIGGS, *The Law of Nations*, 2nd ed., London 1953, p. 46-48; J. P. HAESSERT, *Préalables du droit international public*. Mémoires de l'Académie royale de Belgique, Classe des lettres et des sciences morales et politiques, t. XLVI, fasc. 3, Bruxelles 1950, p. 41 ss; M. O. HUDSON, *Working Paper on Article 24 of the Statute of the International Law Commission*, U. N. Doc. A/CN 4/16, 3 mars 1950; P. GUGGENHEIM, *Les deux éléments de la coutume en droit international*, in « La technique et les principes du droit public », Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris 1950, p. 275; J. L. BRIERLY, *The Law of Nations*, 4th ed., Oxford 1949; G. SCHWARZENBERGER, *The Inductive Approach to International Law*, Harvard Law Review, vol. LX, 1947, p. 539; M. SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, Copenhague 1946; H. KELSEN, « Théorie du droit international coutumier », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1939, p. 253-274; certains cours faits à l'Acadèmie de droit international par MM. H. LAUTERPACHT, RCADI, 1937, IV, p. 162; C. A. FINCH, 53, 1935, III; P. HEILBORN, 11, 1926, I; les contributions de MM. A. BAUMGARTEN, E. BORCHARD, L. LE FUR, G. SCELLE, A. VON VERDROSS et C. DE VISSCHER, au Recueil Gény, t. III.

[2] Dans ce sens, la contribution citée du professeur GUGGENHEIM aux Etudes en l'honneur de G. Scelle, t. I, p. 275.

bien au droit coutumier sont infiniment plus nombreuses que les usages dépourvus de caractère juridique.)

Si l'on veut bien reconnaître le rôle essentiel de la pratique, on comprendra pourquoi nous donnons le pas à l'examen de la pratique dans l'étude des présomptions en droit international. Il est injuste d'enlever toute signification au fait que de nombreux arbitres ou juges internationaux ont retenu des présomptions, sous prétexte que des raisons théoriques, d'ailleurs discutables, empêchent les présomptions d'exister en droit international. Dans la mesure en effet où cette pratique, examinée pour elle-même, est justifiée, elle constitue un argument déterminant en faveur de l'existence des présomptions, un argument de taille à vaincre nombre d'obstacles théoriques. Telle est la raison, tenant à la nature du droit des gens, pour laquelle il sied d'accorder une importance spéciale à la pratique.

Une autre raison tient à la nature des présomptions. Les présomptions-preuves représentent un instrument judiciaire, un procédé dont se sert le juge. Or, d'une manière générale, la procédure internationale est fort peu réglementée conventionnellement. Une grande liberté est laissée à l'arbitre et au juge s'agissant du déroulement du procès, de la technique judiciaire [1]. La conséquence normale de ce pouvoir créateur est la formation judiciaire d'un grand nombre de règles de procédure, au sens large, inspirées souvent des principes généraux du droit privé [2].

Des présomptions pouvant être créées par voie jurisprudentielle en droit interne, le juge international peut vraisemblablement en créer lui aussi. C'est une nouvelle raison d'accorder une attention particulière à la pratique judiciaire et arbitrale internationale. Le caractère permanent de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice favorise spécialement le développement de la procédure, et justifie un recours plus fréquent à leurs décisions qu'à celles de tout autre organe. Même en l'absence de ce motif, ce recours se fût imposé pour la raison que ces décisions sont celles où le plus grand nombre de présomptions sont utilisées. La division du présent chapitre en deux parties, la première traitant des présomptions invoquées à propos de la preuve du fait, la seconde des présomptions utilisées dans l'interprétation des traités, ne repose pas sur une différence de nature entre les unes et les autres. Elle sert simplement les besoins de l'exposé.

[1] CPJI, Série A, N° 2, p. 16 (*Concessions Mavrommatis*); G. SCHWARZENBERGER, *International Law*, I, 2nd ed., London 1949, p. 418.

[2] H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies in International Law*, London 1927, p. 161; D. V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, préface et p. 331-336.

Section II : Les présomptions et la preuve du fait

1. La présomption de bonne foi

Plusieurs décisions sont fondées sur la règle selon laquelle la bonne foi doit être présumée [1] ou sur celle qui interdit que la mauvaise foi soit présumée [2]. Fréquemment aussi, et surtout à une époque récente, les arbitres et les juges internationaux ont insisté sur ce qu'un abus de droit ne saurait être présumé [3].

La première question soulevée par cette présomption est celle de savoir quelle est la place des notions de bonne foi et d'abus de droit dans les rapports juridiques internationaux. Pour que le recours à une présomption de bonne foi ou à une interdiction de présumer l'abus de droit revête une signification quelconque, il faut en effet que la bonne foi ou l'abus de droit puissent constituer un fait pertinent d'un litige. Il faut qu'il y ait, en droit international, en certaines occurrences au moins, une obligation de bonne foi ou une interdiction de l'abus de droit.

La question ne mériterait aucune attention si on n'avait souvent contesté, et si on ne contestait encore, l'existence de ces notions. Pour beaucoup, le principe gouvernant l'exercice des droits subjectifs conférés par le droit des gens, qui s'exprime dans l'adage latin : « neminem laedit qui suo iure utitur », exclut la possibilité d'un abus de droit. Les obligations sont exécutées ou ne le sont pas, les actes étatiques constituent ou ne constituent pas une violation du droit international, sans qu'il soit besoin de faire intervenir la notion de bonne foi. Aujourd'hui cependant, l'opinion dominante est dans le sens contraire, et elle a déjà reçu la sanction de la pratique. Il est de plus en plus admis que les Etats doivent remplir leurs obligations de bonne foi [4]. Par l'article 2, par. 2, de la Charte de San

[1] E. g. sentence de l'empereur Alexandre II, dans l'affaire du *Maria Luz*, entre le Japon et le Pérou, 17 mai 1875; H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, Berne 1902, p. 197-199.

[2] E. g. sentence de M. C. Coolidge, au sujet de la question de *Tacna-Arica*, opposant le Chili et le Pérou, 4 mars 1925, RSA, II, p. 930.

[3] E. g. jugements de la CPJI dans l'affaire du *Wimbledon*, série A, N° 1, p. 32; dans l'affaire relative à *certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond)*, série A, N° 7, 2. 30; l'ordonnance rendue par la même cour dans l'affaire des *zones franches* de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase), série A, N° 24, p. 12; cf. également Avis consultatif de la CIJ au sujet de *l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, CIJ, Recueil, 1948, p. 91; l'affaire du *traitement préférentiel des créanciers du Vénézuéla*, RCDIP, 1906, Doc. p. 3; l'affaire des *pêcheries de l'Atlantique-Nord*, RGDIP, 1912, p. 459 et 461.

[4] Article 13 de la Déclaration sur les droits et les devoirs des Etats, préparée par la Commission de droit international et annexée à la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 6 décembre 1949. U.N. Doc. A/1251, p. 67 : « Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse to perform its duty. »

Francisco, les membres des Nations unies se sont engagés à remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de ladite Charte [1].

De même, il est de plus en plus admis que les droits contiennent en eux-mêmes leurs limites, et qu'il ne saurait en être abusé [2]. (Cependant, parmi les auteurs qui ont spécialement étudié l'abus de droit, le professeur Scerni conclut à sa non-existence [3].) Dans l'opinion individuelle qu'il joint à l'avis consultatif de la Cour internationale de justice sur l'admission des nouveaux membres à l'Organisation des Nations unies, du 23 mai 1948, le juge Alvarez exprime l'avis que « le droit des gens traverse une crise profonde dans ses éléments fondamentaux, ce qui rend nécessaire sa reconstruction », et que l'une des trois caractéristiques principales du droit international nouveau consiste précisément dans « la condamnation de l'abus de droit » [4]. M. Alvarez reprend cette idée dans son opinion dissidente au sujet de la compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations unies, où il observe notamment : « Si la Cour internationale de justice, par ses arrêts et avis consultatifs, pouvait établir une théorie de la limitation des droits des Etats et une théorie de l'abus de droit, ainsi qu'une théorie de l'interprétation des traités, elle rendrait de grands services au droit des gens et à la cause de la paix. [5] » Les juridictions internationales ont plusieurs fois souligné que l'abus de droit est interdit [6]. Il suit de là que, dans le procès international, la bonne foi et l'abus de droit peuvent bien constituer des faits pertinents, ce qui est la première condition d'existence des présomptions qui font l'objet de ce paragraphe.

Telle qu'on l'a invoquée, la présomption de bonne foi contient bien les éléments caractéristiques des présomptions de droit en général. Le principe de répartition du fardeau de la preuve dans le procès international est « Onus probandi incumbit ei qui dicit » [7]. Le professeur Cansacchi a contesté l'existence de ce principe en droit des gens. Pour lui, le fait que

[1] A. VON VERDROSS, « Le principe de la bonne foi en droit international », *Revue hellénique de droit international*, 1952, p. 17; J. BASDEVANT, *Cours de doctorat de droit international public*, Paris 1938-1939, p. 70-71; CH. ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, Paris 1944, p. 363 et 679.

[2] A. C. KISS, *L'abus de droit en droit international*, Paris 1953; E. H. C. VAN BOGAERT, *Het Rechtsmisbruik in het Volkenrecht*, Antwerpen 1948; CEZINA VAN DER MOLEN, *Misbruik van Recht in het Volkenrecht*; N. POLITIS, RCADI, 6, 1925, I, p. 1-121; H. C. GUTTERIDGE, « Abuse of Right », *Cambridge Law Journal*, V, 1935, p. 22-45, surtout p. 43.

[3] *L'abuso del diritto nei rapporti internazionali*, Roma 1930.

[4] CIJ, Recueil 1948, p. 61.

[5] CIJ, Recueil, 1950, p. 19.

[6] CPJI, Publ., série A, N° 24, p. 12 (*affaire des zones franches*); CPJI, Série A, N° 7, p. 30 (*affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*); les exemples cités dans M. SIBERT, *Traité de droit international public*, Paris 1951, I, p. 310 ss, et note 6 ad p. 311.

[7] J. C. WITENBERG, *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, RCADI, 56, 1936, II, p. 41-42; J. C. WITENBERG, avec la collaboration de J. DESRIOUX, *L'organisation judiciaire*,

le procès international se rapproche davantage du type inquisitoire que du type contradictoire a pour conséquence qu'il n'y a pas vraiment de fardeau de la preuve dans cette procédure, qu'il y a seulement pour les parties une véritable obligation de collaborer à la preuve [1]. L'idée n'est pas inexacte, mais bien les conséquences que l'auteur italien en tire, car, en définitive, les sanctions attachées à l'inexécution de l'obligation de collaborer à la preuve correspondent à ce qui se passe lorsque la partie à laquelle le fardeau de la preuve incombait n'a pas pu ou n'a pas voulu faire la preuve. Ce fait empêche d'ailleurs de classer résolument le procès international soit dans les procès de type inquisitoire, soit dans ceux de type contradictoire. Aussi peut-on admettre que le principe « ei qui dicit incumbit probatio » fixe ordinairement le fardeau de la preuve.

A cette répartition habituelle du fardeau de la preuve, la présomption de bonne foi apporte une exception : il n'incombe pas à la partie qui a intérêt à ce que le Tribunal tienne compte de sa bonne foi de prouver celle-ci, mais il incombe à son adversaire de prouver son absence à satisfaction de la Cour. On objectera que ceci est une manière de dire : « qui a intérêt à la démonstration de la mauvaise foi de son adversaire doit la prouver », et qu'il n'y a pas au fond de déplacement du fardeau de la preuve. De fait, envisagée sous cet aspect négatif, la présomption disparaît. Mais la présomption de bonne foi présente un aspect positif en ce sens qu'en se fondant sur elle une partie peut invoquer sa bonne foi sans la prouver et la voir retenue par le tribunal.

Ainsi, dans le jugement déjà cité relatif à la Haute-Silésie polonaise, le gouvernement allemand a pu soutenir que les actes d'aliénation accomplis par lui sur les territoires cédés à la Pologne avant le transfert de ces territoires, l'avaient été en toute bonne foi [2]. La présomption de bonne foi opère donc bien un déplacement du fardeau de la preuve [3].

Ainsi qu'il ressort de toutes les décisions qui en font état, la présomption de bonne foi est une présomption « juris tantum » : Elle souffre la preuve contraire, ce qui limite sa portée. La preuve contraire peut en principe être faite par tous les moyens. Elle peut résulter d'indices, car il n'y a pas en droit international des règles apportant des restrictions à la libre admissibilité des preuves comme il y en a dans la « law of evidence »

la procédure et la sentence internationales, Paris 1937, p. 234 ss; J. C. WITENBERG, *L'onus probandi devant les juridictions internationales*, RGDIP, 55, 1951, p. 341; D. V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, p. 91-98.

[1] *Le presunzioni nel diritto internazionale*, Napoli 1939, chap. 5, litt. b.

[2] CPJI, Série A, N° 7, p. 30.

[3] Examinant l'article 2 du Code civil suisse, qui institue la présomption de bonne foi, le professeur EGGER estime que cette disposition a pour effet de répartir le fardeau de la preuve selon un autre principe que celui de l'article 8, qui est « onus probandi incumbit ei qui dicit », A. EGGER, *Kommentar zum schweizerischem Zivilgesetzbuch*, 2e éd., Zurich, 1930, p. 85, vol. I.

anglo-saxonne [1]. Les moyens utilisés pour faire la preuve contraire doivent cependant être déterminants, de sorte que la bonne foi d'un Etat ne peut être mise en cause sans preuve concluante. On n'admettra pas facilement que tel ou tel acte implique la mauvaise foi [2].

La présomption de bonne foi a un caractère général. Aussi verrons-nous que plusieurs présomptions invoquées dans les décisions internationales n'en sont que des cas particuliers d'application, comme l'interdiction de présumer un abus de droit. Mais ce caractère général a également pour conséquence qu'il peut y avoir des règles particulières dérogeant à la présomption de bonne foi, et qu'en certaines espèces même, la mauvaise foi doit être présumée. Nous rencontrerons des exemples de présomption de mauvaise foi en particulier dans le domaine du transport maritime, de la contrebande.

La présomption de bonne foi, dans les décisions citées, apparaît sans aucun doute comme une règle de droit, dont le juge doit tenir compte, bien que M. Cansacchi nie la présence en droit international de présomptions qui se seraient cristallisées en règles légales obligatoires [3]. A ce sujet il faut toutefois rappeler une observation déjà faite à propos des présomptions en général : Il est difficile de contrôler l'application des présomptions, puisqu'il appartient au juge seul de décider si la preuve contraire a été apportée. Il n'en reste pas moins que dans les litiges où les parties ont invoqué la présomption de bonne foi, la Cour s'est fait un devoir d'examiner le bien-fondé de cette allégation.

Encore convient-il de justifier la présomption de bonne foi. Comme toutes les présomptions, en effet, elle ne s'impose pas seulement par elle-même, par le degré de probabilité qu'elle contient, mais elle implique une décision de la volonté. En maintes espèces, la mauvaise foi ne paraît-elle pas à tout le moins également probable que la bonne foi ? Le juge ne présumerait pas la bonne foi s'il n'avait des motifs juridiques de le faire. C'est la raison pour laquelle le professeur Sörensen, commentant l'application que la Cour permanente de justice internationale fit de la présomption de bonne foi dans l'affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, s'étonne de ce que « la Cour n'indique pas sur quelle base elle a établi cette répartition de la charge de la preuve. [4] »

[1] J. F. LALIVE, *Quelques remarques sur la preuve devant la Cour internationale de justice*, Ann. suisse, VII, 1950, p. 77-103; J. C. WITENBERG, RCADI, 56, 1936, II, p. 95; D. V. SANDIFER, *op. cit.*, p. 121-125; et surtout la sentence de la General Claims Commission mexicano-américaine dans l'affaire *William A. Parker*, RSA IV, p. 35-41.

[2] Dans l'*affaire du Détroit de Corfou*, la Cour internationale de justice déclara ne pouvoir « induire la connaissance du mouillage chez le gouvernement albanais du seul fait qu'un champ de mines découvert dans ses eaux territoriales a provoqué les explosions dont furent victimes les navires de guerre britanniques », CIJ, Recueil, 1949, p. 18.

[3] *Op. cit.*, p. 159.

[4] *Les sources du droit international*, Copenhague 1946, p. 207-208.

Plusieurs motifs justifient la présomption de la bonne foi. Celle-ci empêche par exemple que la bonne foi d'un Etat, c'est-à-dire de ses organes, ne soit mise en cause à la légère devant les tribunaux internationaux, et cela est un bien dans la mesure où la confiance des Etats dans le règlement judiciaire de leurs litiges peut en être augmentée. Poussé dans ses dernières conséquences, cet argument pourrait conduire à approuver les auteurs auxquels il a été fait allusion, qui excluent simplement les notions de bonne foi et d'abus de droit du procès international. Il n'est pas nécessaire cependant de tirer ces conclusions extrêmes. En définitive, la meilleure protection de l'honneur des Etats consiste dans leur observation scrupuleuse des règles du droit des gens. Lorsqu'il est des preuves certaines de mauvaise foi, il est juste de les produire.

Pourtant c'est un fait, bien observé par M. Sörensen [1], que la présomption de bonne foi atténue les effets de l'obligation de bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. Peut-être le principe de ces dernières en sera-t-il plus aisément consacré.

Il est d'autres arguments encore, en faveur de la présomption de bonne foi. Celle-ci a, entre autres, l'utilité de subvenir à certaines difficultés de preuve. Bien qu'il ait été souvent question de la bonne foi des Etats dans ce paragraphe, il ne saurait s'agir bien entendu, que de la bonne foi des personnes physiques qui engagent l'Etat. Dans l'affaire du Détroit de Corfou, parlant de la preuve de la connaissance par le gouvernement albanais du mouillage de mines dans ce détroit, la Cour internationale de justice reconnut la difficulté extraordinaire de cette preuve : « En revanche le contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des moyens de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle, l'Etat victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait cette responsabilité. [2] » La présomption qui fait l'objet de ce paragraphe coupe court à des difficultés de ce genre en établissant la bonne foi en l'absence de toute démonstration.

2. Présomption de respect par les Etats, du droit en général, et du droit international en particulier

Une autre présomption que celle de la bonne foi est parfois invoquée en faveur de la régularité des actes des Etats lorsque ceux-ci sont mis en cause devant une cour arbitrale ou judiciaire internationale. Il s'agit de la présomption suivant laquelle les Etats sont respectueux du droit, en par-

[1] *Op. cit.*, p. 207-208.
[2] CIJ. Recueil, 1949, p. 18.

ticulier du droit international, et qu'ils n'entendent le violer par aucun de leurs actes. Cette présomption de conformité des actes étatiques au droit est souvent exprimée en la forme de l'adage latin « omnia rite praesumuntur esse acta ». Elle apparaît dans plusieurs décisions internationales [1] : Elle est commentée favorablement par plusieurs auteurs [2].

Lorsqu'on entreprend de rechercher dans les décisions internationales quelles sont les limites exactes du rôle de la présomption du respect du droit par les Etats, de la régularité des actes étatiques, on est immédiatement frappé par le nombre et la diversité des cas où elle a été invoquée, et parfois retenue, par le tribunal. On se trouve en présence d'une règle à laquelle on a prêté tant de significations différentes que son contenu véritable, s'il en est un, disparaît. La chose doit être signalée, parce qu'elle rend à priori fort suspecte la règle dont il s'agit.

Quelques-uns parmi les cas d'application de l'adage « omnia rite praesumuntur esse acta » apparaissent d'emblée en dehors du domaine des présomptions et spécialement des éventuelles présomptions du droit international public.

Ils peuvent être écartés sans autre examen : Ainsi, parfois, lorsqu'un tribunal international présume la régularité des actes de l'Etat, il veut dire que ces actes échappent à son contrôle, par exemple parce que, dans l'état actuel du droit des gens, ils ressortissent à la compétence exclusive des Etats. Le juge international tient alors ces actes pour réguliers parce qu'il n'a pas le droit de mettre leur régularité en question. Nous sommes, dans ce cas, entièrement en dehors du domaine de la preuve : il s'agit tout au plus d'une présomption-concept.

D'autres fois, la règle « omnia praesumuntur rite esse acta » n'est qu'une règle interne d'interprétation du droit. Lorsque, devant un tribunal national, la question se pose de savoir si une loi interne est contraire ou non au droit international, en particulier à un traité, on admet dans de nombreux pays, une présomption de conformité du droit interne au droit international. Il en est ainsi surtout dans les pays anglo-saxons [3],

[1] CIJ, Recueil 1950, p. 229 (*Interprétation des traités de paix*, 2e phase); CIJ, Recueil, 1949, p. 129 (*Affaire du Détroit de Corfou*). Fond Opinion dissidente du Juge ad hoc DAXNER; Affaire des *navires finlandais* utilisés par la Grande-Bretagne, sentence de M. A. BAGGE, RSA, III, p. 1530; sentences de la Commission des réclamations vénézolano-allemande dans les affaires *Christern et Co*, *Becker et Co*, *Max Fischbach*, *Richard Friedericy*, *Otto Kummerow* et *A. Daumen* (J. H. RALSTON, *Venezuelan Arbitrations*, 1903, p. 523 ss).

[2] J. H. RALSTON, *Law and Procedure of International Tribunals*, 1926, par. 397; M. D. V. SANDIFER en parle, *op. cit.*, p. 98-180, de même que M. A. P. FACHIRI, *The Permanent Court of International Justice, its Constitution, Procedure and Work*, Oxford 1932, p. 103; M. G. SCHWARZENBERGER, *The Inductive Approach to International Law*, Harvard Law Review, t. LX, 1947, p. 557 ss. Cependant M. CANSACCHI met en doute l'existence de cette règle, *op. cit.*, p. 144 ss.

[3] L. OPPENHEIM *International Law*, 7th ed. by H. LAUTERPACHT, I, London 1948, p. 40-41; H. W. BRIGGS, *The Law of Nations*, 2nd ed., London 1953, p. 64; GREEN H. HACKWORTH, *Digest of International Law*, I, p. 26-27, affaire du *The Over The Top*.

mais pas uniquement dans ceux-ci [1]. Cette présomption ne dépend que du droit interne et elle ne saurait donc être étudiée en tant que présomption du droit des gens. Quant au fondement de cette règle interne, dans les pays adoptant la théorie de l'incorporation (selon laquelle le droit international fait partie du droit interne), il ne réside pas tellement dans l'idée que le pouvoir législatif n'a pas entendu violer le droit international, que dans la nécessité d'harmoniser les règles du système. Ici encore, nous n'entendons pas diminuer l'importance d'une règle, mais seulement montrer qu'elle est étrangère à l'objet de la présente recherche. Cette présomption interne a le mérite immense d'atténuer les conséquences du principe de la primauté du droit national [2].

D'autres cas d'application de la règle « omnia rite praesumuntur esse acta » prêtent davantage à discussion. Ainsi, par exemple, la conformité d'une loi nationale avec le droit des gens peut être examinée par une juridiction internationale, parce que l'exécution d'une loi nationale contraire au droit international constitue un acte illicite, qui engage la responsabilité internationale d'un Etat. Plus généralement, les actes de l'un quelconque des organes de l'Etat peuvent être prétendus internationalement illicites. Dans ces cas, le juge est-il fondé, lorsque son esprit est en doute, à recourir à la présomption de régularité des actes étatiques ? Observons d'abord que malgré qu'elle soit parfois invoquée parallèlement à la présomption de bonne foi, et comme une règle particulière dérivée de celle-ci [3], la règle « omnia rite praesumuntur esse acta » a une portée beaucoup plus étendue que la présomption de bonne foi, qui ne fait nullement échec à l'existence d'un acte illicite.

Il n'est pas nécessaire de décider ici jusqu'à quel point les présomptions peuvent servir à l'interprétation du droit (cette question sera examinée plus loin). En effet, lorsque le juge international se trouve en présence d'une règle de droit interne dont la conformité au droit des gens est contestée, il traite cette règle comme un fait, et son interprétation rentre bien dans le domaine de la preuve : « Au regard du droit international et de la Cour, qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même

[1] C. H. TRIEPEL, *Droit interne et droit international*, RCADI, 1923, I, p. 104; U. SCHEUNER, *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*, RCADI, 1939, II, p. 145; R. MASTERS, *International Law in Municipals Courts*, 1932, passim; F. CASTBERG, *Folkrett*, Oslo, 1948, p. 33-34; cité dans E. HAMBRO, « Some Remarks about the Relations between Municipal Law and International Law in Norway », *Nordisk Tidskrift for International Ret* - Acta Scandinavica Iuris Gentium, 1949, p. 5-7 et 17-20.

[2] U. SCHEUNER, *op. cit.*, RCADI, 1939, II, p. 109.

[3] Décisions du surarbitre RALSTON au nom de la Commission mixte des réclamations vénézolano-italiennes, dans l'*affaire Boffolo*; J. H. RALSTON, *Venezuelan Arbitrations*, 1903, p. 523-526.

titre que les décisions judiciaires et les mesures administratives.[1] »

Une première condition d'existence de la présomption de régularité des actes étatiques, à savoir qu'elle se meuve dans le domaine de la preuve est bien réalisée dans les cas auxquels il a été fait allusion. D'autres conditions sont également réalisées : ainsi cette présomption est utilisée aux fins d'écarter un doute, de résoudre une difficulté de preuve.

Pourquoi, par conséquent, ne pas voir dans la présomption de licéité des actes étatiques, une authentique présomption de droit international ? Le professeur Cansacchi, qui passe en revue les exemples cités par Ralston [2] répond négativement pour deux motifs, dont un seul paraît exact, et d'ailleurs suffisant [3]. Le premier argument de M. Cansacchi est qu'il s'agirait seulement d'une règle d'expérience, d'une présomption de fait. A cet argument il convient d'opposer les constatations faites au chapitre premier : ou bien, nous sommes en présence d'une présomption, et alors ce ne saurait être qu'une présomption juridique, ou bien il y a un simple raisonnement sur le probable, et le terme de présomption devrait être éliminé. Le second argument, c'est que dans tous les cas où cette présomption fut invoquée, il n'y avait pas véritablement déplacement du fardeau de la preuve. En fait le juge, en « présumant » la licéité des actes étatiques, ne faisait que décider que la partie invoquant l'illicéité ne l'avait pas démontrée à suffisance. Cet aspect négatif de la règle ne se double d'aucun aspect positif susceptible d'en faire une présomption, c'est-à-dire que devant un commencement de preuve de l'illicéité, l'Etat poursuivi en responsabilité ne saurait se contenter d'invoquer à sa décharge la présomption de licéité des actes étatiques.

Il faut donc conclure à l'inexistence d'une présomption de conformité des actes étatiques au droit international. Ceci ne veut pas dire que les décisions qui font appel à pareille présomption soient fausses, car au fond ces décisions se bornent à rappeler dans des cas particuliers le principe fondamental de répartition du fardeau de la preuve : « ei qui dicit incumbit probatio ». Cela veut dire seulement que le terme présomption eût pu et du être évité.

3. Présomption que l'Etat agit en conformité des intentions qu'il proclame

Existe-t-il en droit des gens une présomption selon laquelle les Etats, ou plutôt les gouvernements, agissent en conformité des intentions qu'ils

[1] CPJI, Série A, N° 7, p. 19; D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. Gidel, p. 472-473.

[2] J. H. Ralston, *Law and Procedure in International Tribunals*, par. 397.

[3] G. Cansacchi, *op. cit.*, p. 144.

proclament ? Il suffira d'examiner brièvement cette question, qui ne mériterait même aucune attention s'il ne fallait pas distinguer cette éventuelle présomption de certaines règles de droit international.

A cet égard, l'allusion faite à cette présomption dans l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale relatif au Territoire du sud-est du Groenland ne revêt qu'une signification réduite : « Considérant d'ailleurs qu'une fois ces intentions officiellement proclamées devant la Cour, celle-ci ne doit ni ne peut présumer que les deux gouvernements puissent agir autrement qu'en conformité des intentions ainsi manifestées... [1] » Deux raisons interdisent de tirer de grandes conclusions de ce passage. Premièrement, même si le verbe présumer est employé ici dans le sens particulier qu'il a dans la technique juridique, nous sommes vraiment à la limite de ce sens technique. La Cour eût pu employer le verbe supposer aussi bien que le verbe présumer. Deuxièmement, en l'espèce, il n'était nullement question d'un acte qui aurait été commis en contradiction avec des intentions proclamées auparavant, mais de la commission possible d'un tel acte à l'avenir. La Cour ne se prononçait pas à l'occasion d'un problème de preuve actuel, en sorte que ses considérations apparaissent vraiment « obiter dicta ».

Il n'y a pas lieu d'écarter purement et simplement la présomption dont il est question. Mais celle-ci ne semble pas avoir, par rapport à la présomption générale de bonne foi, une existence indépendante. Il ne faut pas présumer qu'un Etat agisse contrairement aux intentions proclamées par lui que dans la mesure où de tels agissements constitueraient un intolérable manquement à l'obligation de bonne foi. Il faut prendre garde cependant aux limites du domaine d'application de ce principe, qui ne doit pas faire obstacle à d'autres règles particulières du droit des gens. Ceci est la raison d'être de ce paragraphe.

D'abord, la Cour permanente de justice internationale a justement refusé de reconnaître dans ce principe une règle absolue d'interprétation des traités. C'est-à-dire qu'au cas où deux Etats auraient proclamé leur intention de résoudre un problème déterminé conventionnellement, puis auraient conclu un traité ne contenant aucune allusion à la question, le juge ne saurait se fonder sur la présomption que les Etats agissent conformément aux intentions qu'ils proclament pour interpréter le traité comme donnant une solution à la question. En d'autres termes, cette présomption, que la Cour n'écartait pas en toute éventualité, ne confère pas une valeur plus grande que celle qui leur a été reconnue jusqu'ici, aux travaux préparatoires dans l'interprétation des traités. Voici les termes dont se sert la Cour permanente :

[1] CPJI. Série A, N° 48, p. 287.

« La promesse d'un libre et sûr accès à la mer faite à la Pologne à l'époque du règlement de la paix qui suivit la guerre de 1914 à 1918 est un fait historique dont la Cour est toute disposée à tenir compte. Mais aucune preuve ni aucun argument ne lui a été soumis qui lui permette de supposer que le contenu de la section XI, partie III du Traité de Versailles, telle qu'elle a été appliquée par la convention conclue conformément à l'article 104 dudit traité ne constitue pas une réalisation complète de cet engagement. La Cour n'est pas disposée à admettre que l'on puisse élargir le texte du Traité de Versailles et y voir des stipulations représentées comme étant le résultat des intentions proclamées par les auteurs du traité, mais que ne formule aucune disposition du texte lui-même. [1] »

D'autre part, il faut distinguer de la présomption que les Etats agissent selon les intentions qu'ils proclament, une règle fondée également sur la notion de bonne foi, d'origine anglo-saxonne. Il s'agit du principe de l'« *estoppel* ». En se fondant surtout, et pour les mêmes raisons que nous avons de le faire, sur les décisions internationales, le Dr Friede a montré que la règle de l'estoppel peut être considérée comme reçue en droit international [2]. Il n'est pas possible d'examiner ici cette règle, dont il suffit de dire qu'elle empêche en particulier la partie qui par son comportement a engagé l'autre partie à accomplir une action d'invoquer cette action à son profit et au détriment de celui qui l'a accomplie. Cette règle dépasse le domaine de la preuve et elle a un caractère beaucoup plus absolu que les présomptions.

Sous réserve de ces remarques, il n'est pas faux de parler d'une présomption que les gouvernements agissent conformément aux intentions qu'ils proclament, même si le degré de probabilité sur lequel pareille présomption repose n'est peut-être pas très convaincant.

4. Présomption de non-responsabilité des Etats

C'est dans le domaine de la responsabilité des Etats que rentrent la plupart des décisions de justice internationale, et c'est par conséquent dans ce domaine aussi que la plupart des présomptions ont été invoquées. La présence d'un acte illicite n'est que l'un parmi plusieurs éléments dont il faut administrer la preuve pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée et l'oblige à réparation. Il convient d'examiner maintenant les présomptions portant sur les éléments autres que l'acte illicite, en particulier celle que le professeur Scelle nomme la présomption d'irres-

[1] CPJI, Série A/B, N° 43, p. 144. — Avis consultatif relatif à l'accès au stationnement des *navires de guerre polonais dans le port de Dantzig*, 11 décembre 1931.

[2] ZaöR, 5, 1935, p. 517-545.

ponsabilité [1]. Cet examen s'impose d'autant plus que les spécialistes de la responsabilité internationale n'ont prêté aux problèmes de preuve qu'une attention incidente [2]. Il n'est pas question, cela va sans dire, d'exposer ici la théorie générale de la responsabilité internationale. Pourtant, il faudra tenir compte des principes qu'elle contient, dans la mesure où ils exercent quelque influence sur la preuve.

Dans le Rapport de M. Max Huber, au sujet des Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, figurent d'importantes remarques, à propos de la Réclamation XXVIII (Haji Mohamed Harrej). Un vol de chevaux avait eu lieu en 1913, dans la région de Gharbial. Dans cette région, soumise au début de 1913, des hostilités avaient commencé en juin de la même année. Les parties n'avaient pas indiqué l'époque exacte de l'année à laquelle le vol avait été commis, et la question se posait de savoir s'il s'était produit avant ou après le mois de juin, on verra tout à l'heure pourquoi. Voici comment M. Huber résolut ce problème :

« Les documents et explications orales fournis par les représentants des parties n'indiquent pas l'époque exacte de l'année à laquelle le vol a eu lieu. Or, dans le doute, il ne semble pas admissible de présumer que le vol se soit produit à une époque où un état normal de pacification régnait encore dans la région. Pareille présomption serait décisive pour la question de la responsabilité de l'Espagne. Mais, tout en renvoyant à son rapport préliminaire sur la notion de la responsabilité, le rapporteur déclare, pour ce qui est de l'espèce, se rallier au principe suivant lequel la responsabilité internationale de l'Etat ne se présume pas. [3] »

Quelle est la signification du refus de présumer la survenance du vol « à une époque où un état normal de pacification régnait encore dans la région » et de la présomption de non-responsabilité dont parle M. Huber ? — Sans décider ici si la responsabilité internationale est fondée ou non sur la faute, il faut rappeler que l'un des éléments essentiels à démontrer pour que la responsabilité d'un Etat soit engagée à propos d'un acte illicite est l'*imputabilité* de l'acte de cet Etat :

« L'imputation, dit M. Starke, est le résultat de l'opération intellectuelle nécessaire pour combler le fossé qu'il y a entre l'acte illicite de l'organe ou de l'argent, et l'attribution de l'acte et de la responsabilité à l'Etat... C'est seulement si l'acte illicite lui est imputable que l'Etat en devient internationalement responsable. [4] » Le professeur Charles De

[1] *Manuel de droit international public*, Paris 1948, p. 936.

[2] G. Berlia, *La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat*, RGDIP, 44, 1937, p. 65.

[3] RSA, II, p. 699.

[4] J. G. Starke, *An Introduction to International Law*, 2nd ed., London 1950, p. 204-205.

Visscher observe pour sa part : « Toute responsabilité juridique implique l'imputation : un acte contraire au droit international n'engage la responsabilité d'un Etat que s'il peut être attribué à cet Etat, que s'il peut lui être porté en compte de façon à lui en faire porter les conséquences juridiques. [1] » C'est le droit lui-même qui décide de l'imputabilité d'un acte dommageable ou d'une catégorie d'actes dommageables à l'Etat [2]. « La responsabilité est une situation juridique. Elle est créée par la survenance d'un fait ou d'un acte dommageables, actes ou faits-conditions prévus par le Droit positif. Ces actes ou ces faits sont imputés par la règle de droit à un agent juridique, qui en est souvent, mais non pas nécessairement l'auteur, et ils conditionnent l'obligation pour cet agent de réparer le préjudice causé, ce mode de réparation variant selon les catégories de dommages et de victimes. [3] »

Dans le cas soumis à M. Max Huber, il s'agissait d'un délit de droit commun, plus spécialement d'un vol, commis au préjudice d'un protégé britannique, sur un territoire ayant le Statut de protectorat espagnol. Un tel acte est-il, de par le droit international, imputable à l'Espagne ? Le rapporteur, dans son étude générale de la responsabilité donne à cette question une réponse parfaitement en accord avec la pratique et la doctrine internationales, qui est un non qualifié :

« Le fait que c'est un étranger qui est la victime d'un délit de droit commun, par exemple d'un vol ou d'un acte de pillage, ne place pas cet événement sur le terrain international : il en est de même si la poursuite pénale à laquelle ce fait donne lieu n'aboutit pas et si une section en restitution ou en dommages et intérêts ne donne pas de résultat positif et satisfaisant. Aucune police ni aucune administration de justice n'est parfaite, et il faut sans doute accepter, même dans les pays les mieux administrés, une marge considérable où la tolérance s'impose. Mais la restriction apportée au droit des Etats d'intervenir pour protéger leurs ressortissants présuppose que la sécurité générale dans les pays de résidence de ceux-ci ne tombe pas au-dessous d'un certain niveau, et qu'au moins leur protection par la justice ne devienne pas purement illusoire [4].

Dans le passage de sa décision en ce qui concerne la Réclamation XXVIII, cité tout à l'heure, M. Huber ne fait qu'appliquer au problème de preuve auquel il avait à faire face, les principes reçus en matière de

[1] *La responsabilité des Etats*, Bibliotheca Visseriana, t. II, p. 89.

[2] D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, 3e éd., trad. GIDEL, Paris 1929, p. 252 ss et 469 ss.

[3] G. SCELLE, Manuel cité, p. 904.

[4] RSA, II, p. 641-642; dans le même sens E. BORCHARD, « A long line of cases has established certain qualifications upon the non-liability of the governement for the wrongful acts of private individuals », *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, p. 217; J. L. BRIERLY, *The Theory of Implied State Complicity in International Claims*, BYIL, 9, 1928, p. 42-49.

responsabilité internationale des Etats. Si le vol en question avait été commis après le mois de juin, c'est-à-dire à une époque où la sécurité que pouvait maintenir la police espagnole « tombait au-dessous d'un certain niveau », l'Espagne était responsable. Or, en l'absence de preuves adéquates, M. Huber constate qu'il est plus probable que le vol ait eu lieu à une époque troublée, c'est-à-dire après le mois de juin. Cette appréciation, normalement, conformément aux règles ordinaires, concernant la preuve, permettait la condamnation de l'Espagne à réparation. Mais c'est ici qu'intervient la présomption de non-responsabilité [1]. Le fait qu'on se trouvait en présence d'un acte en principe non imputable à l'Etat, obligeait le Rapporteur à des exigences particulières au sujet de la preuve du moment auquel l'acte avait été commis. En l'absence de cette preuve rigoureuse, l'Espagne devait être mise au bénéfice d'une présomption de non-responsabilité, déclarée non responsable, et il fut ainsi fait.

Il s'agit bien ici d'une présomption de droit. La règle opère dans le domaine de la preuve; elle remédie aux conséquences fâcheuses d'un doute; elle impose à l'une des parties une preuve inhabituellement lourde, le plus haut degré de probabilité attaché à ses prétentions ne suffisant pas à lui faire gagner son procès; elle apporte une limite au principe de la libre appréciation des preuves; enfin, elle exerce une influence qui n'est pas négligeable sur l'exercice d'un droit, le droit à la réparation des dommages illicites, et sur l'ampleur d'une obligation, l'obligation de réparer ces dommages.

Cette règle ne relève pas de la fantaisie du juge, mais elle apparaît justifiée, juridiquement, en ce qu'elle représente l'application à la procédure probatoire d'un principe fondamental de la responsabilité des Etats : Un acte illicite commis au préjudice d'un étranger par un individu est présumé non imputable à l'Etat sur le territoire duquel cet acte a été commis. Aussi en dépit de l'avertissement donné par M. Huber lui-même au début de son rapport [2], il a bien appliqué un principe de droit, et non une simple maxime de bon sens.

Dans l'Affaire des navires finlandais, litige opposant la Grande-Bretagne et la Finlande, tranché en 1934 par M. Algot Bagge, Suède, il fut question à plusieurs reprises d'une présomption de responsabilité, qui aurait eu pour effet de faire peser le fardeau de la preuve sur la partie défenderesse, la Grande-Bretagne [3].

[1] La manière dont le professeur SIBERT analyse la règle appliquée par M. HUBER met particulièrement en relief son caractère de présomption : *Traité de droit international public*, Paris 1951, 1313.

[2] « Il ne peut pas être question de présomptions formelles dans le sens du droit et de la procédure civile », RSA, II, p. 654.

[3] RSA, III, p. 1845 et 1520 en particulier.

Le gouvernement finlandais estimait (dans son Memorandum adressé au Conseil de la Société des Nations) que les faits incontestés, notamment que les bateaux de guerre finlandais avaient été conduits dans des ports britanniques, et qu'ils avaient été utilisés conformément à des instructions officielles britanniques, constituaient le fait de base d'une présomption selon laquelle la Grande-Bretagne encourait une responsabilité directe et indépendante. L'argument fut repris devant M. Bagge. Celui-ci n'écarta pas en principe la présomption invoquée, mais il déclara que le gouvernement britannique était parvenu à mettre cette présomption en échec par la preuve contraire [1].

L'arbitre eût pu aller plus loin, semble-t-il, et écarter complètement la présomption dont on le priait de tenir compte. Dans le cas particulier, malgré les termes un peu ambigus, le problème qui se posait ne relevait pas de l'imputabilité. Selon le Memorandum finlandais lui-même, personne ne contestait que les navires de guerre avaient été utilisés selon des directives officielles britanniques. Or, les actes des organes de l'Etat qui rentrent dans la sphère de compétence desdits organes sont directement imputables à l'Etat, sans qu'il soit besoin de faire intervenir une présomption [2]. En fait, ce que le gouvernement finlandais aurait voulu que l'on présumât, et ce pourquoi le gouvernement britannique offrait spontanément des preuves « contraires », c'était le caractère illicite des actes du gouvernement britannique. Au paragraphe deuxième, force a été de conclure à l'inexistence d'une présomption de conformité des actes étatiques au droit international. Ici, il s'agit d'une tentative de faire triompher une présomption exactement contraire et encore moins admissible : il incombe à qui invoque l'illicéité d'un acte de la prouver. On ne saurait déroger au principe général de répartition du fardeau de la preuve, en cette matière de la responsabilité, que pour des motifs impérieux. En fait d'ailleurs, M. Bagge n'a pas véritablement fait usage d'une présomption quelconque. Il a jugé selon la valeur probatoire des divers moyens produits. Il y a lieu de regretter seulement qu'il n'ait pas cru devoir signaler le mal fondé de la présomption invoquée devant lui.

Dans le procès opposant Martha Ann Austin, citoyenne américaine, aux Etats-Unis du Mexique, devant la United States Mexican General Claims Commission [3], la demanderesse réclamait des dommages et intérêts en raison du fait que son mari avait été assassiné au Mexique. Sa demande fut rejetée. La commission arbitrale admit que la nationalité américaine de la victime avait été prouvée à suffisance, de même que le fait qu'elle avait été tuée par un Mexicain. Elle estima cependant que

[1] *Loc. cit.*, surtout p. 1520.
[2] D. ANZILOTTI, Cours cité, p. 140.
[3] RSA, IV, p. 623-625.

l'inaction des autorités mexicaines n'avait pas été démontrée. Dans cette affaire, le tribunal est parti du même principe que nous venons de voir appliquer par M. Max Huber à savoir que les actes illicites causés par des individus sont présumés non imputables à l'Etat. Cette présomption souffre une preuve contraire clairement définie dans la pratique internationale, la preuve que l'Etat n'a pas assez prévenu cet acte illicite, notamment en ne maintenant pas un certain degré de sécurité, ou ne l'a pas assez réprimé. Elle a été appliquée dans plusieurs autres affaires entre autres l'affaire de l'Aroa Mines Company, Supplementary Case [1], l'affaire Sambiaggio [2], et l'affaire de la Home Missionary Society [3].

Cette présomption paraît également être l'unique présomption de caractère général qui puisse être retenue dans le domaine de la responsabilité des Etats. Les autres présomptions occasionnellement invoquées visent pour la plupart le caractère licite ou illicite d'un acte dommageable, comme dans l'affaire des bateaux finlandais. Or, en ce qui concerne la preuve de ce caractère, la règle générale doit être, en droit international comme en droit interne : « ei qui dicit incumbit probatio » [4].

5. Présomption que l'organisation judiciaire et le fonctionnement des tribunaux d'un Etat sont normaux

La manière dont la justice est rendue dans un Etat constitue parfois un fait pertinent d'un procès international. Il en est ainsi en particulier en deux éventualités :

1. L'Etat qui poursuit un autre Etat à raison d'un dommage subi par l'un de ses ressortissants peut se voir opposer la règle dite du « local redress » ou du « local remedy ». Cette règle veut que l'Etat n'endosse la réclamation de son sujet qu'au moment où la victime a usé de tous les moyens de réparation qui lui étaient offerts par l'Etat sur le territoire duquel le dommage est survenu. Ce principe est limité dans son application par d'autres règles également raisonnables et nécessaires, résumées dans une formule très explicite par le Secrétaire d'Etat américain Hamilton Fisch : « A claimant in a foreign State is not required to exhaust justice in such State when is no justice to exhaust. [5] » En d'autres termes, à l'exception tirée de la « local remedies rule », l'Etat demandeur peut opposer le fait qu'il n'y a pas de justice organisée dans l'Etat défendeur,

[1] J. H. Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 387.
[2] *Ibid.*, p. 674.
[3] *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1919-1922, p. 173-174.
[4] D. V. Sandifer, *op. cit.*, p. 83-98.
[5] H. W. Briggs, *op. cit.*, p. 636.

ou qu'il est parfaitement improbable en l'espèce que le dommage eût été réparé, le fait que les tribunaux sont absolument soumis au contrôle des autorités militaires et exécutives et n'offrent par conséquent pas de garanties suffisantes d'impartialité [1]. Dans ce cas, il incombe à l'agent de l'Etat demandeur de faire la preuve de l'organisation judiciaire déficiente de l'Etat défendeur.

2. Il est admis d'autre part que le dommage résultant pour un étranger d'une attitude irrégulière des tribunaux à son égard, notamment d'un déni de justice, est imputable à l'Etat, et engage sa responsabilité internationale. Une action intentée de ce chef suppose également la preuve que l'Etat poursuivi n'administre pas une bonne justice.

Tous les cas où cette preuve peut être utile ne s'épuisent pas, d'ailleurs, dans ces deux types d'affaires. Ainsi est-il permis d'imaginer un litige où, en dépit d'une obligation assumée conventionnellement, un Etat se refuserait à extrader un criminel à un autre Etat, pour la raison qu'il n'y aurait plus, dans le second, la garantie d'une justice élémentaire : une semblable affirmation voudrait à tout le moins un commencement de preuve.

Si le point de savoir dans quelle mesure le fonctionnement des tribunaux d'un Etat est normal peut être décisif dans un litige international, il est aussi vrai que les juges, lorsqu'ils auront à décider de ce point, se montreront fort anxieux de ne pas porter atteinte à l'honneur de l'Etat attaqué en responsabilité. Ils seront, pour cela, particulièrement exigeants en ce qui concerne le quantum et la qualité de la preuve nécessaire à la démonstration des vices de l'organisation judiciaire d'un Etat. Il convient d'examiner ici quelques décisions en cette matière, aux fins de découvrir quelles règles de preuve ont été appliquées, de voir surtout si les unes ou les autres correspondent à des présomptions, de déterminer enfin l'incidence de ces règles sur le droit de fond.

Le jugement rendu le 22 novembre 1950 par la Cour internationale de justice, en l'affaire du droit d'asile, entre la Colombie et le Pérou [2] apparaît à cet égard d'une grande importance. Entre autres questions, il appartenait à la Cour de dire dans quelle mesure l'asile accordé à un individu peut être opposé à l'action de la justice. Voici ce qu'elle répondit : « En principe donc, l'asile ne peut être opposé à l'action de la justice. Il n'y a d'exception à ce principe que si, sous le couvert de la justice, l'arbitraire se substitue au règne de la loi. Tel serait le cas si l'administration de la justice se trouvait viciée par des mesures clairement inspi-

[1] Cf. les exemples relevés dans les « Digest » de J. B. MOORE, vol. VI, p. 677 ss, et G. H. HACKWORTH, vol. V, p. 511-526.
[2] CIJ, Recueil, 1950, p. 266.

rées par l'esprit politique. [1] » Or, l'agent de la Colombie avait bien prétendu que les autorités judiciaires péruviennes n'étaient pas assez indépendantes des autorités politiques [2]. A ces allégations, le jugement fait le sort suivant : « Il est vrai que des décrets successivement promulgués par le gouvernement du Pérou avaient établi et protégé l'état de siège dans ce pays; mais il n'a pas été démontré que l'existence de l'état de siège impliquait la subordination de la justice à l'exécutif, ni que la suspension de certaines garanties constitutionnelles entraînait l'abolition des garanties judiciaires. [3] »

Dans son opinion dissidente, le juge canadien, M. John E. Read fait valoir la même opinion, de façon plus catégorique encore : « Je dirai tout d'abord qu'il n'est pas possible d'accepter l'argument extrême proposé au nom du gouvernement colombien. Cet argument visait à jeter le discrédit sur l'administration de la justice au Pérou, en même temps que l'on accusait les autorités administratives de ce pays de s'immiscer dans la procédure judiciaire. Il suffira à cet égard de dire que le gouvernement de la Colombie n'a pas prouvé le bien-fondé de sa thèse et qu'il n'y a aucune raison de jeter le discrédit sur la justice ou sur la manière dont elle est administrée, que ce soit au Pérou ou dans tout autre Etat. [4] »

Dans une affaire dont il a déjà été question, celle des bateaux de guerre finlandais, le gouvernement britannique invoquait notamment le fait que les propriétaires finlandais n'avaient pas épuisé les voies de recours qui leur étaient offertes, cependant que le demandeur prétendait ces voies inefficaces. Toutefois la Finlande n'accusait pas la justice anglaise de ne pas offrir le minimum de garanties requis par le droit international, ce que le tribunal s'empressa de relever, afin d'écarter tout malentendu à ce sujet : « The Finnish Governement have expressly declared that they do not suggest that in the present case there has been any failure of British Law or British Courts to fulfill the requirements of International law. [5] »

La pratique internationale montre que, d'une manière générale, la règle du « local redress » s'applique. Les juges internationaux ne sont pas enclins à accepter l'idée que d'une manière générale, la justice d'un Etat est si déficiente que d'emblée, on peut déclarer inefficace une voie de recours existante [6]. La preuve d'un déni de justice peut se faire par tous

[1] CIJ, Recueil, 1950, p. 284.

[2] Cf. par ex. Contre-mémoire péruvien du 21 mars 1950, p. 115; Réplique du gouvernement colombien du 20 avril 1950, p. 319, dans CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents. *Affaire du droit d'asile*, vol. I.

[3] CIJ, Recueil, 1950, p. 284.

[4] *Ibid.*, p. 320.

[5] RSA, III, p. 1495.

[6] G. H. HACKWORTH, Digest, V, p. 520.

les moyens [1]. Quant à la preuve que la justice d'un Etat est foncièrement mauvaise, elle ne saurait être admise facilement. Telle est en particulier la signification de la décision de la Cour internationale de justice citée plus haut.

S'agit-il simplement d'une règle relative au fardeau de la preuve, c'est-à-dire d'un cas d'application de la règle « ei qui dicit incumbit probatio » ?. C'est ce que disent M. P. F. Gonidec [2] et M. L. C. Green [3]. Peut-être y a-t-il cependant une véritable présomption de bon fonctionnement des tribunaux des Etats. Le quantum de la preuve réclamé à celui qui allègue l'insuffisance de l'organisation judiciaire d'un Etat dépasse en effet les limites ordinaires, et le « défendeur » peut adopter une attitude passive inhabituelle en droit des gens [4]. Ainsi, dans l'affaire Haya della Torre, le Pérou a pu, sans dommage pour lui, ne pas attacher une importance excessive aux allégations colombiennes à l'endroit de son système judiciaire, et cela malgré les quelques indices sur lesquels s'appuyaient ces allégations.

En étudiant les présomptions en général, nous avons constaté que les présomptions ont parfois l'effet d'empêcher la production de certaines preuves propres à causer quelque scandale, à aviver les litiges plutôt que de les vider. La société internationale est fondée, en principe sinon toujours en fait, sur l'égalité et le respect mutuel de ses membres. Faut-il souhaiter qu'il soit possible, au moyen de quelques preuves même parfaitement insuffisantes, de mettre en cause la manière dont les tribunaux d'un Etat sont organisés et rendent la justice à propos d'un dommage beaucoup moins important que l'entente entre les nations ? La présomption de bon fonctionnement des tribunaux internes des Etats, qui peut être dégagée de certaines décisions, offre entre autres cet avantage de dissuader les Etats d'attaquer la justice d'autres Etats, à moins qu'ils ne disposent de preuves graves et convaincantes. Elle ne créerait pas d'injustice dans la mesure où elle céderait devant ces preuves. Telle était sans doute l'opinion du juge Read lorsqu'il écrivait : « Il n'y a aucune raison de jeter le discrédit sur la justice ou de se méfier de la manière dont elle est administrée, que ce soit au Pérou ou dans tout autre Etat. » Mais il convient d'insister une fois encore sur la difficulté qu'il y a parfois de tracer l'exacte limite entre présomption et fardeau de la preuve.

[1] Cf. l'excellente note du prof. BRIGGS, *op. cit.*, p. 677-680 et les décisions qu'il rapporte.
[2] *L'affaire du droit d'asile*, RGDIP, 1951, p. 547-592.
[3] « International Court of Justice », *The International Law Quarterly*, 4, 1951, p. 234.
[4] J. C. WITENBERG, *Onus probandi devant les juridictions internationales*, RGDIP, 1951, p. 331 ss.

6. Présomption de souveraineté

Dans ce paragraphe, il s'agit d'examiner l'une des décisions les plus importantes de la Cour permanente d'arbitrage [1] : la sentence rendue le 4 avril 1928 par le professeur Max Huber, dans le litige opposant les Etats-Unis d'Amérique au Royaume des Pays-Bas, au sujet de la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas) [2]. Dans ce cas, la *ratio decidendi* fut que la pratique et la doctrine reconnaissent dans l'exercice paisible de la souveraineté territoriale un titre valable de souveraineté (en l'absence de meilleur titre) [3].

Il est intéressant de noter, à propos de ce principe, que le Dr Schwarzenberger y a vu une présomption : « Une autre présomption importante découle du simple exercice d'une souveraineté de fait sur un territoire. A moins qu'un autre Etat puisse produire un meilleur titre, l'exercice de la souveraineté territoriale constitue une preuve du droit à la souveraineté sur le territoire en question. Telle fut la *ratio decidendi* dans l'affaire de Palmas. [4] »

Ainsi l'exercice de la souveraineté constituerait la base d'une présomption de souveraineté valable pour autant que la preuve contraire, c'est-à-dire la production d'un meilleur titre, n'est pas faite. Aucun auteur, à part M. Schwarzenberger, n'attribue à la règle appliquée par M. Huber le caractère d'une présomption : L'exercice paisible de la souveraineté territoriale pendant une certaine période est habituellement décrit comme une condition de la souveraineté, un critérium ou un titre [5]. M. Huber lui-même, après avoir posé le principe dans les termes cités ci-dessus, parle d'un « élément constitutif de la souveraineté territoriale » [6]. Faut-il voir dans l'exercice de la souveraineté dans une région déterminée la condition de la souveraineté ou le fait de base d'une présomption de souveraineté ? Il peut être l'une et l'autre chose. D'ailleurs le mot titre, qu'on emploie occasionnellement, peut également désigner soit l'élément constitutif d'un droit soit le moyen de le prouver. Au fond, il est assez extraordinaire de dire que l'exercice d'un droit est constitutif de ce droit, et c'est pourquoi la

[1] L. Cavaré, *Le droit international public positif*, I, Paris 1951, p. 280.

[2] RSA, II, p. 829-871.

[3] « ... practice, as well as doctrine, recognizes — though under different legal formulae and with certain differences as to the conditions required — that the continuous and peaceful display of territorial sovereignty (peaceful in relations to other States), is as good a title », *loc. cit.*, p. 839.

[4] G. Schwarzenberger, *International Law*, I, 2nd ed., London 1949, p. 57.

[5] P. Accioly, *Traité de droit international public*, trad. P. Goulé, Paris 1941, II, p. 225; C. G. Fenwick, *International Law*, 3rd ed., 1948, p. 357; L. Cavaré, *op. cit.*, I, p. 280.

[6] *Loc. cit.*, p. 439.

brutalité de cette affirmation est atténuée par l'exigence d'un exercice paisible. D'une manière générale, l'exercice de la souveraineté ne fera que démontrer provisoirement le droit à la souveraineté. Il équivaudra à ce que les juristes anglo-saxons appellent « prima facie evidence », cette valeur probatoire reposant sur l'idée qu'un Etat n'exerce pas des droits qui ne lui appartiennent pas. En ce sens, il s'agit bien d'une présomption. Mais, l'exercice de la souveraineté peut aussi être considéré sous un autre aspect, comme un véritable élément constitutif. Par exemple, lorsque M. Huber déclare que le droit international ne peut être présumé réduire la souveraineté à un droit abstrait, ne nécessitant aucune manifestation concrète [1], il fait de cette manifestation, c'est-à-dire de l'exercice de la souveraineté, une condition. Nous sommes, dans ce cas, en dehors du domaine de la preuve. Si l'exercice d'un droit peut aller jusqu'à conférer ce droit, c'est que dans l'intérêt des relations internationales, de leur sécurité, il importe que les situations existantes soient protégées, c'est parce que, si en principe la légalité doit être préférée à l'effectivité, le temps parfois efface l'illégalité et ne laisse subsister que l'effectivité. Dans la limite de ces observations, le commentaire de M. Schwarzenberger paraît justifié.

Toutefois la sentence rendue dans l'affaire de l'île de Palmas doit encore être retenue ici pour une autre présomption, d'autant plus importante qu'elle a donné lieu à l'unique discussion de principe touchant les présomptions en droit international public. Le gouvernement néerlandais n'était pas parvenu à prouver qu'il avait exercé sa souveraineté sur l'île de Palmas entre 1726 et 1825. Mais, se fondant sur le droit français, le droit allemand et le droit hollandais, il prétendait que l'exercice qui avait eu lieu avant 1726 devait être présumé avoir continué. M. Huber repoussa cette prétention. Selon lui, il n'est pas question d'appliquer des présomtions de ce genre dans une procédure arbitrale, à moins que le compromis ne les admette. En l'espèce cependant, il admit la plus grande vraisemblance de la continuation de l'exercice de la souveraineté des Pays-Bas [2]. Dans la critique trop sévère qu'il fit de la sentence de la Cour permanente d'arbitrage, le professeur Jessup observe que l'arbitre, après avoir exclu en principe l'usage des présomptions en droit international, a bel et bien reconnu une « presumption of continuance », en déclarant qu'il n'y avait aucune raison de supposer que les relations entre la Hollande et l'île de Palmas aient cessé entre 1726 et 1825 [3]. Le professeur Fernand De Visscher, de l'Université de Louvain, interpréta aussitôt la décision de M. Max Huber d'une manière différente, en écrivant notamment : « La

[1] *Loc. cit.*, p. 839, *in fine*.
[2] *Loc. cit.*, p. 864.
[3] AJIL, XXII, 1928, p. 745.

conviction de l'arbitre se fonde ici sur une présomption de fait parfaitement compatible avec le rejet de toute présomption légale. » Et d'ajouter en note : « La critique formulée à cet égard par M. Ph. Jessup paraît peu justifiée. [1] »

Voici les deux questions auxquelles il faut répondre : 1. M. Huber a-t-il vraiment appliqué une « présomption de fait » ? 2. S'il a appliqué une présomption de droit, était-il justifié à le faire ?

L'étiquette assez malheureuse de présomption de fait, ainsi qu'il est apparu au chapitre premier, sert à désigner ou bien une présomption de droit, ou bien le simple fait pour le juge de retenir la plus probable de deux propositions qui lui sont soumises. Dans le cas particulier, la continuation de l'exercice de la souveraineté néerlandaise était-elle plus probable que la cessation ? Si on se place à un point de vue absolu, non. Il n'y avait aucune preuve en ce qui concerne la période de 1726 à 1825. Mais c'est à un point de vue relatif qu'il convient de se placer, d'autant plus que le compromis invitait M. Huber à ne pas juger de la valeur absolue des titres soit de la Hollande soit des Etats-Unis, mais à décider, relativement, lequel des deux pays avait les meilleurs titres. Et alors, en tenant compte des preuves apportées par la Hollande en ce qui concerne les périodes précédant l'année 1726 et suivant 1825, on peut estimer la continuation de l'exercice de la souveraineté plus probable. En dépit de l'opinion du professeur Jessup, il semble donc que M. Huber pouvait parfaitement arriver aux conclusions qui furent les siennes sur la base de son pouvoir de libre appréciation des preuves, en d'autres termes, en recourant à une présomption « de fait ».

Pourtant, pour répondre à la deuxième question, il semble que s'il avait été nécessaire de recourir à une présomption de continuation, M. Huber aurait été justifié à le faire. L'agent des Pays-Bas, ainsi qu'il a été dit, invoquait une telle présomption par analogie avec les droits français, allemand et hollandais. Il eût pu citer d'autres systèmes encore, en particulier le système anglais [2]. En tant que les principes généraux du droit reconnus par l'article 38, ch. 3 du Statut de la Cour internationale de justice correspondent aux règles communes à toutes les nations civilisées, nous serions bien en présence d'une règle de droit international. Mais, à ceux qui interprètent différemment l'article 38, ch. 3, préférant y voir un renvoi aux règles de logique impliquées dans tout système de droit, à ce que Lord Finlay appelait la « grammaire du droit », il est

[1] RDILC, 1929, p. 735 ss.

[2] C. D. NOKES, *An Introduction to Evidence*, London 1952, p. 61 ; S. L. PHIPSON, *The Law of Evidence*, 9th ed. by Sir ROLAND BURROWS, London 1952, p. 107-110 ; COCKLE'S, *Cases and Statutes on Evidence*, 8th ed. by L. F. STURGE, London 1952, p. 30 ; W. WILLS, *The Law of Evidence*, 3rd ed. by J. D. FINLAISON, London 1938, p. 50-52, etc.

également possible d'admettre une présomption de continuation. Lorsqu'un élément continu doit être prouvé, il y aurait quelque diabolisme à demander la preuve de l'existence de cet élément à chaque instant de la période relevante. C'est faire bonne justice que de consentir à ce que la preuve soit faite seulement pour un certain nombre de moments-étapes, une présomption de continuation servant à relier ces étapes. M. Huber eût donc tout aussi bien pu se fonder sur un principe de droit que sur son pouvoir d'appréciation en matière de preuve, pour justifier ses conclusions favorables aux Pays-Bas.

7. Les présomptions dans le domaine de l'immunité de juridiction des Etats

Le domaine d'application de la règle en vertu de laquelle les actes du gouvernement d'un Etat ne sauraient faire l'objet d'un contrôle par les tribunaux d'un autre Etat, c'est-à-dire le domaine de l'immunité de juridiction des Etats, est l'un de ceux où tant la doctrine que la pratique du droit international ont fait le recours le plus fréquent, et aussi le plus imprécis, à la notion de présomption. Voici quelques exemples importants de ce recours.

L'article 2 du projet provisoire de résolutions sur l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers, du 23 juin 1951, préparé par M. E. Lémonon pour l'Institut de droit international est ainsi rédigé :

« Un Etat peut renoncer à se prévaloir de son immunité de juridiction soit à l'occasion d'une espèce dont le tribunal étranger est saisi, soit dans tout contrat de droit privé pour les différends résultant dudit contrat. (al. 2) Dans ces deux cas, la renonciation peut être implicite. Elle sera présumée notamment dans le premier cas lorsque l'Etat aura conclu sur le fond du litige sans avoir excipé de son immunité; dans le deuxième cas, lorsque l'Etat aura affecté un bien au but du contrat. (al. 3) Dans tous les cas, la renonciation doit être certaine et régulière; elle ne peut s'induire d'une présomption vaine. [1] »

Le manuel de M. Schwarzenberger doit être cité ici pour l'important passage qui suit : (notre trad.) :

« Ceci ne signifie pas qu'un Etat a toujours l'intention d'agir en tant que personne internationale. Cependant dans les relations entre sujets de droit international, c'est ce qu'il faut présumer. En tous les cas, il serait contraire au principe de l'égalité des Etats de présumer qu'une

[1] Annuaire de l'Institut de Droit international, 45, 1952, I, p. 39; cf. Observations de MM. Niboyet, p. 130, et Dickinson.

partie contractante veuille soumettre un traité conclu avec un autre Etat au droit interne de ce dernier. Pourtant, rien n'empêche les Etats de stipuler expressément dans ce sens, ou de décider qu'un traité devra être interprété conformément au droit interne d'un Etat tiers. Telle est la situation normale dans le cas de contrats d'Etats, c'est-à-dire d'accords entre un Etat et des étrangers, comme un consortium par exemple : les parties sont censées vouloir l'interpréter à la lumière du droit interne. En l'absence de stipulation expresse contraire, le fait que l'individu ou la société étrangère n'ont pas la personnalité internationale écarte la présomption selon laquelle l'accord est régi par le droit international public. [1] »

Ce texte, il faut l'observer, concerne plus le droit applicable que la juridiction compétente, pour emprunter la terminologie du droit international privé. Mais, en ramenant la question au point de savoir si l'Etat avait ou non l'intention d'agir en qualité de personne internationale, M. Schwarzenberger fond les deux problèmes en un. Il est admis qu'un Etat peut renoncer à l'immunité de juridiction. Rechercher, dans un cas particulier s'il a renoncé, c'est rechercher s'il avait l'intention d'agir en tant que sujet du droit des gens ou non.

La Cour d'appel d'Aix dans la cause Laurans c. Gouvernement impérial du Maroc, Maspero et Société marseillaise de crédit, déclare entre autres choses : « Mais, attendu qu'une renonciation à une immunité de juridiction ne se présume pas; qu'une telle dérogation au principe essentiel de l'indépendance des Etats ne doit laisser aucun doute, être claire et certaine, résulter d'un acte manifestant à cet égard une volonté formelle et être recherchée non pas dans l'intention probable des parties contractantes... [2] »

L'Autriche avait conclu un contrat avec une société, par lequel elle s'était engagée à reprendre « toutes les obligations légales de cette dernière, quelle qu'en soit la nature ». Ce contrat ayant fait l'objet d'un litige, le tribunal bavarois qui eut à en connaître estima que l'Autriche avait, par les termes mêmes qui viennent d'être cités, renoncé à son immunité juridictionnelle. [3] »

Le gouvernement roumain avait passé un contrat avec un commerçant italien, ayant trait à des livraisons d'armes, et il avait déposé des fonds

[1] *A Manual of International Law*, 3rd, ed., London 1952.

[2] Gazette du Palais, 1930, I, p. 246-247, cité dans *Research in International Law, Harvard Law School*, 1932, p. 553.

[3] « Schon diese Sachlage würde an sich genügen für die rechtliche Annahme einer freiwilligen Unterwerfung des österreichischen Staats unter die Jurisdiction der deutschen Gerichte in Bezug auf das hier fragliche spezielle Rechtsverhältnisse », Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, Heizer. g., Kaiser Franz-Josephs Bahn A.G., *Research in International Law, Harvard Law School*, p. 556, où l'expression « rechtliche Annahme » est traduite par « legal presumption ».

dans une banque italienne en vue de l'exécution du contrat. Attaqué en inexécution du contrat devant un tribunal italien, il excipait de son immunité de juridiction. La Cour de cassation de Rome n'admit point cette objection : « In realtà, tali vizi non esistono, perché il deposito dei buoni del tesoro presso la Banca Italiana di sconto sede di Roma, nello scopo di assicurare e facilitare il pagamento, importa di necessità, non per semplici presunzioni, ma come conseguenza immediata e diretta dell'atto, il consenso ai prezzi tendenti a conseguire lo scopo fra cui precipuo il recorso all'autorità giudiziaria italiana. [1] »

Les exemples cités veulent quelque commentaire, mais il faut auparavant faire deux remarques : D'abord, les cas cités ne sont vraiment que quelques exemples, car les décisions sont nombreuses où les juges ont fait appel à une présomption de renonciation à l'immunité juridictionnelle. Au fond non seulement la théorie de la renonciation implicite, mais aussi le principe de la distinction classique entre actes « jure imperii » et acte « jure gestionis » reposent sur une telle présomption. La deuxième remarque sera pour dire qu'il n'y a lieu de tirer aucune conclusion, quant à la nature de la règle de l'immunité, du fait que les décisions citées émanent toutes de tribunaux internes. La règle de l'immunité appartient au droit international, et c'est comme une règle de droit international que les tribunaux internes des Etats l'ont toujours appliquée, même s'ils l'interprétaient très diversement [2].

Les présomptions examinées sont différentes, voire contradictoires [3]. Mais elles se rapportent toutes au même objet : l'intention d'un Etat de renoncer à l'immunité juridictionnelle dont il jouit, pour une affaire déterminée ou pour une catégorie d'affaires. Les règles manquent de certitude dans ce domaine. Il est cependant admis unanimement qu'un Etat est en droit de renoncer à son immunité. La renonciation ne pose aucun problème si elle est expresse. La question se complique lorsque le contrat ne mentionne pas directement la renonciation. La partie qui a intérêt à ce que le tribunal se déclare compétent, s'efforce de prouver l'intention de l'Etat défendeur de se soumettre à la juridiction d'une cour étrangère. Il invoque pour ce faire l'attitude de cet Etat à l'égard de la procédure engagée ou la nature du contrat litigieux. Souvent ces tentatives de preuve ont pour effet de plonger le tribunal dans le doute. C'est

[1] « Stato di Rumania c. Trutta. Corte de Cassazione del Regno, Sezioni Uniti, 1926. *Monitore dei tribunali*, 67, 1926, p. 290; *Giurisprudenza italiana*, 1926, p. 774; *Foro Italiano*, 1926, I, p. 584-590; *Research in International Law, Harvard Law School*, 1932, p. 557.

[2] Voir à ce sujet deux arrêts du Tribunal fédéral suisse : K. K. Oesterreich. Finanzministerium g. Dreyfus (ATF, 44, 1918, I, p. 49 et 51), Hellenische Republik g. Obergericht Zurich (ATF 56, 1930, I, p. 237 et 250-252).

[3] Voir les observations de M. NIBOYET au projet LÉMONON. Annuaire de l'Institut de Droit international, 45, 1952, I, p. 130.

alors que, pour subvenir à la difficulté de preuve, la doctrine propose des présomptions, qui parfois reçoivent la sanction des juges. Les uns admettent que tel ou tel acte implique la volonté de renoncer à l'immunité de juridiction, les autres, et c'est notamment le point de vue britannique classique, estiment que la renonciation ne saurait être qu'expresse.

Il n'est pas facile de dire qui a raison dans l'état actuel du droit international. Il est des divergences profondes au sujet du principe même qui régit ou devrait régir l'immunité de juridiction. Faut-il préférer le principe de l'immunité absolue ou celui de l'immunité restreinte ? L'évolution la plus récente de la pratique montre que le principe de l'immunité restreinte rallie un nombre croissant d'adhésions. Mais encore, comment appliquer ce principe ? On pourrait admettre une règle générale, qui serait l'immunité, et quelques exceptions à cette règle, ou au contraire, la règle de l'absence d'immunité, sauf cas exceptionnels, expressément réservés par le droit. Ce sont là autant de questions auxquelles il n'est pas de réponse certaine dans la doctrine. Le juge, qui doit prendre une décision, vider un litige, reporte la difficulté sur la preuve, pour éviter dans la mesure du possible d'avoir à prendre une position de principe. L'Etat dont il rend la justice incline-t-il vers la reconnaissance de l'immunité absolue, il dira que la renonciation ne peut être présumée, traitant la question comme si elle relevait uniquement de l'appréciation des preuves de renonciation. La tendance du système juridique qu'il représente est-elle au contraire à la limitation des effets de l'immunité, il sera tenté de voir dans quantité de faits l'expression très claire de la volonté de renoncer à l'immunité juridictionnelle. Au point de vue strict de la preuve, l'une et l'autre manière sont injustifiées. Si l'on prétend vraiment rechercher une intention, il n'y a aucune raison de ne vouloir prendre en considération que des déclarations expresses. Mais, à l'autre manière, on peut opposer que, *par sa nature*, aucun contrat n'implique la volonté de renoncer, à moins que le droit de fond ne le déclare lui-même. Ainsi, il n'y a pas de lien de nécessité logique entre le dépôt de fonds dans une banque italienne par le gouvernement roumain, et la renonciation à l'immunité de juridiction devant les tribunaux italiens.

L'absence de critères de valeur, l'insuffisance démontrée de la distinction entre les actes « jure imperii » et les actes « jure gestionis » expliquent assez ce que nous voulons dire ici. Au fond, il est très compréhensible que l'on ait tenté de transformer le problème de principe qui se pose en un problème de preuve. A tort ou à raison en effet, les juges croient souvent remplir une fonction mineure en tant qu'ils apprécient les faits d'une

[1] F. GORPHE, *Les décisions de justice*. Etude psychologique et judiciaire, Paris 1952, p. 84.

cause [1]. Pourtant, dans le cas présent, il est vain de vouloir résoudre la question sous son aspect probatoire avant de l'avoir résolue au point de vue du droit de fond. Dans l'immédiat, le juge anglais doit présumer l'absence de renonciation à l'immunité [1]. Les idées reçues dans son pays le lui commandent. Sur le « Continent » européen au contraire, on pourrait parfois présumer l'intention de renoncer [2]. Encore faudrait-il que le fait de base de la présomption de renonciation soit mieux défini. Mais il est peut-être préférable d'affronter le problème de principe, qui dépasse beaucoup le cadre de ce paragraphe. En ce qui le concerne, il faut souligner cependant l'intérêt que ne manqueront pas de susciter les suggestions faites par M. Jean-Flavien Lalive dans le cours qu'il a professé en 1953 à l'Académie de droit international. M. Lalive est d'avis qu'il conviendrait de poser le principe d'une immunité réduite à certaines catégories d'actes, et de dresser le tableau de ces catégories. Si ce système se transformait en droit positif, il faudrait prouver que l'acte litigieux ne rentre pas dans ces catégories pour que le tribunal de l'Etat étranger soit compétent. En l'absence de cette preuve, le tribunal serait incompétent, sans qu'il soit besoin de faire intervenir des présomptions.

8. Présomption de nationalité

La question de savoir quelle est la nationalité d'une personne est souvent décisive dans un procès international [3]. Comment la nationalité doit-elle alors être prouvée ? Les arbitres ont fréquemment déploré l'état d'incertitude qui règne au sujet de la réponse à donner à cette question [4].

Trois systèmes de preuve ont été proposés [5]. Dans un premier système, la preuve de la nationalité relève de la libre présentation et appréciation par le juge international. C'est le système retenu en particulier dans deux affaires importantes, l'affaire Georges Pinson [6] et l'affaire William A. Parker [7]. Dans un deuxième système, la nationalité doit être prouvée conformément aux règles de procédure probatoire de l'Etat « demandeur », c'est-à-dire de l'Etat qui prétend qu'une certaine personne est son

[1] Article 2, al. 3, projet Lémonon.
[2] Article 2, al. 2, projet Lémonon.
[3] Sur la nationalité et le droit des gens, cf. Briggs, *op. cit.*, p. 453-524.
[4] Sentence de M. Verzijl dans l'affaire *Georges Pinson*, Commission franco-mexicaine des réclamations, sentence N° 1, RGDIP, 39, 1932, p. 393; A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions*, 1923-1934, New York 1935, p. 271.
[5] M. Sibert, Traité cité, I, p. 554-556; H. W. Briggs, *op. cit.*, p. 471-473.
[6] *Loc. cit.*, p. 377-379.
[7] United States-Mexican General Claims Commission. Opinions of Commissioners, 1927, p. 82.

national [1]. Enfin le troisième système veut l'application des règles de procédure probatoire de l'Etat « défendeur » [2].

Il est difficile de dire lequel de ces systèmes est le plus juste, lequel correspond le mieux à la nature du droit des gens. Le problème dépasse le cadre d'une étude consacrée aux présomptions. Le premier système, qui laisse au juge international le soin de fixer quelles règles doivent être suivies pour prouver la nationalité, est incontestablement le plus couramment admis dans la pratique internationale, spécialement dans la pratique des Commissions mixtes mexicaines, qui ont eu à résoudre le problème de la preuve de la nationalité plus souvent que n'importe quelle autre cour internationale. Il nous paraît juste de préférer ce système. Il importe en effet de ne pas commettre deux erreurs qui ne sont pas toujours absentes des décisions recommandant les autres systèmes évoqués plus haut : 1. Il ne faut pas confondre l'attribution de la nationalité et la preuve de la nationalité. La liberté des Etats de déterminer quels sont leurs nationaux, liberté qui n'est d'ailleurs pas limitée, n'implique nullement que dans un procès international, la preuve de la nationalité ne saurait être faite que par l'Etat prétendant qu'une personne possède sa citoyenneté et selon les règles de cet Etat seulement. S'il en était ainsi, il serait possible à l'Etat d'attribuer sa nationalité à une personne aux seules fins d'un procès, contre toute bonne foi. 2. La détermination de la nationalité d'une personne dans un procès de droit international privé diffère de la même détermination dans un procès de droit international public. Sans insister sur ce point, il sied de remarquer que, s'agissant du droit des gens, un Etat pourrait endosser la réclamation d'un prétendu national dans le but inavoué d'intervenir dans les affaires d'un autre Etat, d'exercer une sorte de censure de sa gestion. Le même danger n'est pas concevable en droit international privé, car le procès se déroule alors devant une instance interne. Mais surtout, lorsqu'il s'agit de fixer la nationalité d'une personne uniquement pour résoudre un conflit de lois, cette fixation a une portée occasionnelle et très locale, elle ne décide pas de l'éventuelle obligation d'un Etat, mais, en général, de celle d'un particulier. Par suite, une cour de droit international public peut ignorer l'article 2 de la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de nationalité.

Lors donc que la nationalité d'une personne compte parmi les faits pertinents d'un procès de droit des gens, sa preuve doit être faite non pas conformément à des règles empruntées au droit national des Etats-parties, mais selon des règles propres au droit international. Ceci est

[1] Affaire *Carlos Klemp*, Allemagne c. Mexique, AJIL, 24, 1930, p. 610.

[2] *Affaire des propriétés religieuses*, France, Royaume-Uni, Espagne c. Portugal, Cour permanente d'arbitrage. Réclamation espagnole en faveur de *Dona Concepcion Barranechea y Manterola*, RSA, I, p. 21-23.

d'ailleurs l'application, au domaine de la nationalité, d'un principe général en droit des gens : le droit de recourir à des règles de preuve autonome [1].

Il reste à dire quelles sont les règles de preuve offertes par le droit international en ce domaine. On parle parfois, à propos du système de la détermination internationale de la nationalité, de libre appréciation des preuves. Ceci n'est pas faux dans la mesure où l'on veut dire que tous les moyens de preuve sont en principe admissibles. Toutefois, un précepte est fréquemment appliqué, qui, comme toutes les présomptions, apporte une exception au principe de la libre appréciation des preuves. Il s'agit de la présomption de nationalité qui naît de la production d'un certificat consulaire d'immatriculation ou d'un certificat de naturalisation. Voici quelques cas d'application de cette présomption :

Dans l'affaire Flutie, la Commission des réclamations Venezuela-Etats-Unis admit que les certificats de naturalisation créaient une présomption de nationalité. Elle observa cependant que cette présomption devait céder devant la réalité, lorsque l'inexactitude des déclarations contenues dans le certificat était prouvée. En d'autres termes, elle précisait le caractère « iuris tantum » de cette présomption [2].

Dans l'affaire des propriétés religieuses expropriées au Portugal (Réclamation de Dona Rocatallada y Escartin), la Cour permanente d'arbitrage, composée de M. Elihu Root, du Jonkheer de Savornin-Lohmann et de M. Lardy, ne dit point si un seul certificat consulaire suffisait à prouver la nationalité de la réclamante. Mais le Portugal, à qui l'adoption de cette règle nuisait, admit qu'une présomption résultait dudit certificat, et il ne parvint pas à écarter les effets de cette présomption par l'administration de la preuve contraire [3].

La décision de la Commission des Réclamations anglo-mexicaine dans l'affaire R. J. Lynch décrit bien les effets de cette présomption : « Il est naturellement concevable que l'inscription du nom d'une personne sur un registre consulaire soit faite sans précaution, ou de façon erronée, ou dans des circonstances qui, plus tard, donneront naissance à des doutes sérieux. Il n'est pas moins vrai que l'immatriculation consulaire ne résout aucunement le problème de la double nationalité. Dans des circonstances comme les présentes, un certificat ne peut être considéré comme une preuve absolue de la nationalité, et il sera loisible à l'agent du gouvernement défendeur de produire des moyens de preuve contraire. Mais lorsque, comme dans le cas particulier, rien n'est allégué, qui ferait surgir le moindre

[1] J. C. WITENBERG, *Onus probandi devant les juridictions internationales*, RGDIP, 1951, p. 321-342; J. F. LALIVE, *Quelques remarques sur la preuve devant la CIJ*, Ann. suisse, VII, 1950, p. 77-103; D. V. SANDIFER, *op. cit.*, sont autant d'ouvrages affirmant ce principe.

[2] J. H. RALSTON, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 38.

[3] RSA, I, p. 45-46.

doute quant à l'exactitude ou la bonne foi de l'inscription dans le registre, un certificat consulaire doit être accepté comme « prima facio evidence », que les objections très générales faites par le gouvernement défendeur ne diminuent pas dans sa force probatoire. [1] »

On invoque parfois la décision de la Commission des réclamations germano-mexicaine dans l'affaire Carlos Klemp [2] comme une décision contestant toute valeur probatoire aux certificats consulaires [3]. Mais le professeur Verzijl, dans sa sentence en l'affaire Georges Pinson relève justement que la décision Carlos Klemp « attaque plutôt la force probante absolue (c'est-à-dire sans admissibilité de preuves contraires) que la force probante *prima facie* des certificats consulaires. [4] » On peut en dire autant de la décision du surarbitre Thornton dans l'affaire Brockway.

Parmi les décisions qui font appel à une présomption de nationalité en faveur de la partie qui produit un certificat consulaire, il faut citer encore la sentence de M. Bertinatti dans l'affaire Medina [5], et surtout la sentence de M. Verzijl en l'affaire Pinson, qui contient un exposé très complet de la jurisprudence en la matière.

Il convient de voir enfin quelle est la portée de la présomption en question, et quelles raisons peuvent la justifier. L'un de ses effets est de restreindre le pouvoir du juge international d'apprécier librement les preuves qui lui sont soumises. En l'absence d'une preuve contraire convaincante, le juge international doit s'en remettre au certificat consulaire. D'autre part, il y a bien un déplacement du fardeau de la preuve, puisque le certificat consulaire oblige le défendeur à prouver que la personne dont l'Etat demandeur prétend endosser la réclamation n'est pas un national de cet Etat. Le point le plus important est que la présomption envisagée apporte une limite raisonnable au principe de la détermination internationale de la nationalité. Il ne fait aucun doute en effet que le certificat consulaire est à l'origine un moyen de détermination interne de la nationalité d'une personne. Le droit des gens utilise ce mode de détermination, en le contrôlant il est vrai. A supposer qu'un système de droit interne décrète que le certificat consulaire est un moyen de preuve de valeur absolue, cette règle n'empêcherait pas le juge international de vérifier si le certificat a été obtenu régulièrement. Cette présomption est justifiée. Il est souvent difficile de prouver la nationalité d'une personne. Aussi est-il normal d'attribuer une valeur probatoire prépondérante à un moyen qui offre certaines garanties. Le certificat d'immatriculation

[1] British-Mexican Claims Commission, 1929. Decisions and Opinions of Commissioners (1931), p. 20.
[2] AJIL, 24, 1930, p. 610.
[3] A. H. Feller, *op. cit.*, p. 274.
[4] RGDIP, 1932, p. 394.
[5] A. de La Pradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, II, Paris 1923, p. 164.

consulaire est regardé par beaucoup d'Etats comme une condition de la protection diplomatique : or, les Etats ne cherchent pas en général à intervenir en faveur de non-ressortissants. Sans doute, des fraudes peuvent se produire, mais la présomption générale de bonne foi veut qu'elles ne soient pas présumées. Enfin et surtout, la plupart des systèmes de droit connaissent une présomption de vérité attachée aux registres des autorités [1]. Cette présomption constitue un principe si général que son emploi en droit international ne saurait heurter les consciences juridiques.

9. Présomptions de destination hostile dans le transport maritime

Le droit de la mer offre plusieurs exemples de présomptions [2]. Ces exemples, il est impossible de les examiner tous ici, pour deux raisons en particulier. D'abord, un tel examen ne saurait être fait d'une manière satisfaisante que par un spécialiste du droit international de la mer, tant il est vrai que ces présomptions sont en étroite relation avec le droit de fond. Ensuite, ces présomptions ont été acceptées ou rejetées par des juridictions nationales de prise. Sans doute celles-ci appliquent-elles le droit international, avec une impartialité qui n'a pas à être mise en cause ici. Leur organisation, leur procédure sont cependant plus proches du droit interne que du droit des gens. Par suite, il vaut mieux ne pas mettre leurs jugements sur le même plan que ceux de la CIJ.

Pourtant, à titre d'exemple, il n'est pas déplacé de parler d'une présomption importante qui a reçu une certaine consécration. Cette présomption a trait à la contrebande, c'est-à-dire à l'une des questions les plus controversées du droit des gens. La contrebande suppose la réunion de deux éléments. D'une part, les marchandises doivent, pour constituer un article de contrebande, pouvoir être éventuellement utilisées par un belligérant. D'autre part, elles doivent être destinées à un belligérant [3]. A la question de savoir à qui il incombe de prouver la destination hostile (au capteur qui devrait montrer la régularité de sa prise ou au saisi), on a parfois répondu en invoquant une présomption de destination hostile des marchandises, qui, en certaines circonstances, ferait peser le fardeau de la preuve sur la personne du saisi [4].

[1] Affaire Brewer, Möller et Cie, J. H. Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 584.

[2] A. P. Higgins and C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, 2nd ed. by C. J. Colombos, London 1951, p. 406-408 et p. 512-513.

[3] A. P. Higgins and Colombos, *op. cit.*, p. 503; L. Oppenheim, *International Law*, 7th ed. by H. Lauterpacht, II, London 1952, p. 799 ss; H. W. Briggs, *op. cit.*, p. 1040.

[4] Sur cette question du fardeau de la preuve de la destination ennemie des marchandises, cf. J. B. Moore, *Digest of International Law*, VII, p. 1238; G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, VII, p. 39; Higgins-Colombos, *op. cit.*, *loc. cit.*, J. C. Bluntschli, *Droit international codifié*, trad. Lardy, p. 51.

La *Déclaration de Londres*, préparée par la Conférence navale de 1909, prévoyait en son article 3 : « Les articles de contrebande conditionnelle sont saisissables, s'il est établi qu'ils sont destinés à l'usage des forces armées ou des administrations de l'Etat ennemi, à moins, dans ce dernier cas, que les circonstances établissent qu'en fait les articles ne peuvent être utilisés pour la guerre en cours. » L'article 34 précise : « Il y a présomption de la destination prévue à l'article 33, si l'envoi est adressé aux autorités ennemies, ou à un commerçant établi en pays ennemi et lorsqu'il est notoire que ce commerçant fournit à l'ennemi des objets et des matériaux de cette nature. Il en est de même si l'envoi à destination d'une place fortifiée ennemie ou d'une autre place servant de base aux forces armées ennemies; toutefois cette présomption ne s'applique pas au navire de commerce lui-même faisant route vers une de ces places et dont on entend établir le caractère de contrebande. A défaut des présomptions ci-dessus, la destination est présumée innocente. Les présomptions établies dans le présent article admettent la preuve contraire. » Le rapport général du comité de rédaction du projet commentait ainsi l'article 34, alinéa 4 (la dernière phrase ci-dessus) : « Telle est la règle ordinaire, conformément à laquelle le capteur doit prouver le caractère illicite des marchandises qu'il prétend capter. [1] »

L'adoption de cette règle par la Conférence de Londres est importante, bien que la Déclaration n'ait été ratifiée par aucun Etat, car elle réunissait les Puissances « afin de déterminer ce que comportent les règles généralement reconnues du droit international, au sens de l'article 7 de la Convention du 18 octobre 1907, relative à l'établissement d'une Cour internationale des Prises » (Préambule de la Déclaration). En d'autres termes, il s'agissait d'un essai de codification du droit des prises.

Pendant la première guerre mondiale, la règle contenue à l'article 34 ne fut pas appliquée. Les Etats adoptèrent chacun leurs règles relatives à la preuve de la destination hostile. Ainsi, en Grande-Bretagne, le « Maritime Rights Order-in-Council » du 7 juillet 1916 prévoyait : que « la destination hostile requise pour la condamnation d'articles de contrebande sera présumée exister, jusqu'à preuve du contraire, lorsque les marchandises seront consignées auprès d'une autorité ennemie, ou pour son compte, ou auprès d'un agent de l'Etat ennemi, ou auprès d'une personne se trouvant en territoire ennemi ou occupé par l'ennemi, ou auprès d'une personne qui, au cours des présentes hostilités, a envoyé des marchandises en contrebande à une autorité ennemie, à une per-

[1] A. P. HIGGINS, *The Hague Peace Conferences*, and other International Conferences concerning the Law and Usages of War. Cambridge 1909, p. 589.

sonne se trouvant en territoire appartenant à ou occupé par l'ennemi, ou si les marchandises sont consignées à ordre, ou si les papiers de bord ne montrent pas qui est le véritable consignataire des marchandises. »

Dans les Instructions françaises de 1934, on trouve la règle suivante : La destination hostile est réputée si les marchandises sont consignées auprès d'un agent de l'ennemi dans un port neutre, ou sont consignées à ordre ou sans indication du nom du consignataire dans un port neutre ayant habituellement servi de port de transit pour l'ennemi dès le début des hostilités [1].

Ces textes ont été rapportés aux fins de démontrer deux choses : Premièrement, combien on peut modifier les effets d'une règle de fond en agissant sur les règles de preuve correspondantes, et surtout sur les présomptions. Deuxièmement, la difficulté d'arriver, en cette matière, à une règle internationale de preuve [2]. En principe, il incombe au capteur de prouver la destination hostile. Ce principe fut reconnu dans une note du Foreign Office à l'ambassade des U.S.A. à Londres du 10 février 1915 : « Le principe selon lequel le fardeau de la preuve devrait toujours reposer sur le capteur, a habituellement été admis en théorie. En pratique, cependant, il en a presque toujours été autrement, et tous ceux qui étudient les décisions des juridictions de prises au cours des guerres du passé et même du présent, observeront que les marchandises échappent rarement à la condamnation, à moins que leur propriétaire soit en mesure de prouver que leur destination était innocente. [3] » Contrairement à ce qu'en dit cette note, le principe fut parfois reconnu dans la pratique, par exemple dans une décision de Sir Samuel Evans : « Il ne fait aucun doute qu'il incombe en premier lieu au capteur de prouver des faits dont on puisse raisonnablement déduire la destination hostile, sous réserve de preuve contraire des plaignants. [4] » Quant à la pratique contraire à laquelle la note du Foreign Office fait allusion, Bluntschli n'hésite pas à y voir une violation du droit international. Il écrit : « Les conseils des prises sont du reste devenus, ces dernières années, moins partiaux que jadis; ils ne présument plus avec autant de facilité ou de passion la culpabilité du navire saisi. [5] »

Le principe doit cependant être soumis à des restrictions, imposées par les innombrables possibilités de fraude inhérentes au transport

[1] OPPENHEIM, éd. LAUTERPACHT, citée, note 2 ad p. 810-811; PAUL FAUCHILLE, *Traité de droit international public*, II, Paris 1921, N° 1588, 29.

[2] Sur « l'arbitraire qui régna en matière de contrebande pendant la conflagration mondiale », cf. H. ACCIOLY, Traité cité, trad. GOULÉ, III, Paris 1942, p. 340.

[3] G. H. HACKWORTH, Digest cité, VII, p. 80.

[4] *Ibid.*, p. 81.

[5] J. C. BLUNTSCHLI, *op. cit.*, p. 51.

maritime [1]. Il semble donc qu'il y ait place pour certaines présomptions. Ces présomptions devraient :

1. Reposer sur un degré de probabilité raisonnable.
2. Ne pas contraindre le navire saisi à une preuve diabolique.
3. Ne pas aboutir à la consécration du principe opposé, à savoir que le fardeau de la preuve reposerait entièrement sur le saisi [2].

L'étude de la pratique des Cours des prises révèle combien les circonstances qui pourraient donner naissance à une présomption de destination hostile des marchandises varient d'un conflit à l'autre, et combien elles rendent toute fixation du droit de la preuve en matière de contrebande de guerre très difficile. Les règles adoptées par la Conférence navale de Londres de 1909 étaient au fond les plus propres à conduire à une solution internationale du problème : fardeau de la preuve incombant au capteur, sauf présomptions fondées sur de fortes probabilités. Il est intéressant d'observer l'empressement avec lequel les États ont reconnu des présomptions, indiscutablement de droit puisqu'elles figurent dans des textes censés exprimer le droit des gens, lorsque ces présomptions pouvaient servir leurs intérêts. Une remarque, déjà faite à un autre propos, doit être répétée ici : on ne saurait résoudre les problèmes de preuve dans un domaine où les principes matériels eux-mêmes sont controversés.

10. Lorsqu'une partie pourrait produire certains documents en justice et ne le fait pas, il y a une présomption que ces documents sont favorables a ses adversaires

Lorsque des documents dont il serait utile de connaître le contenu sont en possession de l'une des Parties à un procès international, et que cette partie se refuse à les produire, le juge (ou l'arbitre) peut-il présumer que les faits révélés par ces documents auraient nui à la cause de leur détenteur ?

La question est traitée par plusieurs auteurs de droit des gens [3].

[1] La Pradelle-Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, I, p. 51-127; les affaires rapportées par les auteurs *The Betsy, The Molly, The Sally, The Farmer, The Active, The Diana*, présentent aussi quelque intérêt pour la solution du problème envisagé dans ce paragraphe.

[2] Comme le fait en particulier une décision de la Cour suprême des prises de Russie, citée par Hackworth, Digest, VII, p. 78-79.

[3] J. H. Ralston, *Law and Procedure of International Tribunals*, 1926, par. 401, p. 225; Chandler P. Anderson, *Production of Evidence by Subpoena before International Tribunals*, AJIL, XXVII, 1933, p. 498; A. H. Feller, *The Mexican Claims Commission*, New York 1935, p. 262; J. C. Witenberg, *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, RCADI 56, 1936, II, p. 54-55 et p. 72; du même auteur en collaboration avec J. Desrioux, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, p. 239, 242-243 et note 1, p. 243; D. V. Sandifer, *op. cit.*, p. 100-104.

Parfois, elle a reçu une solution ou l'esquisse d'une solution conventionnelle [1]. Quelques décisions internationales y répondent [2].

Le problème présente surtout un intérêt théorique. Preuve en est l'application reçue par l'article 49 du Statut de la Cour internationale de La Haye : « La Cour peut même avant tout débat demander aux agents de produire tous documents et de fournir toutes explications. En cas de refus, elle en prend acte. » Usant du pouvoir qui lui est conféré par la première phrase de cette disposition, la Cour a fréquemment requis la production de certaines pièces [3]. En revanche, elle n'a jamais appliqué la sanction prévue pour le cas où les preuves demandées ne sont pas fournies. (Cette sanction consiste dans le fait de prendre acte du refus.) Le problème posé ne doit donc pas être exagéré dans son importance pratique. D'abord, parce que d'une manière générale, la partie sommée de mettre des documents à la disposition du tribunal obtempère. Ensuite et surtout, parce que s'il apparaît souvent à l'évidence que la connaissance de ces documents serait très utile, il est par contre difficile de prouver que telle partie les détient effectivement.

Pour être théorique, le problème qui fait l'objet de ce paragraphe n'est pas moins important. D'ailleurs, il n'est pas théorique au point de ne jamais se présenter dans la pratique. Les décisions citées plus haut en témoignent. Et puis, ce problème est en relation étroite avec la nature de la procédure probatoire internationale en général, dans la perspective de laquelle il sera étudié, et qui présente un intérêt primordial dans une recherche consacrée aux présomptions. Il convient donc de voir avant toute chose quelles règles président à l'instruction du procès international. Dans les ouvrages de procédure, on distingue la plupart du temps deux grands systèmes d'instruction : le principe contradictoire et le principe inquisitoire. Selon le système contradictoire, la collection des preuves est essentiellement l'affaire des parties. Comme l'activité des parties doit être stimulée, le système comporte un certain nombre de règles relatives au fardeau de la preuve. La sanction de la non-production d'une preuve déterminée consiste dans la perte du procès par la partie qui ne produit pas, ou dans l'aggravation de sa cause, suivant l'importance de la preuve

[1] Article VIII, Tribunal Grande-Bretagne-Colombie, 1896, dans LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, Berne 1904, p. 545; article 44 de la Convention de La Haye de 1899 pour le règlement pacifique des conflits internationaux : article 69, de la Convention de La Haye de 1907 ayant le même objet; article 49 du Statut de la Cour permanente de justice internationale, maintenu tel quel dans le Statut de la Cour internationale de justice.

[2] E. g. Affaire *William A. Parker* (AJIL, 21, 1927, p. 178; Affaire *Tinoco* (Aguilar Amory and Royal Bank of Canada Claims RSA I, p. 393; Affaire *Brun*. French-Venezuelan Mixed Claims Commissions of 1902, RALSTON's Report, 1903, p. 25.

[3] Des exemples se trouvent dans « Statut et Règlement de la Cour permanente de justice internationale. Eléments d'interprétation. Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht », Berlin 1934, p. 370 ss.

dont il s'agit. Dans le procès inquisitoire, l'administration des preuves est dirigée par le juge. C'est lui qui ordonne la production des preuves et qui requiert la collaboration des parties. Si cette collaboration n'est pas prêtée spontanément, il dispose de puissants moyens de coercition, comme le « writ of subpoena duces tecum » des systèmes anglo-américains.

Auquel de ces systèmes, très brièvement rappelés, convient-il de rattacher le procès international, et surtout le procès qui se déroule devant la Cour internationale de La Haye? M. Cansacchi qui a prêté une attention particulière à la question, est arrivé à la conclusion que le procès international se rapproche du type inquisitoire, en raison des moyens plus nombreux qu'il donne pour découvrir la vérité, en raison aussi des exigences spéciales de la preuve [1]. La même conclusion se trouve dans la plupart des études consacrées à la preuve devant le juge international, avec cette réserve, naturellement, qu'un compromis pourrait fort bien donner à un procès particulier un caractère contradictoire.

Cette conclusion est certainement juste dans ce sens que loin d'avoir à assister passivement au déroulement de la procédure probatoire, le juge international est muni de pouvoirs qui ne sont pas négligeables, dont l'article 49 du Statut de la Cour internationale de justice donne un exemple. Mais il faut prendre garde de ne pas pousser l'analogie trop loin et surtout de ne pas tenter de rattacher le procès international à l'un quelconque des systèmes internes. Tel est l'enseignement de la sentence rendue en l'affaire William A. Parker, entre les Etats-Unis et le Mexique : « Pour la gouverne des agents respectifs, la Commission déclare que si appropriées que puissent être les règles techniques relatives à la preuve qui soit aux Etats-Unis soit au Mexique sont appliquées à la conduite des procès internes, ces règles n'ont aucune place devant ce tribunal international, en ce qui concerne l'admissibilité et l'appréciation de la preuve. [2] »

Si le procès international se rapproche davantage du type inquisitoire, il diffère de celui-ci par deux caractères au moins. D'une part, il connaît incontestablement certains principes qui relèvent du procès de type contradictoire, en particulier des règles relatives au fardeau de la preuve [3]. D'autre part, le juge est dépourvu des armes qu'une procédure véritable-

[1] G. CANSACCHI, *Le presunzioni nel diritto internazionale*. Contributo allo studio della prova nel processo internazionale, Napoli 1939. Chap. V : « La struttura del processo internazionale in ordine della prova ».

[2] « For the further guidance of the respective Agents, the Commission announces that, however appropriate may be the technical rules of evidence obtaining in the jurisdiction of either the United States or Mexico as applied to the conduct of trials in their municipal courts, they have no place in regulating the admissibility or and in the weighing of evidence before this international tribunal », AJIL, 21, 1927, p. 177.

[3] J. C. WITENBERG, *Onus probandi devant les juridictions internationales*, RGDIP 1951, p. 341-342; D. V. SANDIFER, *op. cit.*, p. 92; G. SCHWARZENBERGER, *International Law*, I, 2nd ed., London 1949, p. 439.

ment inquisitoire lui donnerait. Ainsi, il n'y a pas, en droit international, de « subpoena duces tecum » [1].

Ces quelques remarques étaient indispensables à la solution de notre problème : Que se passe-t-il lorsque le juge a besoin d'un document qui se trouve entre les mains d'une partie ? — Le pouvoir lui appartient de requérir la présentation de ce document. Encore faut-il que ce pouvoir soit effectif. Lorsque la partie qui détient le document et celle qui a intérêt à ce qu'il soit produit ne font qu'un, la requête du juge sera observée. Il n'en est est pas ainsi lorsque la partie détentrice, quoique le document lui soit favorable en l'espèce, ne veut pas le produire parce qu'il contient d'autres renseignements qu'elle voudrait tenir secrets, ou lorsque la partie détentrice verrait sa cause aggravée par la révélation du contenu du document. Le caractère plus ou moins favorable d'un document à la cause d'une partie est susceptible de nombreux degrés, que la Cour ignore. En l'absence d'un moyen analogue que « writ of subpoena duces tecum », les juges ont introduit une présomption, afin de rendre effectif leur droit de demander des explications complémentaires : Les documents qu'une partie pourrait produire et qu'elle ne produit pas lui sont présumés défavorables. En somme, ces juges appliquaient un principe général qui a reçu grâce aux yeux de la Cour permanente de justice internationale, selon lequel l'ordre juridique ne confère pas un droit sans conférer aussi les moyens de l'exercer [2]. C'est pourquoi, cette présomption qui, au surplus, repose sur une forte probabilité, semble justifiée.

Pourtant, les rédacteurs des Conventions de La Haye sur le règlement pacifique des différends internationaux et du Statut de la Cour internationale n'ont pas osé insérer cette présomption, bien qu'elle eût déjà fait l'objet de reconnaissances arbitrales. C'est pourquoi la deuxième phrase de l'article 49 du Statut dit seulement qu'en cas de refus de produire un document, la Cour prend acte du refus. Il est malaisé d'interpréter cette disposition en l'absence de tout cas d'application concrète. Pourtant M. Witenberg paraît bien en droit d'écrire « si en effet le tribunal prend acte du refus qui lui est opposé, ce ne peut être que pour en tirer les conséquences de droit. [3] »

Il n'est donc pas trop téméraire d'affirmer que le droit des gens autorise le juge à présumer qu'un document est défavorable à une partie, si cette partie le détient et ne le produit pas à sa requête. (Cette règle ne saurait

[1] CHANDLER P. ANDERSON, article cité, passim.

[2] CPJI, Série A/B, N° 49, p. 316.

[3] RCADI, 56, 1936, II, p. 52. — Cette opinion logique devrait prévaloir sur l'avis de la 3e Commission à la Conférence de La Haye de 1899, au sujet de l'article 44, de la Convention rédigée par elle : « The Committee thought that the sanction of this power without reservation, was not desirable and that there might be cases where refusal would be justified. The tribunal is to take note of such refusals, but it should not go beyond that. »

cependant s'appliquer aux documents secrets.) Substantiellement, c'est bien le principe consacré par l'article 49 du Statut de la Cour internationale de justice et par les dispositions analogues d'autres conventions.

11. Présomption qu'un chef d'Etat (ou le ministre des affaires étrangères qui est son représentant direct dans les affaires internationales) a les pouvoirs d'accomplir les actes qu'il accomplit, et que ces actes engagent l'Etat

M. Schwarzenberger écrit dans son manuel : « Bien que la question soit controversée, il y a quelque autorité pour supporter l'opinion qu'il y a, en droit international, une présomption en faveur du pouvoir illimité du Chef de l'Etat de contracter des obligations internationales au nom de la communauté qu'il représente. [1] »

Ce passage, qui renvoie à la décision de la Cour permanente de justice internationale concernant le Statut juridique du Groenland oriental du 5 avril 1933 [2], a trait à un problème très important, celui de l'effet de la violation des dispositions constitutionnelles relatives à la conclusion des traités sur la validité de ceux-ci. Ce problème n'a pas à être examiné ici au point de vue du droit de fond [3], mais seulement au point de vue de la présomption que M. Schwarzenberger croît reconnaître.

Dans son ouvrage intitulé *De la conclusion des traités internationaux* (Bruxelles 1943), le professeur Paul De Visscher, passant en revue non seulement la doctrine, mais encore les incidents diplomatiques et la jurisprudence internationale, montre combien la « démocratisation » des relations internationales, la limitation des pouvoirs du chef de l'Etat, entraîne la reconnaissance graduelle du principe selon lequel la non-observation des dispositions constitutionnelles dans la conclusion d'un accord rend celui-ci invalide. Toutefois, le principe du « jus repraesentationis omnimodae » du chef de l'Etat ne laisse pas d'être retenu encore. Avant d'en venir à la présomption évoquée plus haut, il convient de prêter quelque attention à l'une des conclusions de M. De Visscher qui semble sujette à caution. Cet auteur termine son exposé de la jurisprudence internationale en constatant qu'elle ne contient aucune solution. Sans faire dire en aucune façon à des jugements ce qu'ils ne disent pas, il est permis d'être plus

[1] « Though it is controversial, there is authority for the view that under international law, the presumption is in favour of the unlimited power of the Head of State to undertake international obligations on behalf of the community which it represente », Manual of International Law, 3rd ed., London 1952, p. 39.

[2] CPJI, Série A/B, N° 53.

[3] E. Vitta, *La validité des traités internationaux*, Bibliotheca Visseriana, t. XIV, p. 71-73; *Harvard Research*, Draft Convention on the Law of Treaties, AJIL, 1935, Suppl. III, p. 992-1009.

catégorique, et de conclure que les décisions internationales préfèrent encore la règle classique : la non-observation des règles constitutionnelles dans la conclusion d'un accord international par le chef de l'Etat n'empêche pas cet accord d'être valable. Voyons de plus près ce qu'il en est :

Parmi les décisions arbitrales, M. De Visscher examine l'affaire du compromis du président Pretorius [1], le cas Rio Martin [2] et la sentence du Tribunal mixte roumano-hongrois dans l'affaire Emeric Kulin c. Etat roumain [3]. S'agissant de la première affaire, il concède qu'elle représente « un précédent en faveur de la thèse de l'inefficacité internationale des limitations constitutionnelles du pouvoir de traiter » [4]. Il en est de même de l'affaire soumise à M. Huber. Cependant M. De Visscher estime qu'il ne faut pas exagérer la portée de ce rapport qui ne constitue pas une véritable sentence arbitrale [5]. Cette remarque prête à controverses puisque, par leur accord du 29 mai 1923, l'Espagne et la Grande-Bretagne avaient convenu d'accepter le rapport de M. Huber comme une sentence arbitrale [6]. Aussi, en admettant avec M. De Visscher que la troisième affaire porte en réalité sur un autre problème, force est de constater que les deux décisions arbitrales pertinentes sont dans le sens de l'inefficacité internationale de la non-observation de la Constitution d'une des parties dans la conclusion d'un accord entre chefs d'Etats.

En ce qui concerne les décisions de la Cour permanente de justice internationale, M. De Visscher analyse : 1. L'avis consultatif relatif au traitement des nationaux polonais sur le territoire de la Ville libre de Dantzig [7]. 2. Le jugement dans l'affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex [8]. 3. Le jugement rendu en l'affaire du Statut juridique du Groenland oriental [9]. La première de ces décisions est à côté du problème envisagé. La seconde le résout dans le sens de l'inefficacité de la non-observation de la constitution. M. De Visscher estime que ce jugement n'est pas concluant parce que « la situation de l'agent près de la Cour est en effet très différente de celle d'un représentant diplomatique ordinaire dans une négociation quelconque » [10]. A ce sujet, il y a lieu d'observer que la Cour a traité l'offre communiquée par l'agent de la Suisse, le

[1] A. DE LA PRADELLE - N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, II, p. 676.
[2] Une des Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc dont M. MAX HUBER eut à connaître, RSA, II, p. 722-725.
[3] *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, VII, p. 138.
[4] *Op. cit.*, p. 176.
[5] *Op. cit.*, p. 177.
[6] RSA, II, p. 620.
[7] CPJI, Série A/B, N° 44.
[8] CPJI, Série A/B, N° 46.
[9] CPJI, Série A/B, N° 53.
[10] *Op. cit.*, p. 193.

professeur Paul Logoz, de faire régler par des experts le trafic entre les zones franches et la Suisse, comme l'offre du gouvernement fédéral, et non comme celle de M. Logoz : « Enfin l'agent du gouvernement français a exprimé certains doutes quant au caractère obligatoire, du point de vue constitutionnel, de la déclaration du gouvernement suisse; eu égard aux circonstances dans lesquelles cette déclaration a été faite, la Cour doit cependant la considérer comme obligatoire pour la Suisse. [1] » Quant au jugement relatif au Groenland oriental, il est exact qu'il ne se réfère pas directement à la règle de l'inefficacité des violations constitutionnelles, contrairement à l'opinion dissidente du juge Anzilotti [2].

Nous devons donc conclure que la jurisprudence internationale, dans son état actuel, incline plutôt vers le principe de l'absence de limitations au « treaty-making power » (M. De Visscher ne cite aucune décision dans le sens contraire). Ce fait mis à part, le tableau que l'auteur belge brosse de la situation présente est très exact; la règle est fort incertaine. Aussi faut-il examiner la présomption notée par le Dr Schwarzenberger en se plaçant successivement dans trois hypothèses : *a)* la règle positive est : le chef de l'Etat jouit d'un « jus repraesentationis omnimodae »; *b)* la règle est : le chef de l'Etat ne peut engager celui-ci que dans la mesure où il agit conformément à la Constitution; *c)* le droit positif consacre une solution intermédiaire.

a) Admettons que la règle soit : le chef de l'Etat ou ses représentants directs dans le domaine des relations internationales jouissent d'un « jus repraesentationis omnimodae ». Des engagements pris par eux sans observer la Constitution lient l'Etat. Dans cette hypothèse, celle pourtant à laquelle M. Schwarzenberger se rallie dans son traité [3], il n'y a pas place pour une présomption selon laquelle le chef de l'Etat a le pouvoir d'accomplir les actes qu'il accomplit. Aucun problème de preuve ne se pose : Nous avons affaire à une fiction plutôt qu'à une présomption, éventuellement à une présomption-concept.

b) Si la règle est : les actes du chef de l'Etat n'engagent celui-ci que s'ils sont conformes à la Constitution, la présomption en question peut revêtir une certaine signification. Imaginons le cas suivant : Le chef de l'Etat A s'est engagé envers l'Etat B. L'accord donne lieu à un litige, où l'Etat A, pour se délier, invoque le fait que son chef n'a pas suivi les prescriptions constitutionnelles. L'Etat B conteste l'anticonstitutionnalité. S'il faut en croire M. Schwarzenberger, en cas de doute, le juge présume que le chef de l'Etat a agi conformément à la Constitution.

[1] CPJI, Série A/B, N° 46, p. 170.
[2] P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 200.
[3] *International Law*, vol. I, 2nd ed., London 1949, p. 67-69.

c) Admettons une solution intermédiaire, par exemple : l'engagement de l'Etat A n'est internationalement invalide que si la règle constitutionnelle violée par le chef d'Etat est usuelle ou objectivement reconnaissable par l'Etat B [1]. Le litige se déroulera probablement de la manière suivante : L'Etat A allègue que l'engagement pris par son chef est « anticonstitutionnel ». B réplique que la règle violée est inhabituelle, et qu'elle n'est pas objectivement connaissable. Si le tribunal conçoit un doute quant au caractère usuel et à la notoriété de la règle, il présume la validité de l'engagement de A.

Voici comment, dans les hypothèses *b* et c, cette présomption opérerait. Encore faut-il dire quelle serait la justification de cette présomption. Elle a certes des raisons d'être. D'abord, l'invalidité d'un accord entre l'Etat A, dont la Constitution n'a pas été respectée, et l'Etat B, peut porter un préjudice sensible au second de ces Etats. Il importe donc qu'elle soit une invalidité patente, qui ne laisse place à aucun doute, et non pas un moyen que l'Etat A aurait tenu en réserve pour le cas où le traité ne lui apporterait pas tous les bénéfices escomptés. Sous cet angle, la présomption envisagée apparaît comme un moyen de prévenir la fraude. Ensuite, la conclusion des traités serait compliquée à l'excès, si, avant de contracter, les Etats devaient procéder à l'étude de toutes les subtilités de la Constitution de leurs partenaires. Cela d'autant plus que certaines nations apprécient plus que d'autres les revisions constitutionnelles. La présomption examinée s'ajoute à la règle du caractère usuel ou notoire pour limiter les effets de la reconnaissance éventuelle du principe de l'invalidité des traités conclus en violation de la constitution. Elle présente l'avantage de faire pâtir l'Etat dont le chef a agi inconsidérément plutôt que le co-contractant. Enfin, cette présomption apparaît justifiée en ce qu'elle est un cas d'application d'un principe général du droit « ut res magis valeat quam pereat ». Il faut prendre garde toutefois que le droit de fond doit être précisé avant le droit de preuve, en ce domaine des relations entre le droit constitutionnel et la validité des accords internationaux.

12. Présomption qu'une demande en justice tardive est mal fondée

Les présomptions sont nombreuses dans les textes qui ont trait à la prescription extinctive en droit international : présomption qu'une partie présentant une demande en justice tardive avait renoncé à ce qu'elle entend maintenant réclamer, qu'elle l'avait déjà reçu, que sa demande est

[1] Alf. Ross, *A Textbook of International Law*, London 1947, p. 207; ou la cinquième partie du livre cité de M. de Visscher.

entachée de fraude, etc. Ces diverses présomptions s'analysent toutes, en fin de compte, en une règle que l'on peut formuler ainsi : « Toute demande en justice tardive est présumée mal fondée. »

Voici quelques cas où cette règle a été directement ou indirectement reconnue par la doctrine et par la jurisprudence. Dans leur rapport à l'Institut de Droit international sur la prescription libératoire en droit des gens, MM. N. Politis et Charles De Visscher écrivaient : « Il semble que l'on doive retenir, en faveur du principe de la prescription libératoire en droit international, les considérations suivantes. D'une part, il est des réclamations que leur production trop tardive affaiblit dans leur fondement même; tel est le cas des réclamations que rend incertaines la disparition des moyens de preuve par l'effet du temps écoulé. Cette considération, observe M. Strisower, coïncide dans certains litiges, avec une présomption de fraude. [1] »

Dans un article publié en 1925 également, M. Politis soulignait notamment que la prescription libératoire en droit international est fondée sur une présomption de fraude, de renonciation ou d'impossibilité de preuve, et qu'elle doit être écartée devant la preuve des faits contraires à cette présomption [2].

M. P. A. Verykios consacre tout un paragraphe de son livre [3] à la présomption d'abandon de la prétention comme fondement de la prescription. Il y dit : « En ce qui concerne la prescription libératoire spécialement, le fondement sur la renonciation présumée semble plus acceptable. C'est celui qui est adopté par M. Politis; toutefois M. Cavaglieri le nie. Cette présomption d'abandon est aussi le fondement accepté par M. Verdross pour toute prescription. [4] »

MM. J. C. Witenberg et J. Desrioux observent que les réclamations individuelles endossées par l'Etat sont écartées en cas de présentation tardive. « L'arbitre, disent-ils, fait appel soit à une renonciation présumée, soit à la possibilité d'une fraude. [5] » En ce qui concerne la doctrine encore, le *Traité de droit international public* du professeur Sibert contient le passage suivant : « Dans sa sentence du 14 octobre 1902 (Affaire des Fonds Pieux de Californie), la Cour permanente l'écarte (la prescription), sous prétexte que les règles de la prescription appartenant exclusivement au domaine du droit civil ne sauraient s'appliquer à un litige international. Ailleurs, l'arbitre hésitant paraît bien écarter la demande plus en vertu

[1] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1925, p. 6, 8, 13, 16, 23 et les observations du professeur NIEMEYER, p. 26.

[2] « La prescription libératoire en droit international », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques, politiques et sociales*, Genève, III, 1925, p. 7.

[3] *La prescription en droit international public*, Paris 1934.

[4] *Op. cit.*, p. 28.

[5] *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, p. 141.

d'une présomption de mal fondé que par la vertu de la prescription. [1] »

Quelques sentences arbitrales ont vraisemblablement inspiré ces textes : Dans l'affaire Stevenson, entre la Grande-Bretagne et le Venezuela, le surarbitre Plumley se livra à ces considérations (trad.) : « Lorsqu'une plainte est présentée, sur le plan international, après une longue période de temps, il surgit à la fois une présomption et un fait. La présomption, plus ou moins forte selon les circonstances, est qu'il y a quelque manque d'honnêteté dans la demande, soit qu'elle n'ait jamais eu de fondement, soit qu'elle ait déjà été satisfaite. Le fait, c'est qu'en raison du retard de la demande, la partie adverse, en l'occurrence le gouvernement du Venezuela, est empêchée de réunir toutes les preuves qui pourraient servir à sa défense. De ce fait, naît une autre présomption, selon laquelle ces preuves auraient pu être faites. Si le retard de la demande ne créait pas la présomption qui vient d'être évoquée, il en résulterait une injustice à l'égard du Gouvernement défendeur. [2] »

Dans la sentence de la Commission franco-vénézuélienne concernant l'affaire Daniel se trouve cette affirmation : « Les raisons sur lesquelles toutes les législations fondent le droit du débiteur d'invoquer la prescription comme un moyen d'éteindre une obligation consistent dans l'abandon dans lequel le créancier a laissé son droit pendant nombre d'années, et la présomption de paiement qui résulte de cet abandon. [3] »

Des passages analogues pourraient être empruntés aux affaires Black and Stratton [4], Mossmann [5], Williams [6], Gentini [7], Tagliaferro [8], etc.

Sommes-nous en présence d'un emploi abusif du mot présomption, ou s'agit-il vraiment d'une présomption au sens technique du mot ? Si la seconde éventualité doit être retenue, quels sont les effets de cette présomption, est-elle justifiée ? — Les présomptions dont il a été question sont décrites comme le fondement de la prescription en droit des gens, de sorte que lorsque ces présomptions sont écartées par la preuve contraire, le moyen même de la prescription échoue. Les auteurs et les juges qui se rallient à cette manière de voir font usage du mot présomption dans son sens technique. Le problème se présente en effet ainsi : L'Etat A fait valoir une prétention contre l'Etat B, après un très long espace de temps. Pour sa défense, l'Etat B attire l'attention du tribunal sur le caractère tardif de la demande, qui constitue le fait connu d'une présomption

[1] *Op. cit.*, I, p. 338.
[2] J. H. RALSTON, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 328.
[3] *Ibid.*, p. 509.
[4] J. B. MOORE, *International Arbitrations*, p. 3138-3139.
[5] *Ibid.*, p. 4180.
[6] *Ibid.*, p. 4181-4189.
[7] J. H. RALSTON, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 722-726.
[8] *Ibid.*, p. 765.

a) que la prétention de A n'a jamais existé; *b)* qu'elle a été satisfaite dans la mesure où elle aurait existé; c) qu'elle est frauduleuse. Si A ne parvient pas à prouver l'inexactitude de ces faits alternativement présumés, le tribunal reçoit le moyen tiré de la prescription. Dans l'hypothèse contraire, il l'écarte. Les diverses caractéristiques des présomptions se retrouvent bien dans ce processus.

Quelles sont les conséquences et la raison d'être de cette présomption? L'examen des règles relatives à la prescription libératoire dans les divers systèmes de droit interne ne sauraient être d'aucun secours. En droit interne, la prescription est un moyen d'écarter une demande en justice tardive sans en attaquer le fondement matériel. Il repose uniquement sur l'inobservation d'un délai fixé par le législateur pour que les litiges aient une fin. Peut-être le législateur a-t-il été amené à adopter cette règle par la considération qu'une demande en justice tardive est probablement mal fondée. Mais, en droit interne, il s'agit là d'un exemple de présomption-concept, c'est-à-dire d'une règle qui n'est plus destinée à résoudre une difficulté de preuve, mais qui est incorporée dans une règle de fond. Par suite, la présomption ne peut plus être combattue : il ne sert de rien de prouver que dans tel cas le motif ayant déterminé l'adoption de l'institution de la présomption fait défaut.

En droit international, le problème de savoir si la prescription existe est diversement résolu, mais l'opinion dominante est affirmative. Sur un point les auteurs sont unanimes : Il n'y a pas de délais pour la présentation des demandes en justice. Ce fait est troublant, puisqu'en droit interne la notion de prescription est actuellement inséparable de la notion de délai [1].

Admettons la nécessité sociale d'une fin des possibilités de litige comme la justification principale de la prescription en général. Cette nécessité, en elle-même, ne fournit aucun critère au juge. C'est pourquoi la présomption de mal fondé d'une demande en justice tardive peut avoir une raison d'être. A défaut d'un délai sur la base duquel le juge puisse écarter une demande tardive, cette présomption représente un moyen technique d'arriver au même résultat. Puisqu'un retard rend l'irrégularité de la demande vraisemblable, le juge peut refuser d'y donner suite dans la mesure où le demandeur ne prouve pas l'invraisemblance de l'irrégularité. Si le demandeur parvient à faire cette preuve, le moyen tiré de la prescription ne pourra être retenu, sa base même faisant défaut.

Par suite, il ne faut pas ranger sur le même plan, parmi les motifs justifiant la réception de la prescription en droit international, l'intérêt

[1] M. A. CAVAGLIERI l'a bien démontré. Cf. « Il decorso del tempo ed i suoi rapporti generali internazionali », *Rivista di diritto internazionale*, 1926, p. 169-204.

social, des exigences d'ordre, de stabilité, d'une part, et les diverses présomptions examinées ici d'autre part. L'intérêt social explique pourquoi il est utile de connaître, en droit des gens, l'institution de la prescription. Les présomptions constituent plutôt le moyen de réaliser pratiquement la prescription.

Le recours à une présomption d'irrégularité d'une demande en justice tardive a, entre autres, pour conséquence qu'il n'y a pas en droit international d'équivalent exact de la notion de prescription, mais seulement une institution qui rend les mêmes services. L'écoulement du temps en lui-même ne suffit pas à écarter une demande, mais ce sont les faits ordinairement liés à ce retard, pour autant que leur absence n'est pas démontrée. Tout ce qui vient d'être dit serait parfaitement inexact si la présomption qu'une demande en justice tardive n'est pas fondée était une présomption irréfragable. Toutefois, jusqu'ici, les arbitres et les juges ont toujours relevé la possibilité d'une preuve contraire.

13. Les présomptions dites de fait devant les instances internationales

Dans le premier chapitre consacré à la théorie générale des présomptions, il est apparu que l'expression « présomption de fait » est assez malheureuse, en ce sens qu'elle recouvre selon les cas, ou bien une authentique présomption, qui ne saurait être que le droit, ou bien un simple raisonnement sur le probable, en d'autres termes le fait de préférer, parmi deux propositions alternatives, la plus vraisemblable.

Dans la mesure où les présomptions de fait correspondent à un jugement fondé sur une plus grande probabilité, leur emploi par l'arbitre ou par le juge international est parfaitement autorisé. Tel est l'avis, dans la doctrine, de M. Fernand De Visscher dans ses commentaires déjà cités de la sentence de l'île de Palmas [1], et de M. Schwarzenberger [2]. Le principe a été expressément admis dans plusieurs décisions internationales : par ex. dans le jugement de la Cour de justice internationale relatif à l'affaire du Détroit de Corfou (Fond), dont voici le passage pertinent : « On ne peut assurément induire la connaissance du mouillage chez le gouvernement albanais du seul fait qu'un champ de mines découvert dans ses eaux territoriales a provoqué les explosions dont furent victimes les navires de guerre britanniques... En revanche le contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat, dans les limites de ses frontières, n'est pas sans influence sur le choix des moyens de preuve propres à démontrer

[1] RDILC, 1928, p. 745.
[2] *International Law*, I, 2nd ed., London 1949, p. 440.

cette connaissance. Du fait de ce contrôle, l'Etat victime d'une violation du droit international, se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstantielles (« circumstantial evidence »). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion. [1] » Ce passage important est rapporté ou commenté notamment par MM. Edvard Hambro [2], Jean-Flavien Lalive [3] et Gerald Gray Fitzmaurice [4].

Le même principe est reconnu dans le Rapport de M. Huber au sujet des Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc : « Il est loisible au rapporteur d'établir des responsabilités sur la base de probabilités suffisantes résultant de l'ensemble des moyens d'information mis à sa disposition. Sans cette liberté, le rapporteur ne pourrait se tenir sur le terrain de la réalité des choses [5] »; dans la sentence concernant la responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914, et avant que le Portugal ne participât à la guerre, de MM. A. de Meuron, R. Guex et R. Fazy, le 30 juin 1930 [6]; dans la sentence des ministres des Etats-Unis et d'Italie au Brésil du 6 octobre 1873, en l'affaire des Réclamations présentées par le comte de Dundonald pour les services rendus au Brésil par son père, feu l'amiral, lord Cochrane [7].

Même où le principe n'est pas rappelé, son application est fréquente : Dans l'affaire des emprunts serbes émis en France, la Cour permanente de justice internationale, ayant à trancher la question de savoir quel était le lieu d'émission d'un emprunt de conversion, décida : « Cet emprunt étant un emprunt de conversion, on peut présumer que l'émission a eu lieu dans les pays où ces emprunts antérieurs avaient été émis, et notamment aussi à Berlin et à Vienne. [8] »

Ainsi, le recours aux présomptions de fait par les tribunaux internationaux est autorisé, et il intervient fréquemment. Il reste à dire pourquoi.

[1] CIJ. Recueil, 1949, p. 18.
[2] *La jurisprudence de la Cour internationale*, Leyde, 1952, N° 123.
[3] Ann. suisse, VII, 1950, p. 77-103.
[4] *The Law and Procedure of the ICJ*, BYIL, 1950, p. 1 ss.
[5] RSA, II, p. 654.
[6] *Ibid.*, p. 1040.
[7] H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 189-197.
[8] CPJI, Série A, N° 20, p. 44; voir également la sentence de M. Eugène Borel au sujet de la *Dette publique ottomane* (RSA, I, p. 596-597); celle du Chief Justice *Taft* dans l'affaire *Tinoco* (RSA, I, p. 393); G. Cansacchi, *op. cit.*, p. 120 ss.

puisque la plupart du temps les juges et les arbitres se sont abstenus de motiver leurs affirmations à ce sujet. Pourtant, dans le passage cité de l'un de ses jugements, la Cour internationale de justice invoquait le fait que ce recours est permis dans tous les systèmes de droit et sanctionné par la jurisprudence internationale. M. Huber déclarait pour sa part, qu'en l'absence de ce recours, il ne pourrait se tenir près de la réalité des choses. Un essai de justification théorique plus complète a été esquissé par M. Cansacchi. Pour cet auteur (*loc. cit. supra*), les présomptions de fait ne peuvent être exclues de n'importe quel procès, mais seulement limitées dans leur emploi, parce qu'elles consistent en procédés de déduction liés à l'activité logique déployée par le juge [1]. Par suite, l'emploi des présomptions de fait peut être tenu pour justifié dogmatiquement (*dogmaticamente*) [2].

L'opinion de M. Cansacchi doit être retenue. En dernière analyse, la démonstration des faits au prétoire n'aboutit que rarement à une certitude, mais seulement à des probabilités de force variable, qui doivent suffire au juge. Les preuves directes sont celles qui donnent le plus haut degré de probabilité, cependant que les présomptions de fait confèrent une « certitude » bien moindre, mais considérée, pratiquement comme suffisante pour que les faits indiqués par elles soient tenus pour existants. L'exclusion des présomptions de fait peut être réalisée en certaines espèces, par exemple, par l'exigence d'un moyen de preuve déterminé. Mais une exclusion systématique ne serait possible que si l'on parvenait à établir une distinction nette entre les preuves rendant le fait à montrer certain et celles qui le rendent seulement probable — or, cette dernière distinction ne peut être accomplie.

Les moyens de connaissance humains étant ce qu'ils sont, interdire absolument l'emploi des présomptions de fait équivaudrait à demander au juge de bien vouloir renoncer à une partie de ses facultés mentales. Or, un grand spécialiste de la « Law of Evidence » anglo-saxonne récemment disparu, Sir Roland Burrows, le remarquait, on n'a jamais demandé au juge, dans un système de preuve libre, de renoncer à son intelligence au moment où il franchit le seuil du Palais de Justice [3]. Telle est la justification la plus large du recours aux présomptions de fait dans le procès international.

[1] *Op. cit.*, p. 25.
[2] *Ibid.*, p. 112.
[3] *Law of Evidence*, 1937, conclusion.

Section III. LES PRÉSOMPTIONS ET L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

1. L'interprétation des traités envisagée comme la preuve de l'intention des parties

Dans le domaine des traités, il est peu de questions qui soient aussi controversées que celle de savoir s'il existe ou non des règles d'interprétation. Emer de Vattel avait indiqué un certain nombre de règles d'interprétation des traités, dont la plus fréquemment rappelée dans la doctrine moderne est celle-ci. Il ne faut pas interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation. A la suite de Vattel, beaucoup d'auteurs ont fait place, dans leur traité, à une liste, de longueur variable, de règles d'interprétation. Certaines d'entre elles se retrouvent partout dans la doctrine, et comme elles ont été consacrées par des sentences et des jugements, elles peuvent être considérées comme appartenant au droit international public positif.

Cependant des auteurs d'importance ont contesté l'existence de telles règles. C'est à leur propos que l'auteur anglais W. E. Hall a écrit : « There is no place for the refinements of the courts in the rough jurisprudence of nations. » On a fait valoir, à l'appui de cette opinion, que les prétendues règles d'interprétation « sont utilisées un peu au hasard, pour justifier une interprétation plutôt que pour la construire » [1], qu'elles sont des principes de logique, d'équité et de bon sens appliqués à l'interprétation des traités plutôt que des règles de droit [2].

Ce qui ne laisse pas d'être frappant, c'est que les auteurs qui nient l'existence des règles d'interprétation en principe pour s'empresser d'énumérer un nombre parfois imposant de règles « d'application générale » ne sont pas rares [3]. En fait, il n'est pas de jugement portant interprétation d'un traité qui n'invoque pas de règles. Cette motivation, en dernière analyse, ne saurait être que juridique, et c'est étendre singulièrement la notion de bon sens que d'y voir la clef de toute interprétation. Même dans les pays où le jury joue le plus grand rôle, c'est au magistrat, non au juré, qu'il appartient d'élucider les textes de droit. Et pourtant, le jury n'est-il pas censé incarner le bon sens populaire ? L'argument, certainement fondé pour une bonne part, selon lequel les règles d'inter-

[1] Max Sörensen, *Les sources du droit international*, Copenhague 1946, p. 222.
[2] Herbert W. Briggs, *The Law of Nations*, 2nd ed., London 1953, p. 897 ss.
[3] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, I, p. 368-369. Rapport du professeur Lauterpacht.

prétation sont invoquées *a posteriori*, et ne servent pas véritablement à la construction d'une interprétation, n'est pas convaincant : D'une manière générale, il est difficile de voir quand la motivation d'un jugement est *a posteriori* et quand elle est *a priori*, et les juges sont sans doute nombreux qui procèdent toujours par une motivation postérieure, sans que pour autant leurs décisions prêtent plus le flanc à la critique que celles d'autres juges.

Pour parvenir à écarter quelques-unes des controverses existantes, il faut prendre attention à un certain nombre de faits. Le plus important est le suivant : Un traité international, comme n'importe quel contrat de droit interne, se forme par l'accord des parties sur une certaine conduite à observer. Dans la mesure où cet accord fait défaut, il n'y a pas de traité [1]. Par conséquent, interpréter un traité, ce n'est pas faire autre chose que rechercher le sens sur lequel les parties se sont mises d'accord. Lorsque la signification d'un traité donne lieu à un litige, les parties tentent de prouver que leur accord s'est formé autour de tel ou tel sens.

Dès lors que l'interprétation des traités est envisagée comme la preuve de l'intention des parties, les règles d'interprétation correspondent à des présomptions [2]. Par exemple : dire qu'il faut interpréter un traité selon le sens naturel, clair, ordinaire des mots de son texte revient à dire que, les parties ayant convenu de la forme écrite, il y a lieu de présumer que leur accord a porté sur les mots dont elles ont usé, entendus dans leur sens le plus général. Le juge s'en tiendra donc à ces mots et à ce sens ordinaire, dans la mesure où on ne lui prouvera pas que dans un cas particulier, les parties avaient pris ces mots dans un sens inhabituel, ou que ces mots ne sont que l'expression partielle de l'accord des parties.

Si les règles d'interprétation sont des présomptions, l'usage apparemment éclectique qui en est fait s'explique fort bien. Nous avons déjà vu en effet combien il est difficile de dire si le juge a appliqué ou non une présomption, car il peut toujours faire valoir que, dans le cas examiné, la preuve contraire a été faite (M. Cansacchi n'a pas prêté à ce fait l'attention qu'il mérite : cet auteur est disposé à voir des présomptions dans les règles d'interprétation mais il leur conteste tout caractère juridique, c'est-à-dire obligatoire [3]).

Loin d'être originales, les idées qui viennent d'être exposées rapidement sont admises par quantité d'auteurs, dont il conviendra de citer

[1] Ce point a été particulièrement mis en lumière par M. MAX HUBER dans ses observations au sujet du rapport de M. LAUTERPACHT précité. *Annuaire de l'Institut de droit international*, 152, I, p. 197 ss.

[2] En ce qui concerne le rôle des présomptions dans l'interprétation du droit en général, cf. PAUL VAN DER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Paris-Bruxelles 1907, p. 103 ss.

[3] *Op. cit.*, p. 129-130.

quelques-uns. Mais il n'est pas question d'admettre ainsi *a priori*, par pure déduction, que les règles d'interprétation sont des présomptions. Dans les paragraphes suivants, quelques cas d'application des règles d'interprétation seront examinés, afin d'observer si les juges et les arbitres les ont bien appliquées comme des présomptions. Cet examen pourra être plus bref que celui des présomptions invoquées à propos de la preuve du fait, parce qu'il portera sur des règles reconnues, dont il s'agira seulement de déterminer la nature. Auparavant, voici quelques opinions doctrinales aux termes desquelles les règles d'interprétation sont des présomptions :

Dans un article très intéressant intitulé « Privatrechtliche Begriffe im Völkerrecht », M. Paul Rüegger développe l'idée que les règles d'interprétation des traités peuvent être groupées en un système, en ce sens qu'on les subordonne à un principe directeur (le principe qu'un traité est formé par la concordance des volontés des parties), et qu'à la suite de ce principe on range une série de présomptions de droit (« eine Kette von Rechtsvermuthungen ») [1].

M. Ludwik Ehrlich commençait son cours sur l'interprétation des traités à l'Académie de droit international par ces mots : « En ce qui nous concerne, les règles d'interprétation ne forment, on va le voir, qu'un système plus ou moins logique de principes fondamentaux de ces présomptions. [2] »

Dans la « Harvard Research Draft Convention on the Law of Treaties », faite sous la direction du professeur J. W. Garner, se trouve le passage suivant (trad.) : « La plupart des auteurs partent du principe fondamental que la fonction de l'interprétation consiste à établir quelle était, ou ce qu'on peut présumer avoir été l'intention des parties contractantes au moment de la conclusion du traité. Ceci doit s'accomplir par l'application de certaines règles de logique et de grammaire à l'instrument lui-même. [3] »

Dans son ouvrage, *Law of Treaties* (Oxford 1938), Sir Arnold Duncan Mc Nair écrit (trad.) : « Les nombreuses règles et maximes qui se sont cristallisées dans les manuels et ailleurs ne sont que des guides *prima facie*, à l'intention des parties. Elles doivent toujours céder devant la preuve d'une intention contraire des parties. [4] »

Mais l'auteur qui a le plus insisté sur l'idée que les règles d'interprétation des traités sont de simples présomptions, aidant à la preuve de l'intention des parties, est le juriste américain Charles Cheney Hyde, dont les opinions à ce sujet se trouvent dans un article intitulé « Concerning

[1] *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, 28, 1919-1920, p. 426.
[2] RCADI 24, 1928, IV, p. 5-6.
[3] AJIL, 1935, Suppl. vol. III, p. 940.
[4] *Op. cit.*, p. 185.

the Interpretation of Treaties »[1] et dans un traité monumental : *International Law, chiefly as Interpreted and Applied by the United States*[2].

Il convient encore de citer le rapport du professeur Hersch Lauterpacht à l'Institut de droit international, concernant l'interprétation des traités, où la notion de présomption apparaît fréquemment[3].

2. Le sens clair du texte d'un traité est présumé le sens sur lequel l'accord des parties s'est réalisé

Ce serait donner une image inexacte de la doctrine du droit des gens que de la prétendre unanime en ce qui concerne la force probatoire du texte d'un traité. La Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de justice elles-mêmes n'ont jamais été catégoriques à ce sujet. (Pour M. Fitzmaurice la Cour internationale s'est en général montrée favorable à l'interprétation littérale, mais une forte minorité de juges s'est opposée à cette manière de faire[4].)

Avant tout, il faut circonscrire l'objet des controverses relatives à l'autorité de la lettre, car les décisions internationales auxquelles il sera fait allusion dans la suite de ce paragraphe montrent que certains faits et principes sont admis. La doctrine et la pratique sont divisées quant à la mesure dans laquelle on est en droit d'aller au-delà du texte, dans l'interprétation d'un traité. La question, toute semblable à celle que pose l'application des lois dans nombre de systèmes internes, reçoit parfois des réponses extrêmes. Par exemple, les tenants les plus absolus de l'interprétation grammaticale prétendent purement et simplement qu'il ne faut jamais aller au-delà du texte. Au contraire, les partisans du principe de l'effectivité, particulièrement en honneur aux Etats-Unis, s'écartent très rapidement du texte, pour attribuer au traité une signification que l'on pourrait appeler « circonstancielle ». Entre ces solutions extrêmes, il y a place pour quantité d'opinions conférant au texte du traité une valeur relative. La pratique internationale, en tous les cas celle de la Cour de La Haye, présente un aspect neutre. Les termes d'interprétation littérale, employés par M. Fitzmaurice, ne doivent pas faire penser à l'Ecole française des Exégètes par exemple. Jamais la Cour n'a donné à entendre

[1] AJIL, III, 1909, p. 46.

[2] 2nd rev. ed. 1945, p. 1468-1515. Deux étudiants du prof. Hyde ont en outre exposé ses idées, en même temps que les leurs dans des thèses de doctorat : Yi-Ting-Chang, *The Interpretation of Treaties by Judicial Tribunals* (Columbia Un. Press 1933) et Tsin-Chi-Yü, *The Interpretation of Treaties*, New-York 1927.

[3] Annuaire de l'Institut, 1950, p. 366 ss, p. 368, 374, 389, 394, 402-403.

[4] G. G. Fitzmaurice, *Law and Procedure of the International Court of Justice : Treaty Interpretation*, BYIL, XXVIII, 1951, p. 1 ss.

qu'elle se croyait obligée de tenir compte du seul texte, « ab initio », sans être préalablement convaincue que la lettre d'un traité ne permettait pas, « in casu », de découvrir sa signification exacte et complète. Elle appliquait donc bien une présomption en faveur du texte.

Une présomption en faveur du texte est justifiée en ce que, par le fait même qu'elles ont choisi la forme écrite, les parties sont censées vouloir exprimer toutes leurs intentions concordantes dans le texte. Ecarter d'emblée le texte équivaudrait à présumer une simulation. Mais, il est également juste que cette présomption cède devant la preuve contraire. Si le sens d'un texte fait l'objet d'une dispute, c'est souvent parce que les parties veulent à tout coup prêter aux mots la signification qui leur est la plus favorable, mais c'est souvent aussi que les mots peuvent être en toute bonne foi compris de diverses manières. Dans ce dernier cas, le recours au contexte, et, d'une façon générale, l'interprétation grammaticale ne permettent pas toujours de se prononcer définitivement, et il faut alors prêter attention à des éléments autres que le texte. En tous les cas, le texte a la valeur d'une « prima facie evidence » du sens du traité. Cette constatation s'impose d'autant plus que la forme des traités a essentiellement une fin probatoire. Elle n'est pas toujours infirmée par l'argument selon lequel, par définition, un texte qui donne lieu à des querelles d'interprétation ne peut être clair. Cet argument n'est rien d'autre, à y regarder de près, que la négation de toute interprétation. Il est erroné dans la mesure où il traite identiquement le problème soulevé par un traité dont le sens peut être débattu en toute honnêteté, et celui que pose l'attitude d'un Etat cherchant délibérément à brouiller les cartes.

Avant de vérifier les propositions précédentes à travers quelques décisions de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice, il n'est pas inutile de rappeler que dans son rapport déjà cité, à l'Institut de droit international, le professeur Lauterpacht a admis que le texte du traité doit servir de base à toute interprétation. Ce principe fut confirmé au cours des délibérations de l'Institut en sa session de 1952, à Sienne, en particulier par M. Huber, Sir Eric Beckett, MM. Fitzmaurice, Fernand De Visscher, M. Bourquin, P. de La Pradelle, P. Guggenheim et G. Scelle. Par 44 voix contre 0, l'Institut adopta la règle suivante : « L'accord des parties s'étant réalisé sur le texte du traité, il y a lieu de prendre le sens naturel de ce texte comme base du processus d'interprétation. [1] »

[1] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1952, II, p. 381 ; cf. aussi P. A. LALIVE : La session de Sienne de l'Institut de droit international », *Die Friedenswarte*, 1952, fasc. 3. — Dans un article déjà cité, M. PAUL RUEGGER note : « Il y a une praesumtio juris que la lettre claire d'une convention reflète la volonté des parties contractantes », *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, 28, 1919-1920, p. 470.

Dans l'Avis consultatif de la Cour internationale de justice relatif à la compétence de l'Assemblée générale pour l'admission aux Nations Unies, se trouvent ces quelques phrases : « La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité est de s'efforcer de donner effet selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle ou ordinaire, sont équivoques ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors — et alors seulement — que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agit. Comme l'a dit la Cour permanente dans l'affaire relative au Service postal polonais de Dantzig (CPJI, Série B, N° 11, p. 39) : « C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes. Quand la Cour peut donner effet à la disposition d'un traité aux mots dont on s'est servi selon leur sens naturel et ordinaire, elle ne peut interpréter ces mots en cherchant à leur donner une autre signification. [1] »

La même Cour avait déjà dit, dans son avis consultatif au sujet de l'admission d'un Etat aux Nations Unies (interprétation de l'article 4 de la Charte de San Francisco) : « Pour admettre une autre interprétation que celle qu'indique le sens naturel des termes, il faudrait une raison décisive qui n'a pas été établie. [2] »

En ce qui concerne la Cour permanente de justice internationale, elle déclarait, à propos du Statut du Territoire de Memel (exception préliminaire) : « Quant aux considérations d'ordre historique, la Cour doit avant tout rappeler que selon sa jurisprudence constante les travaux préparatoires ne sauraient être invoqués pour interpréter un texte qui est, en lui-même, suffisamment clair » [3]; à propos de la compétence de la Commission européenne du Danube entre Galatz et Braïla : « La Cour maintient le principe qu'elle a appliqué dans ses décisions antérieures, à savoir qu'afin d'interpréter un texte suffisamment clair en lui-même, il n'y a pas lieu de tenir compte des protocoles d'une conférence qui a élaboré une convention » [4]; ou encore à propos de l'article 4 du Traité des minorités

[1] CIJ. Recueil, 1950, p. 8.
[2] CIJ, 1948, p. 63.
[3] CPJI, Série A/B, N° 47, p. 249.
[4] CPJI, Série B, N°-14, p. 28.

polonais : « Le devoir de la Cour est nettement tracé. Placée en présence d'un texte dont la clarté ne laisse rien à désirer, elle est tenue de l'appliquer tel qu'il est, sans qu'elle ait à se demander si d'autres dispositions auraient pu lui être ajoutées ou substituées avec avantage. [1] »

Ces quelques exemples montrent tous que dans la pratique internationale, la lettre d'un traité constitue toujours le point de départ, la base de l'interprétation. De cette base, on ne s'écarte que s'il est des preuves suffisantes que le texte seul ne permet pas une construction satisfaisante. Il y a donc bien une présomption en faveur du texte du traité.

3. Les mots ou texte d'un traité sont présumés employés dans leur sens naturel ordinaire

Il est une présomption que les mots d'un traité sont employés dans leur sens le plus habituel. La règle selon laquelle les mots techniques doivent être compris dans leur sens technique n'est qu'un cas particulier de cette présomption puisque le sens technique est le sens habituel, ou naturel comme on dit aussi, d'un terme technique. Si donc, l'interprétation d'un traité fait l'objet d'un procès international, la partie qui donne à ce traité une signification correspondant au sens habituel des mots du texte n'a pas à prouver l'exactitude de cette interprétation, mais il incombe à qui la conteste de prouver son inexactitude.

La règle est admise. Elle repose sur la logique la plus élémentaire. Si les mots n'avaient pas un sens objectif, la forme écrite serait incapable de fournir un bon moyen de preuve de l'intention commune des parties. Plusieurs auteurs signalent que cette règle est une présomption [2]. Ce caractère de présomption est reconnu aussi dans maintes décisions internationales, ainsi dans la plupart de celles citées au paragraphe précédent. Il suffira ici d'en noter quelques autres. Dans l'avis consultatif au sujet de l'interprétation des traités de paix avec la Hongrie, la Roumanie et la Bulgarie (deuxième phase), la Cour internationale de justice observe : « S'il est exact que la lettre du texte n'exclut pas absolument la possibilité

[1] CPJI, Série B, N° 7, p. 20. — Cf. également Série A/B, N° 74; p. 23-24; Série A/B, N° 62, p. 15 et 18; Série A/B, N° 43, p. 144; Série B, N° 12, p. 25.

[2] L. Ehrlich, *op. cit.*, RCADI, 1928, IV, p. 104; Q. Wright, *The Interpretation of Multilateral Treaties*, AJIL, XXIII, 1929, p. 94; M. Sörensen, *Les sources du droit international*, p. 223; G. G. Fitzmaurice, article cité, BYIL, 1951, p. 1 ss et H. Lauterpacht (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1950, I, p. 389) : « Le sens ordinaire ne saurait mieux être traité autrement qu'une présomption juris tantum, qui peut être renversée. Mais il ne faudrait jamais le considérer comme une présomption irréfragable, juris et de jure », et, plus loin : « Il faut présumer que toutes les fois que les parties ont recours à des termes qui, dans la terminologie juridique ont une acception établie, elles ont entendu utiliser ces termes dans leur sens technique, et non point populaire. Cette présomption peut être renversée par des considérations convaincantes. »

d'une désignation du tiers-membre avant la désignation par les parties de leurs commissaires respectifs, il n'en est pas moins vrai que le sens naturel et ordinaire des termes employés indique que la désignation par les parties de leurs propres commissaires a été envisagée comme précédant celle des tiers-membres... Cet ordre de désignation est d'ailleurs l'ordre normal adopté dans la pratique arbitrale et l'on ne peut raisonnablement supposer en l'absence d'une indication positive en sens contraire que les parties aient voulu s'en écarter ici. [1] »

Dans la procédure concernant le Statut juridique du Groenland oriental, la Norvège prétendait que le mot Groenland, dans les actes législatifs et administratifs danois du XVIII[e] siècle, désignait, non pas tout le Groenland, mais seulement la région côtière, colonisée. La Cour permanente jugea que, sur ce point, la charge de la preuve pesait sur la Norvège [2].

Dans l'avis consultatif relatif à l'accès aux écoles minoritaires allemandes en Haute-Silésie, la même Cour jugeait : « Aucune preuve suffisante n'a été fournie, qu'il y ait lieu dans le cas présent, d'entendre par année scolaire autre chose que la période (septembre à juin) pendant laquelle chaque année l'enseignement est donné dans les écoles publiques. [3] »

Enfin, dans l'avis consultatif relatif à la compétence de l'Organisation internationale du travail pour la réglementation internationale des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture, la Cour a admis que le mot industriel, dans son sens naturel le plus commun, désigne plutôt les arts et métiers, les industries manufacturières. Pourtant, elle estima que le contexte en face duquel elle se trouvait prouvait suffisamment que dans le cas particulier, le mot industriel avait une acception plus large [4].

4. Chaque mot du texte d'un traité est présumé utile a son interprétation

Le juge chargé de rechercher la signification d'un traité se trouve parfois placé entre deux interprétations, dont une seulement prend en considération tous les mots du texte. Normalement, c'est cette dernière qu'il doit retenir. La règle s'impose pour diverses raisons, dont la plus importante est que conférer au juge la possibilité de biffer à son gré quelques termes du traité ouvrirait la porte à autant d'abus que la permission d'y introduire des termes qui n'y figurent pas. De plus, les traités

[1] CIJ, Recueil, 1950, p. 227.
[2] CPJI, Série A/B, N° 53, p. 49.
[3] CPJI, Série A/B, N° 40, p. 17.
[4] CPJI, Série 3, N° 2, p. 22.

sont en général préparés avec soin par des personnes compétentes au point de vue du droit des gens, de l'objet particulier du traité et de la technique rédactionnelle, qui s'efforcent d'élaborer un texte précis.

Pourtant, la règle n'est pas absolue. Tout ici est question de mesure. Les personnes les plus compétentes peuvent se tromper. Souvent, le texte d'un traité est l'œuvre d'un trop grand nombre, et même si la commission chargée d'établir le projet peut travailler dans des conditions idéales, ce projet est rarement accepté sans modification, concessions, compromis, qui mettent en danger la cohérence et la solidité du texte.

Dès lors que l'on rend évident que le mot a été employé à tort, rien n'empêche donc de l'écarter aux fins de l'interprétation. Ces remarques montrent bien le caractère de présomption de la règle qui fait l'objet du présent paragraphe. Elle est d'ailleurs fréquemment exprimée, dans la doctrine, en la forme d'une présomption : « Tous les termes d'un traité sont présumés utiles à son interprétation. » Les arbitres et les juges internationaux ont consacré ce principe à diverses reprises, et sous diverses dénominations. Récemment, le juge Charles De Visscher l'a rappelé en des termes particulièrement heureux, dans son opinion dissidente concernant le Statut du Sud-Ouest africain : « C'est une règle d'interprétation reconnue que les clauses d'un traité doivent non seulement être envisagées dans leur ensemble, mais encore s'interpréter de façon à éviter, autant que possible, de priver aucune d'elles de son effet utile au bénéfice des autres. [1] »

Un autre parmi les juges internationaux les plus éminents, M. Anzilotti insista sur la même règle dans son opinion dissidente au sujet de l'Affaire franco-hellénique des Phares : « Or c'est une règle fondamentale de l'interprétation des textes juridiques que l'on ne doit pas facilement admettre qu'ils contiennent des mots inutiles : il faut, autant que possible, chercher une interprétation qui assigne à chaque mot employé sa raison d'être et sa signification. [2] »

Dans l'affaire des emprunts serbes, la Cour permanente considère entre autres : « Etant donné d'une part qu'il est élémentaire de ne pas rejeter comme superflus les termes d'un contrat qui qualifient la promesse; étant donné d'autre part qu'il est impossible d'ignorer l'emploi positif du mot « or »... [3] »

Dans le domaine arbitral, la règle est également reconnue, et qualifiée de « fondamentale » ou d'« élémentaire ». Tel est le cas dans l'affaire des Cayuga Indian Claims, où le tribunal tint pour parfaitement inadmissible,

[1] CIJ, Recueil, 1950, p. 187.

[2] CPJI, Série A/B, N° 62, p. 31. Ce point fut aussi relevé par M. Séfériadès, *ibid.*, p. 44-45.

[3] CPJI, Série A, N° 20, p. 32.

au regard des règles d'application quotidienne, de considérer des mots comme dépourvus de sens (American and British Claims Arbitration Tribunal) [1]: Ces exemples montrent à suffisance que, selon la pratique internationale, il incombe à celle des parties dont l'interprétation prive l'un des mots du traité de sa signification, de prouver que le mot est inutile ou erroné.

5. Les parties sont présumées avoir voulu quelque chose de raisonnable

Le juge écarte parfois d'emblée une interprétation possible d'un traité, en raison de son caractère absurde ou déraisonnable [2].

Un passage de l'avis consultatif concernant la compétence de l'Assemblée pour l'admission aux Nations unies, où la Cour internationale de justice reprend à son compte une phrase de la Cour permanente de justice internationale (au sujet du Service postal polonais à Dantzig) a déjà été cité : « C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes. [3] »

Dans le jugement de la Cour permanente concernant le statut du Territoire de Memel se trouve cette observation : « De l'avis de la Cour, il est impossible d'admettre que l'intention de la convention ait été de laisser l'Etat lituanien, souverain du Territoire de Memel, sans aucun remède pour le cas où le pouvoir exécutif à Memel enfreindrait le Statut par des actes dépassant sa compétence... Il serait complètement illogique de penser qu'en matière exécutive la Chambre puisse, par un vote de confiance, accorder l'immunité à un président dont les actes iraient au-delà de ces limites. [4] »

De ces décisions et d'autres semblables, est-il permis de tirer la conclusion qu'il y a en droit international, une présomption que les traités sont raisonnables? Il semble que non. D'abord, ce critère du caractère raisonnable n'est pas toujours de grand secours. C'est une grande tentation pour le juge de considérer l'interprétation préférée comme la seule raisonnable, de sorte que ce critère est pratiquement utile dans la mesure seulement où le raisonnable est opposé à l'absurde, qui est peut-être une

[1] Wash. D. C., 1926, p. 19, Claim, N° 6, Award of Cayuga Indian Case.

[2] L. Cavaré, *Le droit international public positif*. Paris 1951, II, p. 95-98; L. Oppenheim, *International Law*, 7th ed. by H. Lauterpacht, I, 1948, p. 858.

[3] CIJ, Recueil, 1950, p. 8; CPJI, Série B, N° 11, p. 39; opinion individuelle de M. Anzilotti dans l'avis consultatif relatif au régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche. Série A/B, N° 41, p. 60.

[4] CPJI, Série A/B, N° 49, p. 316.

notion plus objectivement définissable. Encore ne s'impose-t-il pas tellement alors au titre de présomption qu'au titre de postulat. L'ordre juridique international, comme tout ordre juridique, repose en effet sur ce postulat que le droit n'est jamais absurde. Ceci oblige le juge à écarter tout de suite une interprétation absurde d'une règle de droit. La preuve que telle interprétation, bien qu'absurde, correspond à l'intention des parties, ne saurait être admise, et il n'est pas d'exemple où elle ait été même tentée.

Les considérations qui précèdent valent aussi bien pour l'interprétation logique, en tant qu'elle se fonde sur « la présomption que le texte d'un traité forme un tout cohérent, que les idées y exprimées se complètent mutuellement, sont coordonnées et convergent vers le même but. [1] »

Il n'y a pas lieu, au sens vrai du terme, de présumer « une intention non contradictoire » chez les parties [2]. Dans la mesure du possible, sans doute, on préfère comprendre une disposition de telle façon qu'elle n'entre pas en conflit avec d'autres dispositions du même traité. Mais il arrive que l'accord des parties ait véritablement porté sur deux règles incompatibles, de même qu'il n'est pas rare de déceler des règles contradictoires dans les lois internes. Dans ces éventualités, le juge est obligé de ne retenir que l'une des deux règles. S'il tente une interprétation continue et logique [3], il le fait comme l'expression « interprétation logique » l'indique, plus au nom d'un principe de logique qu'en vertu d'une règle juridique de preuve.

6. L'APPLICATION DÉJA FAITE D'UN TRAITÉ EST PRÉSUMÉE CORRESPONDRE A SA SIGNIFICATION

L'application qu'un traité a déjà reçue est fréquemment décrite comme l'un des éléments capables de prouver la signification de ce traité [4]. Par contre, le moment auquel il convient de recourir à cet élément, sa force par rapport aux autres éléments, sont assez difficiles à dégager de la pratique.

Dans l'affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, la Cour permanente relevait : « On cherche à appliquer le principe bien connu selon lequel, lorsqu'un contrat est

[1] M. SÖRENSEN, *Les sources du droit international*, p. 223.

[2] H. LAUTERPACHT, dans *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, I, p. 428.

[3] Affaires des Ecoles minoritaires en Haute-Silésie polonaise, CPJI, Série A/B, N° 40, p. 24; Affaire de la compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer les conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture, CPJI, Série B, N° 2, p. 34; Affaire de la compétence de la Commission internationale de l'Oder, Série A, N° 23, p. 25.

[4] Article 19, *Harvard Research* Draft Convention on the Law of Treaties. AJIL XXIX, 1935, Suppl. vol. III, p. 937 ss.

ambigu, on peut, pour établir l'intention des parties, recourir à la manière dont il a été exécuté. Mais, dans le cas présent, il n'y a pas d'ambiguïté, tout au moins dans les contrats d'emprunt de 1910 et 1911, car ceux-ci prescrivent en termes clairs et précis le paiement en francs-or du principal et de l'intérêt... En outre, lorsqu'on fait appel à la manière d'agir des parties pour élucider l'interprétation, il est nécessaire de rechercher si cette manière d'agir elle-même ne permet qu'une seule conclusion. [1] »

Dans l'avis consultatif relatif à la compétence de l'Organisation internationale du travail pour la réglementation des conditions de travail des personnes employées dans l'agriculture, se trouve entre autres cette conclusion : « La Cour n'a pu trouver aucune ambiguïté dans la partie XIII considérée dans son ensemble en ce qui concerne son applicabilité à l'agriculture. La Cour ne doute pas que le travail agricole y soit inclus. Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le Traité a été appliqué. [2] »

Ces deux décisions montrent que l'application déjà faite d'un traité constitue un moyen d'interprétation très subsidiaire : elle n'est prise en considération que lorsque l'interprétation littérale n'apporte pas un résultat satisfaisant, et dans la mesure seulement où elle ne prête elle-même à aucune équivoque. Son emploi ainsi étroitement circonscrit, la règle n'est pas contestée dans son principe, de sorte qu'il est permis de parler, à la suite du professeur Sörensen, d'une présomption que l'application donnée à un traité reflète les idées que les parties se sont proposé de réaliser. L'effet de cette présomption est qu'en cas de litige, le juge tiendra l'interprétation correspondant à l'application passée pour la bonne, à moins que meilleure preuve de l'intention commune des parties ne soit faite.

Peut-être la règle examinée ici devrait-elle être plus fréquemment utilisée. Elle repose sur le fait qu'une intention n'apparaît jamais si clairement que lorsqu'elle reçoit un commencement de réalisation, et vraisemblablement aussi sur le fait que les parties, ayant le pouvoir de créer un traité, ont à plus forte raison le pouvoir de le modifier [3]. Il serait par conséquent normal de faire prévaloir cette règle même à l'encontre d'un texte clair, d'admettre que l'application faite d'un traité peut constituer la preuve contraire à la présomption que le « texte clair » exprime bien la volonté concordante des parties. Du point de vue du droit positif cependant, il faut concéder que la présomption en faveur du traité tel qu'il a été appliqué ne s'est jamais vu attribuer force probatoire, et qu'elle représente actuellement un principe subsidiaire.

[1] CPJI, Série A, N° 21, p. 119.
[2] CPJI, Série B, N° 2, p. 38.
[3] AJIL, XXIX, 1935, Suppl. III, p. 968.

7. Les parties sont présumées n'avoir pas voulu adopter des dispositions contraires aux traités conclus par elles avec des Etats tiers

Il sera possible d'être très bref dans l'examen de cette présomption [1]. Elle représente en effet un cas particulier de la prétendue présomption du respect du droit des gens par les Etats, que nous avons vu correspondre au principe le plus général de répartition du fardeau de la preuve : « ei qui dicit incumbit probatio ».

Sans doute, le juge interne s'efforce-t-il toujours d'interpréter deux traités conclus par son pays dans un sens qui les concilie plutôt que dans un sens qui les oppose, de même qu'il s'efforce de concilier deux articles du Code civil par exemple. Il n'y a aucun motif, pour le juge international, de procéder autrement. Encore une fois, plus qu'une règle de preuve, c'est un véritable postulat que le droit n'est pas contradictoire. Mais sommes-nous bien dans le domaine des présomptions?

La question peut se poser eu égard à l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale relatif au régime douanier austro-allemand. La Cour avait à décider si le Protocole austro-allemand du 19 mars 1931, instituant une union douanière entre les parties, était ou non contraire aux engagements pris par l'Autriche de ne pas aliéner ou mettre en danger son indépendance. La majorité de la Cour répondit par l'affirmative, contrairement à une forte minorité composée des juges Adatci, Kellogg, Rolin Jaequemyns, Sir Cecil Hurst, van Eysinga et Schücking, dont l'opinion dissidente contient entre autres ce passage : « Rien au cours de la présente procédure n'a été soumis à la Cour en vue de démontrer que les Etats qui ont conclu des unions douanières aient de ce fait mis en péril leur existence ultérieure en tant qu'Etat. En l'absence de toute preuve dans ce sens, il n'appartient pas à la Cour de présumer que la conclusion d'une union douanière sur la base d'une égalité complète entre les deux Etats soit de nature à mettre en danger ou à menacer l'existence de l'un d'entre eux dans l'avenir. Encore moins la Cour peut-elle présumer que la perte de l'indépendance soit un résultat que l'une ou l'autre des parties pouvait prévoir comme la conséquence de ses actes. [2] » Cette manière de voir n'implique pas, semble-t-il, une présomption que le Protocole austro-allemand de 1931 n'était pas contraire aux engagements précédents de l'Autriche, mais elle repose sur le fait que la contradiction éventuelle n'avait pas été rendue évidente. La mino-

[1] Dont il est question dans Oppenheim, *International Law*, 7th ed. by H. Lauterpacht. I. 1948, p. 40-41.

[2] CPJI, Série A/B, N° 41, p. 82.

rité estimait qu'union douanière et renonciation à l'indépendance n'étaient pas nécessairement liées, que la preuve qu'elles l'étaient dans le cas particulier n'avait pas été faite. Ceci correspond au principe habituel de répartition du fardeau de la preuve.

8. Les traités sont présumés ne pas déroger au droit coutumier

En face de deux interprétations possibles d'un traité, dont l'une est dans le sens d'une dérogation au droit coutumier, faut-il présumer que le traité ne déroge pas au droit coutumier? La question ne reçoit pas une réponse unanime dans la doctrine. Pour ne prendre en considération que des ouvrages relativement récents, M. Rousseau classe les clauses constituant une dérogation à un principe général parmi les clauses qui doivent être interprétées restrictivement, mais il ne cite que deux décisions à l'appui de cette opinion, où il s'agit de dérogation à un principe général institué par le traité lui-même, non d'une règle coutumière [1].

M. Sörensen consacre un paragraphe à la question, où il écrit notamment : « Le texte est considéré comme partie du système global du droit international et l'interprétation se propose de la mettre en harmonie avec la réglementation générale de celui-ci. La présomption sur laquelle se base cette méthode d'interprétation est que les contractants, en rédigeant le traité, sont partis de certaines données qu'il n'était pas besoin de reproduire dans le texte, et auxquelles ils se sont référés tacitement. [2] »

Dans son rapport à l'Institut de droit international, M. Lauterpacht défend un point de vue un peu différent : « Il y a moins de vérité qu'on ne le croit généralement dans la thèse selon laquelle une dérogation à un principe général ne pouvant être présumée et la souveraineté des Etats formant la règle décisive, l'interprétation restrictive devrait être de rigueur. En fait, et à moins d'avoir un caractère purement déclaratoire, les traités ont pour objet réel de déroger à des principes généraux reconnus et de limiter la liberté d'action des Etats par l'énoncé d'obligations spécifiques. Si tel n'était pas le cas, il n'y aurait aucune raison de conclure des conventions. [3] »

En ce qui concerne la jurisprudence, la Cour internationale de justice, dans son avis consultatif portant interprétation des traités de paix avec la Hongrie, la Roumanie et la Bulgarie (deuxième phase) déclare, dans

[1] *Principes généraux du droit international public*, Paris 1944, p. 691; CPJI, Série A/B, N° 3, p. 25; Série A/B, N° 18, p. 75.

[2] *Op. cit.*, p. 226-227; ce texte s'accompagne de références à deux décisions de la Cour permanente : CPJI, Série A, N° 23, p. 20 et Série A, N° 7, p. 22. Ces deux jugements seront examinés plus avant dans ce paragraphe.

[3] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, I, 407-420.

un passage déjà cité : « S'il est exact que la lettre du traité n'exclut pas absolument la possibilité d'une désignation d'un tiers-membre avant la désignation par les parties de leurs commissaires respectifs, il n'en est pas moins vrai que le sens naturel et ordinaire des mots employés indique que la désignation par les parties de leurs propres commissaires a été envisagée comme précédant celle des tiers membres... Cet ordre de désignation est d'ailleurs l'ordre normal adopté dans la pratique arbitrale, et l'on ne peut raisonnablement supposer, en l'absence d'une indication positive en sens contraire, que les parties aient voulu s'en écarter ici. [1] »

Dans leur opinion dissidente au sujet de l'admission d'un Etat aux Nations Unies (interprétation de l'article 4 de la Charte), les juges Basdevant, Winiarsky, McNair et Read observent : « C'est une règle d'interprétation souvent appliquée par la Cour permanente de justice internationale en présence d'une règle ou d'un principe de droit, qu'une exception à cette règle ou à ce principe ne se présume pas, qu'elle a besoin d'être clairement établie, et que, dans le doute, c'est ladite règle ou ledit principe qui prévaut. [2] »

Plusieurs passages importants figurent dans le jugement de la Cour permanente de justice internationale concernant la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder. On y lit par exemple : « A moins que le contraire ne résulte du texte même de cet article, il faut penser que l'on a envisagé une convention destinée à être rendue opérante conformément aux règles ordinaires du droit international. [3] » Ailleurs, la Cour relève que pour recourir à l'interprétation restrictive, il ne suffit pas que l'interprétation grammaticale ne conduise pas à des résultats certains, « il y a bien d'autres moyens d'interprétation, en particulier le recours aux principes qui régissent la matière à laquelle le texte a trait » [4].

Un passage qu'il y a lieu de signaler aussi se trouve dans le jugement relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond) : « Il n'est guère douteux que l'expropriation admise par le titre III de la Convention est une dérogation aux règles généralement appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe des droits acquis. Comme cette dérogation a elle-même un caractère strictement exceptionnel, il est permis d'en conclure qu'aucune autre dérogation n'est permise. [5] »

Les quelques décisions citées sont dans ce sens que les traités internationaux doivent être interprétés dans la perspective du droit commun des nations civilisées, et en particulier de la coutume, le fardeau de la

[1] CIJ. Recueil, 1950, p. 227.
[2] CIJ. Recueil, 1948, p. 86.
[3] CPJI, Série A, N° 23, p. 20.
[4] *Ibid.*, p. 26.
[5] CPJI, Série A, N° 7, p. 22.

preuve incombant à qui propose une interprétation en dehors de cette perspective. Pourtant les remarques du professeur Lauterpacht incitent à une ou deux précisions : Il n'y a aucun problème en tant qu'il s'agit d'interpréter le traité au regard d'une question au sujet de laquelle le traité est muet. Le traité n'a pas été créé dans le vide, et force est bien de comprendre son silence comme un renvoi aux règles habituelles. Plusieurs parmi les décisions rapportées veulent dire cela et rien de plus. En tant qu'un traité est voulu purement déclaratoire, il n'y a pas davantage de problème, ainsi que M. Lauterpacht y fait lui-même allusion. Les choses se compliquent lorsque le juge se trouve face à un traité créateur de droit, car il est bien entendu que même dans un traité de ce type-là, il y a quelques dispositions de nature déclaratoire. Imaginons une phrase dont le juge se demande si elle est déclaratoire ou dérogatoire. M. Lauterpacht estime qu'en pareil cas, il n'y a aucune raison de tenir la disposition pour déclaratoire. Mais il ne tient aucun compte, semble-t-il, du fait que la plupart des accords revêtent un caractère mixte. Les Etats n'appliquent-ils pas souvent, en effet, le principe selon lequel ce qui va sans dire va mieux encore en le disant ! Il semble que la jurisprudence, contrairement au professeur Lauterpacht, reconnaît une présomption de caractère déclaratoire, même dans l'éventualité d'un traité créateur de droit. Cette présomption est d'ailleurs justifiée par l'argument suivant : Si le juge, lorsqu'il a peine à déterminer le sens d'une disposition, tente, faute de mieux, de les rattacher au droit commun, il ne procède pas au hasard, mais recherche une signification unique. En revanche, s'il tient *a priori* cette disposition pour dérogatoire, il aura souvent le choix entre plusieurs interprétations possibles, car il y a plusieurs manières de déroger à une règle, et ce choix dépendra de son gré. Or, en droit international comme en n'importe quelle autre branche du droit, il est préférable de réduire le hasard à la portion la plus congrue.

9. Présomption d'absence d'entraves juridiques a la compétence des Etats

Dans ce livre qui a déjà fait l'objet de plusieurs citations, M. Sörensen écrit : « Ce qui caractérise cependant l'état actuel du droit international, c'est la présomption de l'absence d'entraves juridiques à leurs compétences ; c'est le point de départ pris par la Cour dans l'affaire du « Lotus », et qui s'exprime dans l'adage : ce qui n'est pas défendu est permis. [1] » Le principe mis en évidence par le professeur Sörensen est incontestable.

[1] *Op. cit.*, p. 100.

Bluntschli l'a souligné aussi : « Dans les limites tracées par le droit public, la présomption est en faveur de la souveraineté complète et indivisible de chaque Etat. [1] » Plus près de nous, le Dr Schwarzenberger affirme catégoriquement (trad.) : « Des restrictions à l'indépendance des Etats ne sauraient être présumées. Ainsi que la Cour l'a dit dans l'affaire de la Carélie orientale (1923), le principe de l'indépendance des Etats est un principe fondamental du droit international. [2] »

La décision judiciaire la plus importante, à ce sujet, est sans aucun doute celle de la Cour permanente de justice internationale en l'affaire du Lotus : La France reprochait à la Turquie d'avoir arrêté, conformément à son droit pénal, le lieutenant Demons, tenu pour responsable d'une collision survenue en haute mer entre le bateau français « Lotus », dont l'inculpé était l'officier de bord, et le bateau turc « Boz-Court ». La collision avait causé la mort de huit Turcs. La Cour fut d'avis qu'il incombait non à la Turquie de faire la preuve d'une règle de droit des gens lui permettant de procéder à cette arrestation, mais à la France de montrer quelle règle la Turquie avait violée en procédant ainsi [3]. Elle justifia ce point de vue en invoquant le principe que des restrictions à la compétence des Etats ne sauraient être présumées [4].

Un fait ne laisse pas de frapper. C'est que la présomption dont il s'agit est presque toujours citée par des auteurs qui voient dans le consentement des Etats la base de n'importe quelle règle de droit des gens. Les deux choses semblent d'ailleurs liées dans le jugement en l'affaire du « Lotus » : « Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas » (*loc. cit. supra*). Pourtant les deux choses ne sont pas nécessairement liées. Le principe « tout ce qui n'est pas défendu est permis » est valable aussi bien en droit interne qu'en droit international, même s'il n'y paraît pas toujours. Il ne préjuge en rien de la question de savoir quelles sont les sources du droit. Il n'est pas affecté par le fait qu'on attribue aux règles coutumières un caractère obligatoire en raison d'un consentement implicite des Etats [5] ou non [6]. Ce principe n'est pas davantage incompatible

[1] *Le droit international codifié*, trad. LARDY, p. 90.
[2] *International Law*, 2nd ed. I, London 1949, p. 5.
[3] CPJI. Série A, N° 10, p. 18.
[4] CPJI, *ibid.*
[5] G. SCHWARZENBERGER, *op. cit. supra*, chap. 2.
[6] J. L. BRIERLY, *The Law of Nations*, 4th ed, Oxford 1949, p. 53.

avec une conception relativiste des droits subjectifs en général. Par exemple, il peut coexister avec la règle de l'interdiction de l'abus de droit, dans la mesure où cette dernière revêt un caractère positif. Ce que signifie en tout et pour tout la règle consacrée en particulier dans l'affaire du « Lotus », c'est que le juge, lorsque son esprit est en doute quant à l'existence d'un principe restreignant la liberté d'action des Etats, doit conclure à l'inexistence. M. Sörensen est donc fondé à y voir une présomption intervenant dans le domaine de l'interprétation du droit.

10. Les Etats sont présumés avoir limité au minimum leur souveraineté

La présomption que les Etats ont limité leur souveraineté dans la moindre mesure possible, désignée souvent sous le nom de principe de l'interprétation restrictive, est une des règles les plus fréquemment invoquées dans l'interprétation des traités.

Dans l'affaire colombo-péruvienne du droit d'asile, la Colombie soutenait que son ambassadeur à Lima avait le droit d'accorder l'asile aux délinquants politiques, et aussi le droit de qualifier lui-même la nature des délits. La Cour internationale de justice ne voulut pas admettre que le droit de qualification exclusif fût impliqué dans le droit d'asile. Ce droit de qualification ne pouvait, selon elle, être présumé, en l'absence d'une règle conventionnelle claire, parce qu'il aggravait la dérogation à la souveraineté résultant déjà du droit d'asile [1].

Dans l'affaire des zones franches, la Cour permanente de justice internationale releva que « dans le doute, une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement » [2], que par conséquent l'obligation pour la France de reculer son cordon douanier en arrière des frontières politiques ne lui interdisait pas de prélever certaines taxes de police à la frontière politique.

Même principe dans l'avis consultatif relatif à l'accès et au stationnement des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig : « Le fait que la Pologne demande des droits et privilèges spéciaux pour ses bâtiments de guerre dans le port de Dantzig oblige à rechercher si cette revendication a quelque base juridique. Le port de Dantzig n'est pas territoire polonais, et par suite les droits que revendique la Pologne s'exerceraient par dérogation aux droits de la Ville libre. Des droits de cette nature doivent donc reposer sur une base bien claire. [3] »

[1] CIJ, Recueil, 1950, p. 266 ss., surtout pp. 274-275.
[2] CPJI, Série A/B, N° 46, p. 167.
[3] CPJI, Série A/B, N° 43, p. 142.

Le Statut de Memel conférait une certaine autonomie au Territoire de Memel, par dérogation à la souveraineté lithuanienne. Ayant à interpréter ce texte, la Cour permanente décida : « En ce qui concerne l'exercice de l'autonomie, la Cour estime qu'elle n'existe que dans les limites du Statut, et qu'à moins de dispositions contraires de la convention et de ses annexes les droits qui découlent de la souveraineté lithuanienne doivent s'appliquer. [1] »

La présomption dont il s'agit intervient à titre subsidiaire, ainsi que la Cour permanente l'a souvent précisé, par exemple dans l'avis consultatif concernant l'interprétation de l'article 3, par. 2, du Traité de Lausanne (frontière entre la Turquie et l'Irak). La Turquie soutient que « si le texte d'une disposition conventionnelle n'est pas clair, il y a lieu, en choisissant plusieurs interprétations possibles, de retenir celle qui comporte le minimum d'obligations pour les parties. Cette idée peut être admise comme juste. Mais dans le cas présent, l'argument porte à faux car, de l'avis de la Cour, le texte de l'article 3 est clair. [2] »

De même, dans l'affaire de la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, la Cour déclare ne pouvoir se rallier à la thèse selon laquelle « le texte étant douteux ce serait la solution qui restreint le moins la liberté des Etats qui devrait prévaloir. Cet argument, juste en lui-même, ne doit être employé qu'avec la plus grande prudence. Il ne suffit pas, pour y avoir recours, que l'analyse purement grammaticale d'un texte ne donne pas de résultats certains; il y a bien d'autres moyens d'interprétation, en particulier le recours aux principes qui régissent la matière à laquelle le texte a trait; ce sera seulement si tout élément pertinent ayant été pris en considération, l'intention des parties n'en reste pas moins douteuse, qu'il y aura lieu de se prononcer pour l'interprétation la plus favorable à la liberté des Etats. [3] »

Malgré que ce principe soit ainsi étroitement circonscrit, le professeur Lauterpacht en conteste le bien-fondé, dans son rapport à l'Institut de droit international sur l'interprétation des traités [4]. Il fait valoir surtout qu'il n'y a aucune raison de prendre les notions de liberté présomptive d'action et de souveraineté pour point de départ et élément décisif, puisque les traités ont justement pour objet de limiter la souveraineté des Etats. Pourtant, la Cour, à vrai dire, ne prend pas la présomption de la moindre restriction de la souveraineté pour point de départ. Elle tient compte du fait qu'un traité apporte par définition des limites à la souveraineté en ne recourant à ce moyen qu'à titre subsidiaire. Il est plus juste de dire qu'elle

[1] CPJI. Série A/B, N° 49, p. 314.
[2] CPJI. Série B, N° 12, p. 25.
[3] CPJI. Série A, N° 23, p. 26.
[4] *Annuaire de l'Institut*, 1950, I, p. 407.

en fait un élément décisif en cas de doute. Ainsi comprise, cette présomption est admise comme une règle positive par des juristes dont l'autorité est grande [1].

11. La règle « pacta tertiis nec nocent nec prosunt »

Dans le doute, il faut présumer qu'un traité ne confère aucun droit à un Etat tiers, ni ne fait peser sur lui aucune obligation. Un tel droit ne saurait résulter par exemple d'un simple avantage que le traité créerait au bénéfice d'Etats tiers. Pour des raisons analogues à celles qui fondent cette règle, s'il y a doute quant à la qualité de partie à un traité d'un Etat, il faut présumer la non-participation. En particulier, ni l'adhésion, ni la faculté d'adhésion ne se présument [2].

Deux décisions de la Cour permanente de justice internationale, parmi les plus importantes, doivent être examinées ici. La première est celle qui fut rendue dans l'affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, le 7 juin 1932, où il est dit notamment : « On ne saurait facilement présumer que des stipulations avantageuses à un Etat tiers aient été adoptées dans le but de créer en sa faveur un véritable droit. Rien cependant n'empêche que la volonté d'Etats souverains puisse avoir cet effet. L'existence d'un droit acquis en vertu d'un acte passé par d'autres Etats est donc une pure question d'espèce; il s'agit de constater si les Etats qui ont stipulé en faveur d'un autre Etat ont entendu créer pour lui un véritable droit, que ce dernier a accepté comme tel. [3] »

La deuxième décision digne d'intérêt est celle concernant certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond). Il y a lieu de retenir en particulier ce passage : « Une adhésion ou accession tacite ultérieure de la part de la Pologne à la Convention d'armistice et au Protocole de Spa n'a, de l'avis de la Cour, pas eu lieu. Il a été allégué qu'elle se serait effectuée à la suite des déclarations de reconnaissance — de jure — de la Pologne faites par les Puissances alliées et par l'Allemagne au cours des négociations de paix ou dans le traité de paix; mais les actes en question ne prévoient pas pour d'autres la faculté d'y adhérer. Or, pareille faculté

[1] Sir Arnold D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford 1938, p. 211; Charles Rousseau, *Principes généraux de droit international public*, Paris 1950, I, p. 101-102; G. Schwarzenberger, *International Law*, 2nd ed., I, London 1949, p. 56 et 59.

[2] H. W. Briggs, *The Law of Nations*, 2nd ed. 1953, p. 870-871, et les œuvres auxquelles il renvoie. Parmi d'autres ouvrages récents traitant de cette question, il faut signaler : Alf. Ross, *A Text book of International Law*, London 1947, p. 217-218; J. L. Brierly, *op. cit.*, p. 235; G. Schwarzenberger, *op. cit. supra*, note 2, p. 194-196. Bien que souvent dépassée par les événements, la monographie du professeur Roxburgh, *International Conventions and Third States*, London 1917, est loin d'être inutile.

[3] CPJI, Série A/B, N° 46, p. 147-148.

se présume aussi peu — en tous les cas lorsqu'il s'agit d'un instrument de la nature de la Convention d'armistice — que l'extension ipso facto des stipulations de ces actes à des Etats tiers. Un traité ne fait droit qu'entre les Etats qui y sont parties; dans le doute, des droits n'en découlent pas en faveur d'autres Etats. [1] »

Un traité ne saurait créer sans autre des obligations à la charge d'Etats tiers. Tout au plus certains traités peuvent-ils susciter une *opinio juris* si forte et si générale qu'ils lient tous les Etats [2]. Mais ils n'obligent pas alors les Etats qui n'y sont point parties en tant que traités mais en tant que leurs dispositions sont reçues dans le droit coutumier [3]. Ces questions dépassent d'ailleurs le cadre de la présente étude, tout comme la question de savoir si en cas de *pactum in favorem tertii*, les parties au traité peuvent supprimer le droit de l'Etat tiers sans son consentement [4]. Ce qui est intéressant ici, c'est la présomption qu'un traité ne modifie en rien la situation juridique des Etats qui n'y sont pas parties, lorsqu'il y a doute à ce sujet. Cette règle de preuve est en parfaite harmonie avec les principes de fond auxquels il vient d'être fait allusion. De plus, elle peut être considérée comme un cas particulier du principe de l'interprétation restrictive. Comme ce dernier, elle a un caractère subsidiaire : elle est écartée dès que l'intention de créer un droit en faveur d'un Etat tiers apparaît clairement.

Cependant, le professeur Lauterpacht pense que cette présomption n'est pas fondée, pour les mêmes motifs qui l'empêchent de reconnaître le principe de l'interprétation restrictive en général [5]. Quelle que soit l'autorité qui est justement attachée à toute opinion de M. Lauterpacht, il semble que dans le cas particulier, son avis ne soit pas l'expression du droit international public positif. En vertu des règles actuellement admises, les Etats sont indépendants, égaux, et ils n'ont pas à intervenir dans les affaires domestiques les uns des autres [6].

Il importe peu que l'on décore ces règles du nom de « droits fondamentaux des Etats » ou que l'on n'aime pas cette expression [7]. Il n'importe pas davantage que ces règles soient fréquemment violées. La présomption qu'en cas de doute un traité ne confère ni droit ni obligation à des Etats tiers est l'application aux problèmes de preuve et d'interprétation du droit de ces règles positives.

[1] CPJI, Série A, N° 7, p. 28-29.
[2] ALF. ROSS, *op. cit.*, p. 218.
[3] R. F. ROXBURGH, *op. cit.*, par. 45-62.
[4] M. ROSS répond catégoriquement par l'affirmative, *op. cit.*, p. 218, mais l'opinion du prof. BRIERLY est plus nuancée, *op. cit.*, p. 236.
[5] *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, London 1934, p. 98-99.
[6] CPJI, Série B, N° 5, p. 27, Carélie orientale.
[7] H. W. BRIGGS, *op. cit.*, p. 15, note 2, *in fine*.

12. Dans le doute, il y a lieu de présumer qu'un traité ne confère pas aux individus le droit de se prévaloir directement de ses dispositions devant les tribunaux internationaux

La question de savoir si les individus sont directement titulaires de droits et d'obligations conférés par le droit international, ou s'ils ne sauraient détenir des droits que par la vertu du droit interne, est des plus controversées dans la doctrine. Malheureusement, le professeur Scelle semblera, pour beaucoup, trop optimiste, lorsqu'il écrit : « La cause est aujourd'hui gagnée en doctrine et l'immense majorité des auteurs reconnaît dans les individus, comme tels, des sujets du Droit des gens » [1]. Quel fossé par exemple entre l'opinion de M. Kelsen : « Les sujets de droit international sont, comme les sujets de droit interne, les individus. Les Etats, en tant que personnes morales, sont des sujets de droit international tout comme les sociétés anonymes, en tant que personnes morales, sont sujets de droit interne » [2], et l'opinion de M. Schwarzenberger, pour qui les individus sont de simples objets du droit des gens [3].

Ces divergences reposent sur des conceptions si fondamentalement opposées qu'elles ne sauraient disparaître prochainement. Pourtant, dans l'orbite de ce problème des sujets de droit international, et différentes de lui, il est des questions plus spéciales que l'on peut considérer comme résolues. Il en est ainsi du droit d'ester devant les tribunaux internationaux, dont le professeur Lauterpacht a excellemment montré l'indépendance du problème des sujets de droit [4].

Dans la pratique dominante, les individus n'ont pas le droit d'ester directement devant un tribunal international. C'est le principe adopté notamment par le Statut de la Cour internationale de justice. Il n'empêche en rien les Etats de créer des organes judiciaires ou arbitraux internationaux, auxquels les individus aient accès, pour certaines catégories ou pour toutes les catégories de litiges. Il importe donc ici encore de se préoccuper uniquement de l'intention des parties. Lorsque le juge conçoit des doutes quant au droit des individus d'ester en justice, il doit présumer l'inexistence de ce droit. C'est pourquoi le professeur Sibert insiste sur ce que deux conditions doivent être remplies pour que les particuliers aient la ressource d'une action portée directement devant un tribunal international : 1. Il faut que les parties contractantes aient entendu créer cette

[1] *Manuel de droit international public*, Paris 1948, p. 511.
[2] *Principles of International Law*, New York 1952, p. 114.
[3] *International Law*, 2nd ed., London 1949, p. 75 ss. et 161-173.
[4] *Règles générales du droit de la paix*. RCADI 62. 1937, IV, p. 215 s.

ressource en leur faveur; 2. Il faut que les particuliers puissent administrer la preuve de cette intention [1].

Les principes qui viennent d'être rappelés ont été consacrés par l'un des avis consultatifs les plus importants de la Cour permanente de justice internationale, celui qui concerne la compétence des tribunaux de Dantzig pour connaître des réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantzikois passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer : « On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, le « Beamtenabkommen », accord international, ne peut comme tel créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus et susceptibles d'être appliqués par les tribunaux nationaux. Que telle ait été l'intention, dans le cas présent, c'est ce que l'on peut établir en se référant aux termes du « Beamtenabkommen ». Le fait que les diverses dispositions ont revêtu la forme d'un « Abkommen » est une preuve complémentaire, mais non une preuve décisive, quant à la nature et à l'effet juridique de l'acte. L'intention des parties que l'on doit rechercher dans le contenu de l'accord, en prenant en considération la manière dont l'accord a été appliqué — est décisive. Ce principe d'interprétation doit être appliqué par la Cour en la présente espèce. [2] » Il est utile de rappeler ici un passage d'un avis de droit sur cette affaire du professeur Cavaglieri. Cet avis fut adressé par le Commissaire général de la République de Pologne à Dantzig au Président du Conseil de la Société des Nations (trad. de l'italien) : « Le principe fondamental, selon lequel un acte juridique international ne saurait être la source directe de droits et d'obligations pour les individus, selon lequel par conséquent de tels droits et obligations ne sauraient être attribués que par des normes de droit interne, connaît des exceptions. Les Etats sont souverains, et ils peuvent stipuler ce qui leur convient. Il n'est aucune règle qui empêche un traité d'accorder à des tiers, par exemple des individus, des droits immédiats, directs, qu'ils pourraient faire valoir sans avoir besoin de passer par le fil de leurs droits internes respectifs. [3] »

[1] *Traité de droit international public.* Paris 1951, t. II, p. 267; cf. aussi G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 75 : « Yet it cannot be presumed that States intend to treat what are normally mere objects of international law as subjects within the realm of the law of nations. »

[2] CPJI, Série B, N° 15, p. 17-17; le professeur LE FUR, qui dans un article de la RGDIP de 1928 critique cette décision, ne conteste pas le principe adopté par la Cour, mais il estime que, dans le cas particulier, l'intention claire des Parties était justement de ne pas conférer un droit direct aux fonctionnaires dont il s'agissait.

[3] CPJI, Série C, N° 14, t. I, p. 278-279.

Quelques remarques doivent être faites au sujet de la portée de l'avis consultatif cité, et à propos du fondement de la présomption que les particuliers n'ont pas le droit de se présenter directement devant les cours internationales : La Cour n'avait à se préoccuper que du droit d'ester en justice. Cette question ne préjugeant en rien de la qualité de sujet de droit des gens des individus, il faut regretter, du point de vue théorique, que la Cour ait cru devoir y répondre en des termes qui lient l'un et l'autre problème. Il faut le regretter d'autant plus que le passage cité n'est pas absolument clair en ce qui concerne la situation des individus en droit des gens. Cela est abondamment démontré par le fait, signalé par M. Lauterpacht, que cet avis consultatif a été invoqué à l'appui des thèses les plus contradictoires : « La Cour s'est montrée si ingénieusement modérée dans la manière dont elle se prononça que certains considérèrent sa décision non comme une modification importante, mais comme l'affirmation de la doctrine établie. [1] »

Quelle est la raison d'être de la présomption retenue dans cet avis consultatif, dont l'effet est de mettre à la charge des particuliers la preuve que par tel traité, les parties ont voulu leur conférer le droit d'ester devant un tribunal international? — On pourrait soutenir que c'est le fait que dans la grande majorité des cas, il n'en est pas ainsi. L'argument, pour contenir un élément de vérité, est insuffisant. La tendance de ce que d'aucuns appellent « le droit international nouveau » est en effet de renforcer la position de l'individu dans les relations internationales. Or, la présomption examinée ici survivrait probablement à un grand nombre de conventions reconnaissant aux particuliers le droit d'agir en justice.

M. Cavaglieri, dans la mesure où on peut en juger par le « parere » qui vient d'être cité, mettait sur le même plan les traités en faveur des tiers, « pacta in favorem tertii », et les traités conférant un droit d'agir directement en justice à des individus. A vrai dire, il est difficile d'admettre qu'un gouvernement négociant des droits directs en faveur de ses nationaux, négocie en faveur de tiers, de sorte que la présomption examinée au paragraphe précédent ne recouvre pas celle que nous voyons maintenant. Pourtant l'une et l'autre semblent bien être des règles spéciales par rapport au principe de l'interprétation restrictive des limitations de la souveraineté étatique, et sont justifiées par les mêmes raisons. L'une et l'autre ont ce trait commun d'être des règles d'interprétation du droit de caractère très subsidiaire, intervenant en l'absence d'un moyen de déceler avec sûreté l'intention des parties.

[1] *Loc. cit.*, p. 219.

13. En cas de doute, un organe judiciaire ou arbitral international doit présumer son incompétence

Les arbitres ont le pouvoir d'examiner s'ils sont compétents. S'ils ne l'avaient pas « mis en présence d'une exception d'incompétence, (ils) devraient s'abstenir d'en apprécier le bien-fondé et refuser de juger, ce qui n'est pas possible puisqu'ils ont été commis à cet effet. [1] »

Qu'en est-il s'ils conçoivent des doutes sérieux au sujet de leur compétence? Plusieurs auteurs estiment qu'ils doivent faire alors application d'une présomption d'incompétence [2]. M. Salvioli, dans un cours fait à l'Académie de droit international de La Haye en 1926, exprime le point de vue suivant, à propos de la Cour permanente de justice internationale : Comme la compétence de la Cour repose sur un acte de volonté des Etats, la Cour n'a pas à examiner sa compétence d'office, mais seulement si une des parties la conteste. En ce sens, il y a une présomption de compétence. Le défaut d'une des parties entraîne la présomption contraire, d'incompétence [3]. L'auteur ne dit pas ce qui se passe lorsque, sans faire défaut, une des parties soulève une exception d'incompétence. Si on ne saurait affirmer que, dans son esprit, ce fait suscitait une présomption d'incompétence, il semble qu'il constituait au moins la preuve contraire à la présomption de compétence. Un jeune auteur néerlandais, M. Maarten Bos, a prêté une attention spéciale à la question. Ses conclusions sont nuancées : pour lui, en dépit du caractère exceptionnel du règlement judiciaire des litiges internationaux, il y a lieu d'examiner avec beaucoup de soin la compétence et de n'appliquer une présomption d'incompétence qu'en l'absence de toute preuve dans le sens contraire. Une règle générale d'interprétation extensive des clauses de compétence lui paraît tout aussi déplacée. Il admet donc, en définitive, une présomption d'incompétence, de caractère très subsidiaire [4].

Un auteur a catégoriquement nié l'existence d'une présomption d'incompétence. Il s'agit de M. Lauterpacht [5]. Chose curieuse, le professeur Lauterpacht invoque à l'appui de son opinion les décisions mêmes sur la base desquelles le professeur Rousseau est parvenu à des conclusions exactement opposées, à l'exception du jugement en l'affaire du Détroit de Corfou, survenue après la publication de l'ouvrage de M. Rousseau.

[1] M. Sibert, traité cité, t. II, p. 317. Il est plusieurs décisions en ce sens, dont l'une des plus récentes est le jugement en l'affaire du *Détroit de Corfou* (Excep. prél.). CIJ, Recueil, 1947-1948, p. 28.

[2] Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris 1944, p. 688-690.

[3] RCADI 12, 1926, II, p. 19.

[4] M. Bos, *De Processvoorwarden in het Volkenrecht*, Dordrecht 1951, p. 234-236.

[5] *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, I, 409 s.

Il importe donc avant tout de parcourir quelques-unes de ces décisions.

L'arrêt rendu dans l'affaire du Détroit de Corfou ne constitue guère, il faut l'avouer à la suite de M. Lauterpacht [1], un précédent en faveur de la présomption d'incompétence. La Cour internationale de justice y pose en effet le principe que la compétence pour décider s'il y a obligation de réparer implique la compétence de fixer le montant de la réparation due [2]. Il en est ainsi également de l'arrêt rendu dans la même affaire, sur une exception préliminaire soulevée par le gouvernement albanais, où la Cour déclare ne pouvoir tenir pour irrégulière, en l'absence d'une interdiction textuelle, l'acceptation de sa juridiction par deux actes successifs au lieu d'un compromis [3].

En revanche, une reconnaissance très claire de la présomption d'incompétence figure dans l'opinion dissidente des juges Badawi et Winiarsky qui accompagne l'ordonnance de la Cour internationale de justice du 5 juillet 1951, en l'affaire de l'Anglo-Iranian Company : « En droit international, c'est le consentement des parties qui confère juridiction à la Cour; la Cour n'a compétence que dans la mesure où sa juridiction a été acceptée par les parties... Il nous paraît difficile d'admettre le point de vue d'après lequel, si « prima facie » l'incompétence totale n'est pas évidente, donc s'il existe une possibilité, si faible soit-elle, de compétence pour la Cour, elle peut indiquer des mesures conservatoires. Cette méthode qui comporte elle aussi un élément d'appréciation et qui ne réserve pas dans une plus grande mesure la liberté de la Cour de statuer définitivement sur sa compétence, paraît cependant partir de la présomption en faveur de la compétence de la Cour, ce qui ne s'accorde pas avec les principes du droit international. Pour être en accord avec le droit international, il faut renverser les positions : s'il existe de fortes raisons en faveur de la compétence contestée, la Cour peut indiquer des mesures conservatoires; s'il existe des doutes sérieux ou de fortes raisons contre cette compétence, elle ne peut pas les accorder. [4] »

La présomption d'incompétence est également reconnue, en principe, par la Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire des phosphates du Maroc : « Dans l'espèce, les termes... sont parfaitement clairs... Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de recourir à l'interprétation restrictive qui dans le doute pourrait se recommander à l'égard d'une clause dont l'interprétation ne saurait en aucun cas dépasser l'expression de la volonté des Etats qui l'ont faite. [5] »

[1] *Loc. cit.*, p. 410.
[2] CIJ, Recueil, 1949, p. 26.
[3] CIJ, Recueil, 1947-1948, p. 28.
[4] CIJ, Recueil, 1951, p. 97.
[5] CPJI, Série A/B, N° 74, p. 23-24.

Dans l'affaire des zones franches, la Cour jugea : « La Cour ne conteste pas le principe... d'après lequel tout compromis, de même que toute clause prévoyant la juridiction de la Cour doit être interprétée restrictivement. [1] »

Le caractère subsidiaire de la présomption d'incompétence fut précisé dans l'affaire relative à l'usine de Chorzov, d'une manière assez étrange : « Le doute destructif de la compétence n'entre pas en ligne de compte lorsque cette volonté (la volonté de conférer juridiction à la Cour) peut être établie d'une manière qui satisfasse la conviction de la Cour. [2] »

Les décisions arbitrales sont partagées, du moins pas aussi concluantes en faveur d'une présomption d'incompétence [3]. Toutefois, M. Rousseau semble justifié à écrire que la règle d'interprétation restrictive des clauses de compétence est consacrée par la jurisprudence internationale [4], eu égard surtout à la primauté des décisions de la Cour de La Haye, en tant que « law-determining agency ». Il n'est pas exclu que M. Lauterpacht conteste cette règle surtout parce qu'il s'est déjà prononcé contre n'importe quelle règle d'interprétation restrictive.

Une des justifications de cette présomption est la suivante : Si les parties tiennent vraiment à résoudre leur litige par la voie judiciaire, elles s'abstiendront d'invoquer l'incompétence ou, cas échéant, procéderont à la rédaction d'un compromis. En cas de doute, le tribunal est bien inspiré de se déclarer incompétent, parce qu'en imposant un règlement judiciaire, à tout prix, il risque de voir sa décision inexécutée. Or, cette éventualité, il faut le dire surtout à ceux qui verraient dans l'acceptation d'une présomption d'incompétence une attitude réactionnaire, inconsciente de certains développements du droit des gens, n'aiderait certainement pas au progrès de la justice internationale. Il convient d'ailleurs de noter le caractère très subsidiaire d'une règle qui intervient seulement en l'absence de moyens de déterminer sûrement la volonté des parties. Tel est, semble-t-il, le sens de la pratique actuelle, et ce sens correspond aux conclusions de M. Bos.

14. Si un traité ne porte pas l'expresse réserve de la ratification, il y a lieu de présumer cette réserve

La question de savoir si un traité, pour être valable, doit avoir fait l'objet d'une ratification, ne se confond pas avec le problème du « jus repraesentationis omnimodae », qui a été examiné plus haut. Ce dernier

[1] CPJI, Série A/B, N° 46, p. 138.
[2] CPJI, Série A, N° 9, p. 32.
[3] H. Lauterpacht, *loc. cit.*, p. 413; Ch. Rousseau, *loc. cit.*, p. 688.
[4] *Op. cit.*, p. 689.

concerne les effets du droit interne sur la validité des traités internationaux. Ici, au contraire, il s'agit d'observer s'il existe une règle de droit des gens faisant de la ratification une condition de la validité internationale des traités. La différence qui sépare les deux problèmes a été excellemment mise en lumière par M. E. Vitta [1] et surtout par M. G. Fitzmaurice [2].

Souvent il n'y a aucun doute quant à l'influence de la ratification sur la validité d'un traité. Les parties peuvent l'avoir expressément prévue, et déclarée indispensable ou inutile. Parfois aussi, les circonstances peuvent montrer à l'évidence que les parties ont entendu se dispenser de cette formalité. Qu'en est-il en cas de doute? La règle est qu'il y a lieu de présumer la nécessité d'une ratification.

Cette règle est admise par nombre d'auteurs, dont on trouvera la liste dans les deux ouvrages qui viennent d'être cités [3]. Il suffit d'indiquer ici la conclusion du commentaire à l'article 7 de la Harvard Research Draft Convention on the Law of Treaties, qui codifie la présomption de nécessité d'une ratification : « Les paragraphes ci-dessus n'ont d'autre but que d'indiquer un certain nombre d'éventualités dans lesquelles la forme ou la nature du traité ou encore les circonstances qui l'accompagnent témoigneraient d'une intention de se dispenser de la ratification qui l'emporterait sur la présomption générale que la ratification est toujours nécessaire. Il va de soi qu'il est impossible ici d'être exhaustif ou dogmatique; les circonstances de chaque cas concret doivent être prises en considération lorsqu'on applique la règle posée au paragraphe *d*, et ce qui dans un cas démontre l'intention de se passer de ratification, peut ne pas le démontrer dans un autre. Tout ce qu'on peut dire ici, c'est que lorsqu'il y a doute, il doit être résolu dans le sens de la nécessité de la ratification. [4] »

Pourtant dans l'excellent article cité, M. G. Fitzmaurice conteste l'existence d'une présomption générale de nécessité de ratification, et il convient de passer rapidement ses arguments en revue avant d'aborder quelques décisions. L'actuel conseiller juridique du Foreign Office fait valoir en premier lieu que la pratique des Etats consiste à faire toujours une réserve en faveur de la ratification, ce qui serait inutile si la présomption en question existait [5]. Cet argument n'est pas absolument définitif, ne fût-ce que parce que l'argument *a contrario* n'est pas toujours concluant [6] et qu'il l'est moins que jamais dans la procédure de conclusion des traités,

[1] *La validité des traités internationaux*. Bibliotheca Visseriana, t. XIV, 1940, p. 221-222.
[2] *Do Treaties Need Ratification?* BYIL XV, 1934, p. 113 ss.
[3] Adde *Harvard Research* Draft Convention on the Law of Treaties. AJIL XXIX, 1935, p. 757 du Suppl. III.
[4] *Loc. cit.*, p. 769.
[5] *Loc. cit.*, p. 124.
[6] E. VITTA, *op. cit.*, p. 230.

où les clauses de style abondent. Un autre argument est tiré du fait que les accords conclus par les chefs d'Etat en personne n'ont pas à être ratifiés [1]. Il faut observer cependant que ce fait est lié aux pouvoirs du chef de l'Etat, et qu'il disparaît dans la mesure où ces pouvoirs eux-mêmes sont de plus en plus restreints. En tous les cas, l'étroit rapport qu'il y a entre ce fait et la situation personnelle du chef de l'Etat interdit d'en tirer aucune conclusion en ce qui concerne les accords passés par d'autres représentants étatiques. Enfin, M. Fitzmaurice invoque les exceptions admises à la prétendue présomption de nécessité de ratification, pour certains accords, et la difficulté de distinguer toujours les limites entre ces accords-là et les autres [2]. Cet argument est à double tranchant, car on peut soutenir que l'admission d'exceptions implique l'admission d'une règle générale. Aussi, en dépit des précisions utiles que l'article de M. Fitzmaurice apporte sur plusieurs points, il nous paraît que son opinion, partagée par quelques-uns [3], ne porte pas vraiment pièce à la doctrine dominante.

Encore la doctrine ne vaut-elle que dans la mesure où elle donne de la pratique une représentation exacte, et c'est vers la pratique qu'il faut se tourner maintenant. Les références les plus complètes sont données par M. Rousseau [4]. Il faut surtout retenir ici le jugement de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, dont le passage suivant constitue une reconnaissance catégorique de la présomption de ratification nécessaire :

« La question se pose de savoir si l'engagement que la Pologne a contracté en vertu de l'article 338 du Traité de Versailles suffit à rendre la Convention de Barcelone applicable dans la mesure visée par le dit article.

A cet égard, il y a lieu d'observer que l'article 338 renvoie expressément à une « convention »; à moins que le contraire ne résulte du texte même de cet article, il faut penser que l'on a envisagé une convention destinée à être rendue opérante conformément aux règles ordinaires du droit international, parmi lesquelles se trouve aussi la règle que les conventions, sauf exceptions particulières, ne deviennent obligatoires qu'en vertu de leur ratification. Il reste à voir si l'article 338 a voulu déroger à cette règle particulière. [5] » Cette décision consacre et précise une règle retenue dans d'autres jugements internationaux ou internes, et qui, en tous les cas, n'a jamais été contestée.

[1] *Loc. cit.*, p. 126.
[2] *Loc. cit.*, p. 127.
[3] E. g. RAOUL GENÊT, *Traité de droit international*, vol. II, p. 248 et RGDIP, 1931, p. 749 ss.
[4] *Les principes généraux du droit international public*, p. 190 s.
[5] CPJI, Série A, N° 23, p. 20.

La Cour permanente réserve « quelques exceptions particulières », auxquelles il est aussi fait allusion à l'article 7 litt. *d* de la Harvard Research Draft Convention on the Law of Treaties [1], mais qui ne sont apparemment pas envisagées par l'article 5 de la Convention de La Havane sur les traités [2]. Cette qualification d'exceptions particulières, désignant les cas où la forme, la nature ou d'autres circonstances démontrent l'intention de se passer de ratification, témoigne de l'existence d'une règle générale en sens contraire.

On pourrait se demander, il est vrai, s'il ne s'agit pas plutôt d'une règle de fond : un traité n'est pas obligatoire s'il n'est ratifié. Mais, en pratique, c'est l'intention des parties qui est déterminante, et il est toujours loisible de prouver l'intention de renoncer à la procédure de ratification. Nous avons donc bien affaire à une règle de preuve [3]. Tel est le sens de la pratique, ainsi évoquée dans la Harvard Research : « La ratification, même si elle n'est pas expressément prévue, doit toujours être présumée nécessaire, à moins d'une indication précise manifestant une intention contraire. [4] » La présomption de ratification nécessaire des traités apparaît donc une règle certaine du droit des gens positif.

Section IV. CONCLUSIONS QUANT AUX PRÉSOMPTIONS DANS LA PRATIQUE JUDICIAIRE ET ARBITRALE INTERNATIONALE

Dans le présent chapitre, un certain nombre de présomptions invoquées dans des décisions de justice internationales ont été examinées. Nous avons recherché dans quelle mesure elles sont individuellement reconnues et justifiées, par rapport au droit de fond surtout; si elles correspondent bien à la notion de présomption; jusqu'à quel point elles relèvent d'un usage abusif du mot présomption. Plusieurs d'entre elles sont apparues comme d'authentiques présomptions. Ces constatations sont importantes en ce qu'elles sont de nature à écarter beaucoup d'empêchements théoriques à l'existence des présomptions en droit des gens, pour des raisons déjà observées.

[1] *Loc. cit.*, p. 763 ss.

[2] *Loc. cit.*, p. 765.

[3] « As regards the necessity for ratification in the international sense, it seems evident that, subject to any overriding general principle of international law to the effect that all treaties require ratification even if they do not say so, this question must depend primarily on the terms of the treaty itself, or more accurately on the intentions of the parties as evidenced by the treaty or the surrounding circumstances » (G. Schwarzenberger, *International Law*, 2nd ed. I, London 1949, p. 127).

[4] *Loc. cit.*, p. 763.

Une chose doit être immédiatement signalée. La série de présomptions choisies ne prétend pas être exhaustive. En fait, il n'est pas possible de déceler toutes les présomptions éventuelles l'une après l'autre. Elles sont à tel point liées au droit de fond que ceci supposerait une connaissance très approfondie de tous les chapitres du droit des gens. Il vaut mieux que les spécialistes des traités étudient les présomptions ressortant de leur domaine, de même les spécialistes du droit de la mer, du droit de la guerre, etc. L'étroit rapport qu'il y a entre les présomptions et en général les règles relatives à la preuve d'une part, et les règles matérielles d'autre part, exige d'ailleurs impérieusement que les premières reçoivent plus d'attention. Le juge, lorsqu'il apprécie les faits d'une cause, ne remplit pas une fonction mineure, comparée au prononcé du droit, ainsi que M. François Gorphe l'a heureusement souligné [1].

Les présomptions choisies, puiqu'il fallait un choix, sont celles qui sont le plus souvent invoquées. C'est avant tout l'ensemble des décisions de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice qui ont fourni la base de ce choix.

[1] *Les décisions de justice.* Etude psychologique et judiciaire. Paris 1952.

Chapitre III

Les présomptions dans les traités internationaux et dans la doctrine du droit des gens

Les opinions varient quant à la hiérarchie des diverses sources du droit international public, telles que les énumère par exemple l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice. Si on distingue des sources les moyens de détermination du droit (« law-determining agencies ») comme fait M. Schwarzenberger [1], il faut reconnaître que la valeur persuasive qu'il faut attribuer aux divers moyens de détermination prête également à discussion. Il importe cependant de remarquer que la question controversée est en première et en dernière analyse une question de rapports de force. En d'autres termes, personne ne conteste que tous les facteurs s'unissent pour former, par leur ensemble, le droit international. Même les auteurs qui relèguent la doctrine au dernier rang des moyens de détermination du droit lui concèdent un rôle, au stade de l'application des règles juridiques, sinon au stade de leur formation. Ils ne conçoivent pas en tous les cas un système de droit que ne supporterait pas une doctrine.

Aux fins de la présente étude, pour des raisons plusieurs fois exposées déjà, il est apparu nécessaire d'accorder une signification particulière aux décisions de justice internationales. Il ne s'ensuit pas qu'elles constituent le seul facteur digne d'intérêt. C'est pourquoi il convient de faire, dans ce chapitre, une place aux présomptions incorporées dans des traités internationaux, et à celles que proposent les auteurs de la doctrine. Il y a d'ailleurs d'autres motifs encore de faire cela, avant de quitter le domaine des présomptions-preuves pour dire quelques mots des présomptions-concepts : Ainsi les présomptions contenues dans les traités sont les seules dont personne ne conteste la possibilité d'exister. Or, certaines clauses contractuelles pouvant se transformer en droit coutumier, il se pourrait que telle ou telle présomption devienne règle coutumière. Aucun auteur

[1] *International Law*, I, 2nd ed., London 1949, Part. I, chap. 2, p. 8-26.

n'a, semble-t-il, envisagé cette hypothèse. Quant aux présomptions contenues dans la doctrine, elles ne valent pas d'être examinées seulement en tant qu'elles sont des propositions « de lege ferenda ». Plusieurs d'entre elles prétendent être l'expression du droit positif, et il y a lieu de voir s'il en est bien ainsi.

Ces remarques faites, il faut ajouter immédiatement qu'ici plus encore qu'au chapitre précédent, il ne saurait s'agir que d'exemples. La consultation de nombreuses collections de traités révèle la rareté des présomptions conventionnelles. Cette rareté ne doit pas étonner : elle n'est que la conséquence du peu d'attention prêté jusqu'ici par les internationalistes aux problèmes relatifs à la preuve. Néanmoins, il est une présomption, ou plutôt un groupe de présomptions qui a fait l'objet de nombreux commentaires. Il siéra de l'examiner spécialement. Il s'agit des présomptions instituées par l'article 10 du Protocole de Genève de 1924.

En ce qui concerne la doctrine, nous avons relevé dans quelques ouvrages parmi les plus récents et les plus importants les présomptions qui font surgir les questions théoriques les plus intéressantes, pour en suivre la trace dans des ouvrages plus anciens.

Section I. LES PRÉSOMPTIONS DANS LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Les rares auteurs du droit des gens qui ont fait une allusion quelconque au problème des présomptions ont contesté qu'il puisse y avoir des présomptions de droit dans ce domaine. Comme il s'agit cependant d'auteurs qui font reposer toute règle internationale sur le consentement des Etats, ils n'ont aucune peine à admettre que rien n'empêche les Etats d'introduire des présomptions en droit international par le moyen des traités.

Reste à savoir dans quelle mesure les Etats ont fait usage de ce pouvoir. Pour cela il est naturel de se tourner en premier lieu vers les actes constitutifs des tribunaux arbitraux ou judiciaires internationaux, c'est-à-dire vers les compromis spéciaux, ou vers des conventions de caractère plus général, comme les Conventions de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux de 1899 et de 1907 ou les Statuts et Règlements de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice. Ces textes constituent en effet les sources premières de la procédure internationale. Aucun d'eux cependant ne fait expressément allusion à la notion de présomption. Les indications du domaine de la preuve qu'ils contiennent sont très générales, et elles ont

essentiellement pour objet d'instituer le principe de la libre appréciation des preuves par le juge. Il en est de même du projet de Règlement de la procédure arbitrale adopté par la Commission de droit international dans sa session de 1952 [1].

Tout au plus, l'Acte général d'arbitrage de Genève, du 26 décembre 1928 [2], fait-il usage de la notion de présomption à une ou deux reprises, mais elles ne concernent pas la procédure arbitrale, mais l'interprétation de ce texte lui-même. L'article 18, al. 1, prévoit : « Si les parties sont d'accord pour soumettre les différends visés à l'article précédent à un tribunal arbitral, elles rédigeront un compromis dans lequel elles fixeront l'objet du litige, le choix des arbitres et la procédure à suivre. A défaut d'indications ou de précisions suffisantes dans le compromis, il sera fait application, dans la mesure nécessaire, des dispositions de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907, pour le règlement pacifique des conflits internationaux. » Ce qui est intéressant, c'est le renvoi à des règles générales non seulement à défaut d'indications, mais aussi en cas d'imprécision, de doute. Cet article écarte ainsi l'argument selon lequel un traité étant conçu premièrement pour déroger au droit coutumier, il ne faut pas présumer, en cas de doute, la conformité au droit coutumier [3].

Si nous quittons maintenant les traités qui servent de base à la procédure internationale pour aborder ceux qui contiennent des règles de droit de fond, nous constatons que l'emploi du mot présomption y est assez fréquent. Cela ne doit pas faire illusion. Souvent en effet, il ne s'agit pas de présomptions de droit international, à proprement parler, mais de présomptions du droit interne auxquelles le droit des gens renvoie.

Un exemple récent d'un tel renvoi se trouve dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, article 11, par. 1 : « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public, où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. [4] » Ce texte ne fait qu'affirmer combien il est souhaitable que le droit pénal et la procédure pénale de tous les pays contiennent le principe que tout homme est présumé innocent, jusqu'à ce que l'accusation prouve le contraire.

[1] Rapporteur : le professeur GEORGES SCELLE. Ass. Gén. Procès-verbaux. Sept. Session. Suppl. N° 9. A/2163.

[2] Cf. également *Revue des Nations Unies*, 2e année, N° 8, août 1953, p. 27-30.

[3] Le professeur LAUTERPACHT, ainsi qu'on l'a vu au chapitre précédent, usait de cet argument pour combattre le principe de l'interprétation restrictive, et M. FITZMAURICE à l'appui de la thèse selon laquelle il ne faut pas présumer la nécessité de ratification d'un traité.

[4] Cf. aussi article 6 par. 2 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, signée à Rome, le 4 novembre 1950.

Un cas intéressant est celui des articles 3 et 5 de la Convention du 6 avril 1950 concernant la preuve du décès des personnes disparues au cours des années de guerre [1].

Ici, il ne s'agit pas d'un renvoi à un droit interne, mais d'une présomption s'imposant à plusieurs Etats, utile à la preuve du décès des personnes disparues pendant la guerre. On ne saurait parler pourtant d'une présomption de droit international, en raison de l'objet de cette règle. La preuve du décès d'une personne privée est essentiellement une question de droit civil. Il s'agit donc d'une présomption de droit civil international, de droit civil commun à plusieurs Etats.

En revanche, les présomptions qui figurent dans certains traités ayant pour objet la réglementation des conflits de nationalité doivent bien être considérées comme des règles de droit international. La Cour permanente de justice internationale, dans son avis consultatif concernant les décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc (zone française), du 8 novembre 1921, rappelle que dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont en principe dans le domaine réservé des Etats [2]. Mais elle observe immédiatement que rien n'empêche les Etats d'introduire les questions touchant à la détermination des nationalités dans la sphère du droit international public : « Aux fins du présent avis, il suffit de remarquer qu'il se peut très bien que dans une matière qui comme celle de la nationalité n'est pas en principe réglée par le droit international, la liberté de l'Etat de disposer à son gré soit néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres Etats. En ce cas, la compétence de l'Etat, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international. » Pareille limitation résulte par exemple du Bancroft Treaty entre les Etats-Unis et l'Allemagne pour réglementer les conflits de nationalité. Et ce traité contient une présomption : en cas de retour au pays d'origine, les Allemands naturalisés aux Etats-Unis sans « Entlassungs-urkunde » perdent le bénéfice de leur naturalisation américaine s'ils n'ont pas l'« animus redeundi ». Le défaut de cet animus est présumé après un séjour de deux ans en Allemagne. Cette règle revêt bien les caractères d'une présomption. Elle succombe devant la preuve contraire. Tel n'est pas le cas de certaines règles que l'on trouve dans nombre de traités organisant un droit d'option, qui n'ont des présomptions que l'apparence. Par exemple : l'Etat A cède une partie de son territoire à l'Etat B. Le traité de cession prévoit entre autres : « Les nationaux de l'Etat A domiciliés sur le territoire cédé pourront garder leur nationalité ou opter pour la nationalité de l'Etat B. S'ils restent plus de

[1] J. NISOT in RDILC 1952, p. 97-105; J. SUSSMANN, « Declaration of Death in the Israeli Courts, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2, 1953, p. 614-621.

[2] CPJI, Série B, N° 4, p. 24.

12 mois dans la partie cédée, ils seront présumés opter pour la nationalité de l'Etat B. » Il n'y a ici que l'apparence d'une règle de preuve. Cette disposition fait en réalité de la prolongation du domicile en territoire cédé pendant plus de 12 mois, le fait constitutif de l'option pour la nationalité de B.

La Convention entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne du 23 janvier 1924, relative à la prohibition de l'importation des spiritueux, porte en son article 2, ch. 2 : « S'il apparaît raisonnable de penser que le navire a commis, commet ou va commettre une infraction aux lois des Etats-Unis, leurs territoires ou possessions, prohibant l'importation des boissons alcooliques, le navire peut être saisi et conduit dans un port des Etats-Unis, leurs territoires ou possessions, pour jugement conformément aux lois. » Cet article n'établit pas directement des présomptions, mais il a indirectement cet effet. Dans la pratique, certains indices sont considérés comme faisant apparaître raisonnable de penser que le navire a commis une infraction. Ces indices acquièrent, par la fréquence de leur application une valeur objective. Ils s'élèvent ainsi au rang de présomptions.

La Convention internationale concernant l'abolition du trafic des spiritueux parmi les pêcheurs de la mer du Nord, du 16 novembre 1887, donne plus directement la possibilité de recourir à des présomptions, mais par le renvoi aux lois internes. L'article 6, al. 2, prévoit en effet : « Les infractions peuvent être constatées par tous les moyens de preuve admis dans la législation du pays où siège le tribunal saisi. [1] »

Il existe maints autres exemples de traités portant telle ou telle présomption, mais il faut constater que parfois l'usage du mot présomption y est impropre. Souvent aussi cette notion a été employée sans que les auteurs du traité se soient vraiment inquiétés des problèmes de preuve en relation avec son application. Il est pourtant un cas célèbre de présomption conventionnelle, qui a donné lieu à de nombreux commentaires et à de vives critiques. C'est la présomption d'agression dont parle l'article 10 du Protocole de Genève de 1924. L'examen de cette règle doit être fait parce qu'il met en lumière l'importance que peut revêtir une présomption, en droit international public comme dans les autres branches du droit. Il montre aussi combien, dans l'esprit des internationalistes les plus éminents, la notion de présomption est imprécise.

La préoccupation principale de la Société des Nations, au lendemain de la première guerre mondiale, fut de prévenir toute agression future, en définissant l'agression comme un crime et en établissant des sanctions devant frapper ceux qui se rendraient coupables de ce crime. On ne

[1] Pour le texte de ces deux dernières conventions, cf. C. A. COLLIARD, *Droit international et histoire diplomatique*, Paris 1948, p. 77.

tarda pas, cependant, à se rendre compte combien il est difficile de définir exactement l'agression, combien il est malaisé de trouver un critère de l'agression qui soit susceptible d'une application automatique [1]. Ou plutôt, il est peut-être facile de déterminer abstraitement ce qu'est un agresseur [2], mais cette définition risque de n'avoir aucune utilité pratique.

« Dans son rapport sur le Protocole de Genève, M. Politis s'exprime également dans ce sens que les premiers actes d'hostilité constituent l'agression. La définition de l'agresseur, dit-il, est relativement chose facile, car il suffit de dire qu'est l'agresseur tout Etat qui recourt d'une manière générale à la force en violation des engagements pris par lui. La constatation de l'agression est au contraire chose malaisée, car des deux éléments dont la réunion constitue l'agression, si le premier, à savoir la violation d'un engagement, est facile à vérifier, il n'en est pas de même du second, à savoir du recours à la force. Quand un pays en attaque un autre, celui-ci nécessairement se défend, et les hostilités engagées de part et d'autre, il s'agit de savoir qui les a commencées. C'est une question de fait d'où possibilité de divergences. [3] » Les auteurs du Protocole crurent résoudre la difficulté, et en même temps concilier les diverses propositions en présence desquelles ils se trouvaient, en adoptant l'article 10, ainsi rédigé :

« Est agresseur, tout Etat qui recourt à la guerre en violation des engagements prévus au Pacte ou au présent Protocole. Est assimilé au recours à la guerre, la violation du statut d'une zone démilitarisée.

» Dans les cas d'hostilités engagées, est présumé agresseur, sauf décision contraire du Conseil, prise à l'unanimité :

» 1. Tout Etat qui aura refusé de soumettre le différend à la procédure pour règlement pacifique prévue aux articles 13 et 15 du Pacte, complétés par le présent Protocole; ou qui aura refusé de se conformer, soit à une décision judiciaire ou arbitrale, soit à une recommandation unanime du Conseil; ou qui aura passé outre à un rapport unanime du Conseil ou une décision judiciaire ou arbitrale reconnaissant que le différend qui s'est élevé entre l'un et l'autre Etat belligérant porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cet Etat. Toutefois dans ce dernier cas, l'Etat ne sera présumé agresseur que s'il n'a pas soumis auparavant la question au Conseil ou à l'Assemblée, conformément à l'article 11 du Pacte.

[1] J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Bruxelles 1953, p. 214; cf. Comité spécial sur la question de la définition de l'agression. *Revue des Nations Unies*, 2e année, N° 9, septembre 1953, p. 39-42.

[2] « Celui qui recourt à la guerre », dit le professeur PHILIP NOEL-BAKER, The Geneva Protocol..., London 1925, p. 114-115.

[3] OSTEN UNDÉN, *Quelques observations sur la notion de guerre d'agression*. RDILC 1931, p. 262-267, ad. p. 264-265.

» 2. Tout Etat qui aura violé une des mesures provisoires prescrites par le Conseil pendant la période de procédure visée à l'article 7 du présent Protocole.

» Les hypothèses visées aux numéros 1 et 2 du présent article, mises à part si le Conseil n'a pu déterminer dans le plus bref délai l'agresseur, il aura l'obligation de prescrire aux belligérants un armistice dont il fixera les conditions à la majorité des deux tiers, et dont il surveillera l'observation.

» Tout belligérant ayant refusé l'armistice ou en ayant violé les conditions sera réputé agresseur. Le Conseil enjoindra aux Etats signataires d'appliquer sans retard contre l'agresseur les sanctions visées à l'article 11 du présent Protocole, et tout Etat signataire ainsi requis sera dès lors fondé à exercer les droits d'un belligérant. [1] »

La situation créée par cet article était la suivante : ou bien l'agresseur apparaissait clairement, et alors il était automatiquement considéré et traité comme tel; ou bien les hostilités étant déjà engagées, il était difficile de déterminer l'agresseur, et alors on se servait de certaines présomptions pour arriver à cette détermination. L'article 11 constituait la pierre de touche du Protocole de Genève. Il donna lieu à de vives critiques, et peut-être est-il principalement responsable du caractère éphémère de cet accord. Il n'est pas besoin d'examiner ici les critiques de fond adressées au Protocole, en particulier par les leaders conservateurs britanniques, qui allaient mettre fin à son existence aussitôt parvenus à regagner le pouvoir. Mais il faut bien constater que du point de vue purement technique, et surtout de la technique des présomptions, ce traité présentait plusieurs défauts graves.

Il faut noter par exemple l'étrangeté de la preuve contraire dont l'article 10 réservait la possibilité. Cette preuve contraire consiste dans une décision de l'organe chargé de juger de l'infraction, c'est-à-dire du Conseil de la Société des Nations ! Mais les points les plus graves sont ceux qu'a mis en évidence le professeur Guggenheim :

« ... une double contradiction réside dans le fait que, d'une part, la violation de l'obligation prévue à l'article 10, al. 2, N^os^ 1 et 2, doive être présumée automatique, alors que, d'autre part, l'article 10, al. 3 donne au Conseil le droit de déterminer dans un bref délai qui est l'agresseur — que, de plus, bien que d'après l'article 10, al. 2, phrase 1, la présomption de l'article 10, al. 2, N^os^ 1 et 2 ne puisse être détruite que par une décision unanime du Conseil, l'article 10, al. 3, permet en général de mettre en doute qu'un agresseur puisse être découvert. En d'autres termes, ou bien le système selon lequel la présomption de l'agresseur ne peut être détruite

[1] LE FUR et CHLAVKER, *Recueil de textes de droit international public*, Paris 1934, p. 841 ss.

que par une décision unanime du Conseil fonctionne, et en ce cas, pour déterminer l'agresseur toute décision du Conseil (avant tout la solution éventuelle consistant à ordonner un armistice) est superflue; ou bien il ne fonctionne pas, et alors les «présomptions» sont d'emblée inefficaces, et une décision du Conseil est nécessaire dans chaque cas, soit pour désigner l'agresseur à condition qu'il puisse être déterminé, soit pour ordonner l'armistice au cas où il n'apparaîtrait pas possible d'établir qui est l'agresseur. [1] »

Les contradictions décelées par M. Guggenheim sont incontestables. Elles démontrent que les auteurs du Pacte n'avaient pas prêté une attention suffisante à la manière dont le mécanisme des présomptions qu'ils créaient devait fonctionner. Du moins la solution du Protocole de Genève a-t-elle eu l'avantage de faire ressortir combien une définition abstraite du délit d'agression sera souvent inutile, en ce que, dans les situations complexes qui caractérisent en général le début d'un conflit, elle ne fournit aucun critère de détermination de l'agresseur. Dans ces cas, il est bon que les autorités internationales chargées du maintien de la paix puissent décréter des mesures provisoires en se fondant seulement sur des présomptions [2].

L'article 10 du Protocole de Genève est sans contredit l'exemple le plus important de présomption figurant dans un traité international. C'est aussi le seul qui, du point de vue théorique, pose des questions intéressantes; c'est pourquoi il lui a été fait place d'honneur dans cette section, qu'il faut conclure par les deux observations que voici : 1. Les traités où l'on trouve le mot présomption ne sont pas rares, mais il est rare que ce mot recouvre une véritable présomption conventionnelle de droit des gens. 2. Lors même qu'il s'agit d'une présomption de droit international, il apparaît en général que les auteurs des conventions n'ont pas pris suffisamment garde à l'aspect technique de la notion de présomption. Ceci n'est que le reflet du peu d'intérêt que l'on porte aux problèmes de la preuve dans les litiges internationaux.

[1] P. GUGGENHEIM, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le droit des gens*, Paris 1931, p. 116-117.

[2] L. A. GOODRICH et E. HAMBRO, *The Charter of the United Nations*, 2nd ed., London 1949, p. 264-265.

Section II. LES PRÉSOMPTIONS DANS LA DOCTRINE DU DROIT DES GENS

1. L'utilisation de la notion de présomption dans la théorie du droit coutumier

La théorie du droit coutumier se sert fréquemment de la notion de présomption. Dans le paragraphe présent, trois cas, parmi les plus importants, de cet usage, seront brièvement examinés.

A. Le caractère obligatoire des règles coutumières internationales a été souvent expliqué par le consentement présumé des Etats à ces règles [1]. Cette présomption de consentement est essentielle dans le système de ceux qui l'adoptent. Aussi vaut-il la peine d'en dire quelques mots, d'autant plus que les questions relatives à la nature de la coutume sont peut-être plus controversées aujourd'hui que jamais. L'explication du caractère obligatoire du droit international coutumier par le consentement présumé des Etats pose deux questions :

1. Il s'agit de savoir jusqu'à quel point les règles coutumières ne s'élèveraient au rang de préceptes de droit que dans la mesure où les Etats consentent à cette élévation.

2. S'il fallait donner une réponse affirmative à cette question, ou en admettant hypothétiquement l'exactitude d'une réponse affirmative, encore faudrait-il décider s'il s'agit bien d'un consentement présumé.

1. En ce qui concerne le premier point, il faut souligner que l'opinion selon laquelle le consentement des Etats serait en définitive l'unique base possible de la coutume ne revêt pas un caractère purement historique. « La conception de la coutume comme un traité tacite, écrit M. Sörensen, garde une tradition très forte dans la doctrine du droit international, et est toujours soutenue par beaucoup d'auteurs. [2] »

Récemment, un sociologue et juriste belge, M. J. P. Haesaert, niait la coutume en tant que source du droit, parce que ou bien, il y a consen-

[1] E. de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains.* Classiques de droit international. Préliminaires, par. 25 et 26.

[2] *Op. cit.*, aux auteurs auxquels renvoie le savant danois c'est-à-dire : D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. Gidel, Paris 1929, p. 73; S. Séfériadès, RGDIP, 1936, p. 129-196; L. Oppenheim, 5e éd. par Lauterpacht, I, London 1935, p. 24; K. Strupp, RCADI 47, 1934, I, p. 263-593, pourraient en être ajoutés quantité d'autres, par exemple C. H. Triepel, *Droit international et droit interne*, trad. Brunet, Paris 1920, p. 89; A. Cavaglieri, *Corso di diritto internazionale*, 1925, p. 56.

tement des Etats, et alors conclut logiquement M. Haesaert, il y a en somme un traité, ou bien il n'y a pas consentement des Etats, et alors il n'y a pas de précepte obligatoire non plus [1].

De vives critiques ont été adressées à ce point de vue [2]. Il n'est pas possible ici d'entrer dans les détails de ce vaste problème théorique. Il faut insister cependant sur un fait dont les partisans de la théorie volontariste ne tirent pas les conséquences nécessaires. Le processus de formation des règles coutumières est inconscient. Les Etats jouent un rôle essentiel dans ce processus puisque c'est leur pratique qui constitue l'élément de base. Mais cette pratique n'est pas, la plupart du temps, le produit d'une réflexion sur ses résultats juridiques ultimes. Les Etats, c'est-à-dire leurs représentants, ne prennent véritablement conscience de la règle coutumière qu'en un moment où elle est déjà suffisamment objectivée pour qu'elle s'impose à eux sans que leur adhésion importe vraiment. C'est pourquoi, d'ailleurs, la situation des Etats qui ont effectivement participé à la formation d'une coutume, et celle des autres Etats, des Etats nouveaux par exemple, ne sont pas très différentes : le privilège des premiers n'a rien d'insupportable. Cet élément, le caractère inconscient de la formation des coutumes a été mis en évidence par plusieurs juristes de grand renom. M. Kelsen parle d'« unconscious, and unintentional law-making » [3]; M. Scelle écrit : « L'intervention humaine qui la constitue — la coutume — est un fait spontané de conscience collective; nous serions plus tenté de dire de subconscience ou d'instinct. [4] »

Même l'un des tenants les plus éminents de la théorie volontariste, Anzilotti, reconnaissait le caractère de « manifestation spontanée, quasi inconsciente » des coutumes [5]. Pourtant, il ne saurait y avoir de consentement sans conscience de l'objet du consentement. Il y a là une contradiction que n'expliquent ni le savant italien, ni tous les auteurs qui fondent la force obligatoire de la coutume sur le consentement des Etats [6].

2. Admettons pour les besoins du présent examen que cette théorie du consentement soit exacte. Il reste à dire s'il s'agit effectivement d'un consentement présumé. Si tel était le cas, la situation serait la suivante :

[1] *Préalables de droit international public.* Mémoires de l'Académie royale de Belgique. Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques, tome XLVI, fascicule 3, 1950, p. 41 ss.

[2] *En ce qui concerne la doctrine récente, on en trouvera des exemples dans* H. KELSEN, *Principles of International Law*, New York 1952, p. 307 ss.; G. SCELLE, *Manuel de droit international public*, Paris 1948, p. 577; CH. ROUSSEAU, *Principes généraux du droit international public*, Paris 1944, p. 828.

[3] *Op. cit.*, p. 308.

[4] *Op. cit.*, p. 574.

[5] *Op. cit.*, p. 74.

[6] M. SCHWARZENBERGER parle du droit coutumier comme « growing imperceptibly over prolonged periods ». (*Op. cit.*).

L'Etat A se plaint d'une violation d'une règle coutumière de droit international par l'Etat B. L'Etat A prouve l'existence de la coutume en question, citant un certain nombre de cas d'application par les Etats C, D, E, F, G, etc. B ne conteste aucune des allégations de A, mais prouve qu'il n'a jamais donné une adhésion quelconque à la règle violée. Il apporte ainsi la preuve contraire à la présomption de consentement, et peut prétendre ne pas être lié par cette règle. Cette situation, on le voit, correspondrait à une assimilation complète de la coutume aux traités. On serait « Partie » à une coutume comme on est Partie à un traité [1].

Un tel point de vue n'est pas acceptable, et sans doute ne se trouverait-il personne aujourd'hui pour le défendre jusque dans ses dernières conséquences. Sur le plan strictement théorique, plusieurs problèmes se résoudraient aisément s'il s'agissait d'un consentement fictif, en particulier le problème que soulève la situation d'un Etat nouvellement créé ou d'un Etat qui n'a eu aucune occasion de manifester son approbation ou sa désapprobation d'une règle coutumière [2]. Mais les représentants les plus absolus de l'idée que les Etats ne sauraient être liés que par leur propre consentement ne peuvent, en bonne logique, se satisfaire de l'artifice de la volonté générale.

En dernière analyse, la difficulté qu'il y a d'expliquer, soit par la notion de présomption, soit par celle de fiction, le rôle exact que jouerait le consentement des Etats dans la jurification des usages internationaux montre assez l'insuffisance des doctrines volontaristes pour fonder le caractère obligatoire des règles du droit des gens.

B. On distingue généralement, dans la formation de la coutume, des éléments matériels et des éléments psychologiques. Eléments matériels : la règle doit avoir été pratiquée pendant une certaine période de temps, etc. Eléments psychologiques : il faut que cette pratique ait été suivie dans la conviction du caractère juridiquement obligatoire de la règle (« opinio juris sive necessitatis »). La mesure dans laquelle cette conviction est indispensable est diversement appréciée dans la doctrine. Les opinions varient également en ce qui concerne la manière dont il faut prouver l'existence d'une coutume : l'Etat invoquant une coutume en sa faveur peut-il se contenter de prouver la pratique, son étendue dans l'espace et dans le temps, ou doit-il aussi apporter la preuve de l'élément psychologique, de la « convictio juris » ?

[1] E. DE VATTEL, *op. cit., loc. cit.*

[2] Les auteurs qui se réfèrent à la « volonté générale des Etats » envisagent bien un consentement purement fictif. M. KELSEN souligne très justement que cette volonté générale des Etats n'est autre que l'expression, en droit international, de la théorie du « contrat social » de J. J. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 317-318.

— C'est ici que d'aucuns font appel à une nouvelle présomption, utile à la théorie du droit coutumier. En présence des éléments matériels requis, il y aurait lieu de présumer que l'élément psychologique ne fait pas défaut. Telle est en particulier l'opinion que professait le juriste grec Séfériadès [1]. Dans sa thèse sur *Les sources du droit international*, M. Sörensen commence par repousser catégoriquement ce point de vue [2]. Pourtant dans la suite de son exposé sur la coutume, il n'est pas sûr qu'il ne finisse pas par s'y rallier plus ou moins directement. M. Sörensen, très justement semble-t-il, lie la question de savoir si l'élément psychologique est requis par le droit international à la question de savoir jusqu'à quel point il est possible de prouver *in concreto* la présence de cet élément. « Seulement dans la mesure où une telle preuve est possible, il serait raisonnable d'attendre qu'un juge international fasse dépendre l'existence d'une coutume de l'opinion juris. » Ensuite, il reconnaît qu'il est la plupart du temps impossible de prouver l'élément psychologique parce que les organes internes des Etats ne donnent pas une publicité suffisante à leurs décisions et aux motifs qui président à leurs décisions. Il lui paraît cependant que l'élément psychologique ne saurait être complètement écarté, parce qu'il offre le seul critère de distinction possible entre coutume et usage. « La théorie qui considère une présomption générale en faveur de l'existence d'une *opinio juris* n'est pas incompatible avec les nombreux cas où la Cour a établi la coutume sur l'examen exclusif de l'élément matériel, mais elle se trouve nettement contredite par les observations de la Cour dans l'affaire du « Lotus » [3]. » Et de conclure : « Les difficultés de prouver d'une manière concluante les motifs des actes internationaux ainsi que les circonstances psychologiques qui les accompagnent ont inévitablement pour conséquence que le juge international doit recourir largement à une libre appréciation. [4] » L'opinion du professeur Sörensen paraît exacte sous cette réserve : le juge international peut fort bien utiliser ce pouvoir d'appréciation en ce sens qu'il présumera l'existence d'une *convictio juris* lorsque les éléments matériels nécessaires seront présents. Ce qui diminue considérablement la portée pratique de l'élément psychologique, il faut bien le dire. Cette interprétation correspond en fait à la position prise par les tribunaux internationaux. Elle présente l'avantage de concilier l'avis de M. Séfériadès et celui de M. Sörensen. Elle ne nie pas toute signification juridique à l'élément psychologique comme ont fait M. Kelsen [5], et plus récemment M. Guggen-

[1] *Op. cit.*, p. 144.
[2] *Op. cit.*, p. 108.
[3] *Op. cit.*, p. 110.
[4] *Ibid.*, p. 110.
[5] Théorie du droit international coutumier. *Revue internationale de la théorie du droit.* 1939, p. 253-274.

heim [1], bien que pratiquement, elle ait des conséquences à peu près semblables. Pour ces motifs, le juge international devant lequel l'existence d'une coutume doit être prouvée paraît fondé à présumer la « convictio juris », lorsque les éléments matériels sont démontrés à suffisance.

C. Aux auteurs qui fondent toute la validité du droit coutumier sur le consentement des Etats, on oppose la situation des nouveaux Etats qui sont liés par des règles auxquelles il importe peu qu'ils consentent ou non. Ces auteurs se défendent en arguant que les nouveaux Etats sont présumés consentir au droit coutumier. Il est à peine besoin de parler de cette prétendue présomption, après être arrivé à la conclusion que la force obligatoire des coutumes internationales ne saurait dépendre du consentement des Etats. Il convient cependant d'insister sur le fait que cette présomption opérerait également une assimilation complète de la coutume aux traités : certains Etats, par la preuve qu'ils n'ont pas consenti à une coutume, seraient dispensés de l'observer. Adopter une telle présomption, c'est proprement nier la coutume en tant que source indépendante du droit international public. Cette conception ne saurait se réclamer même du positivisme le plus strict.

2. L'INTERPRÉTATION DES DROITS DE L'ETAT SUR LA MER TERRITORIALE

Le professeur A. de La Pradelle, dans un de ses premiers articles, défendit avec beaucoup de brillant le point de vue que l'Etat n'a pas sur la mer territoriale un droit de souveraineté analogue à celui qu'il possède sur son domaine terrestre, encore moins un droit de propriété, au sens du droit civil. Il analysait les droits de l'Etat sur la mer territoriale comme un faisceau de servitudes, constituant autant d'exceptions au principe général de la liberté des mers. Cette théorie originale a d'importantes conséquences au point de vue de l'interprétation qu'il convient de donner, en cas de doute, aux droits de l'Etat côtier. C'est un des nombreux mérites de M. de La Pradelle que de s'être rendu compte de ces conséquences, et d'avoir attiré l'attention sur elles dès le début de son exposé : « Si l'Etat riverain n'a sur elle (la mer territoriale) au contraire qu'un faisceau de servitudes, une règle d'interprétation en résulte : C'est qu'en principe il est sans droit. Dans le doute, ce n'est pas la servitude qui se présume, c'est la liberté. Pour démontrer l'existence de la servitude, il faut soit un texte, soit la nécessité. [2] » Les auteurs les plus récents sur le droit international de la mer rappellent presque tous la théorie proposée par

[1] *Les deux éléments de la coutume en droit international.* La Technique et les Principes du Droit public. Etudes en l'honneur de GEORGES SCELLE, Paris 1950, I, p. 275.

[2] *Le droit de l'Etat sur la mer territoriale.* RGDIP, 1898, p. 309-347, ad. p. 309-310.

M. de La Pradelle. Pourtant, en fait, elle n'a séduit aucun autre juriste que son inventeur [1], et elle n'a pas reçu d'applications pratiques [2]. Il n'empêche que la question de l'interprétation des droits de l'Etat riverain continue à se poser, et que, dans la mesure où il a dit que ces droits ne doivent pas être présumés en cas de doute, M. de La Pradelle n'est pas resté isolé.

Ainsi, dans l'ouvrage classique en Grande-Bretagne de A.P. Higgins et C. J. Colombos [3], on trouve ce passage : « By the practice of nations and the theory of self-preservation and protection on which the principle of territorial waters is based, it is generally recognised that a State may exercise certain well-defined rights of control within its marginal belt. » Les auteurs continuent en donnant une énumération limitative de ces droits de l'Etat riverain qu'ils groupent en cinq catégories : tous autres droits doivent être présumés inexistants. Comme M. de La Pradelle, ils voient dans la nécessité, et en particulier la nécessité de défense, le fondement des droits de l'Etat côtier [4]. Les uns et les autres prennent pour point de départ le principe de la liberté des mers qui leur paraît devoir s'appliquer sauf exceptions à la mer territoriale comme à la haute mer. Or, ce point de départ, M. Gidel l'a bien montré [5], a nécessairement pour conséquence l'adoption d'une présomption que l'Etat riverain n'a pas de droit sur la mer territoriale en cas de doute.

L'opinion dominante est dans un sens absolument opposé. Pour la grande majorité des auteurs, l'Etat riverain a, sur la mer territoriale, le même droit qu'il a sur sa zone terrestre, sauf quelques réserves prévues par le droit international. Cette opinion a prévalu lors de la Conférence de codification de La Haye en 1930. Elle compte, parmi ses représentants les plus illustres, le professeur Gidel pour qui « la mer territoriale est essentiellement une partie submergée du territoire de l'Etat riverain » [6]. Dans ce système, une présomption intervient également : dans le doute, l'Etat côtier est maître de la mer territoriale. Sa souveraineté sur cette partie de son territoire ne saurait être limitée que par des règles expresses du droit international. Telle est la théorie qui prévaut incontestablement aujourd'hui. Il paraît peu vraisemblable qu'elle soit détrônée dans un proche avenir. En effet, la tendance actuelle des Etats est plutôt de prétendre à de nouvelles limitations du principe de la liberté des mers. Dans ce système, un droit comme le droit de passage innocent doit être construit

[1] Et le fils de celui-ci, le professeur P. DE LAPRADELLE, *La Frontière*, thèse de la Faculté de droit de Paris, 1928.
[2] G. GIDEL, *Le droit international public de la mer*, Paris 1934, t. III, p. 115.
[3] *The International Law of the Sea*, 2nd rev. ed. by C. J. COLOMBOS, London 1951, p. 84.
[4] *Op. cit.*, p. 64-65.
[5] G. GIDEL, *loc. cit.*
[6] *Op. cit.*, vol. III, p. 168.

comme une exception à la souveraineté de l'Etat riverain. Du point de vue purement théorique, M. Gidel a démontré à suffisance la plus grande exactitude de son système, mais ce n'est pas le lieu d'en débattre. Ce qui importe ici, c'est que dans la mesure où un choix s'offre entre une présomption en faveur de la souveraineté des Etats sur la mer territoriale et une présomption en faveur de la liberté de cet espace de mer, il convient de préférer la première, qui correspond mieux aux conceptions générales, au droit positif [1].

Il n'est pas exclu pour autant que de nouvelles théories se fassent jour à l'avenir, et qu'elles parviennent à s'imposer. En ce qui concerne les limites de la mer territoriale, la tendance semble être à une solution que l'on peut appeler « fonctionnelle » : l'Etat serait en droit d'intervenir à telle ou telle distance, selon le but qu'il désire atteindre ou les besoins qu'il doit satisfaire. Cette tendance pourrait avoir quelque répercussion sur le problème de la nature des droits de l'Etat sur la mer territoriale. Ces droits devraient dès lors être interprétés fonctionnellement, c'est-à-dire selon leur raison d'être, et il serait ainsi possible d'éviter tout recours à la notion de présomption. Tout cela cependant n'est qu'une hypothèse parmi d'autres.

3. Présomptions et effets de la guerre sur les traités

Le droit international public n'est pas très développé encore en ce qui concerne les effets de la guerre sur les traités. Les livres consacrés à cette question sont peu nombreux, si l'on songe à son importance. Dans la mesure où ils existent, Sir Cecil Hurst a fait justement remarquer qu'il y a peu de problèmes au sujet desquels les personnes qui s'occupent de l'application du droit international trouvent les manuels aussi peu secourables [2].

Un reproche souvent adressé à la doctrine du droit des gens, qui peut viser certains auteurs plus que d'autres, est de ne pas marquer suffisamment la limite entre « lex lata » et « lex ferenda », de ne pas s'attacher assez fidèlement à la pratique du droit positif. Quel que puisse être le bien-fondé de ce reproche en général, dans le cas particulier, il faut avouer que la pratique, loin d'être claire et uniforme, est variable, et qu'elle prête à des interprétations différentes [3]. Grosso modo, on peut dire que l'opinion autrefois prévalente était que la guerre met fin à tous les traités, sauf ceux qui ont directement trait aux hostilités, au lieu qu'aujourd'hui il est admis

[1] *Op. cit.*, vol. III, p. 155.
[2] *The Effect of War on Treaties.* BYIL. II, 1921-1922, p. 37-47.
[3] D. Anzilotti, *Cours de droit international*, trad. Gidel, Paris 1929, p. 449.

que la guerre n'a pas nécessairement cet effet sur tous les traités. Il reste à savoir quels traités échappent à cet effet. La question, jusqu'ici, n'a guère été résolue en principe. Elle a reçu la solution voulue par l'Etat sorti vainqueur des hostilités, ainsi qu'il en est fréquemment encore [1].

Théoriquement trois solutions sont concevables : 1. La guerre abroge complètement le traité entre belligérants ; 2. Elle ne fait que le suspendre ; 3. Elle n'a aucun effet [2]. Il est admis aujourd'hui, de manière assez générale, que certains traités subsistent en dépit de la guerre, cependant que d'autres sont soit abrogés soit suspendus [3].

Comment classer les traités dans ces diverses catégories ? Les théories proposées peuvent être groupées en deux tendances, dont l'une présente un intérêt particulier pour notre étude. Le critère adopté par les représentants de la première tendance se trouve dans la nature du traité. Ils cherchent à formuler quelques règles invariables, aux termes desquelles la nature des traités décide de leur sort en cas de guerre entre les parties. On distinguera selon que le traité est bilatéral ou multilatéral, créateur de droit ou déclaratoire, etc. Telle est la tendance à laquelle M. Fenwick paraît se rallier [4], et sans doute la tendance majoritaire. Aussi, dans la plupart des manuels, à la question de savoir quels sont les effets de la guerre sur les traités, on trouve cette réponse : cela dépend de la nature du traité. Ce système présente des avantages et des inconvénients. Il est avantageux en ce qu'il propose des règles automatiques, précises, qui coupent court à toute querelle d'interprétation. Son principal inconvénient n'est qu'une conséquence du même fait : une rigidité excessive. D'autre part, il sera souvent très difficile de déterminer la nature d'un traité et de le classer : il peut y avoir une infinité de combinaisons. Enfin, si on en juge par le peu de progrès accomplis dans ce domaine du droit depuis le moment où l'on a réalisé que la guerre n'annulait pas nécessairement les traités, il est à craindre que la société internationale ne soit dotée des principes impliqués dans ce système avant longtemps.

L'autre tendance a deux illustres représentants : Sir Cecil Hurst [5] et Dionisio Anzilotti [6]. Ces auteurs ne font pas fi de la nature du traité comme élément de détermination des effets de la guerre sur lui, mais dans leur système, cet élément a une valeur subsidiaire. Le critère fondamental, c'est l'intention des parties, auxquelles il appartient de décider quelle sera l'influence d'un conflit les opposant sur le traité qu'elles concluent. Dans

[1] C. G. FENWICK, *International Law*, 3rd ed., New York 1948, p. 677.
[2] Sir ARNOLD D. MCNAIR, *Les effets de la guerre sur les traités*. RCADI 59, 1937. I, p. 527-585.
[3] C. G. FENWICK, *op. cit.*, p. 674.
[4] « Since treaties varied widely in their intrinsic character », *op. cit.*, p. 674.
[5] Article cité *supra*.
[6] Cours cité, p. 446-456.

la mesure où cette intention apparaîtra clairement, elle sera seule considérée. Mais les parties n'envisagent pas toujours la possibilité d'un conflit entre elles. Qu'arrive-t-il lorsque leur intention prête à discussion ?

Sir Cecil Hurst suggère la possibilité de recourir à des présomptions fondées sur la nature du traité. Si la nature, l'objet du traité sont tels, les effets de la guerre présumés voulus par les parties sont tels. On voit qu'ici la nature du traité n'est prise en considération qu'en tant qu'elle indique la volonté probable des contractants. Elle ne résiste donc pas à la preuve contraire (trad.) : « Je me permets de soumettre à l'attention de ceux qui peuvent se consacrer à l'étude de cette question, que le véritable critère pour savoir si un traité survit ou non à la naissance d'une guerre entre les Parties consiste dans l'intention des Parties à l'époque de la conclusion du traité... et si ce critère est le critère par excellence, il appartient au Droit international de présenter une série de présomptions permettant de résoudre les cas où les mots employés dans le traité lui-même ne montrent pas clairement quelle était l'intention des Parties à l'époque de la conclusion. [1] »

La théorie de Sir Cecil Hurst apparaît à plusieurs égards meilleure que la précédente. En particulier, en donnant la possibilité aux parties de prouver que leur intention ne correspondait pas à la nature du traité, elle échappe au reproche de rigidité. Il est cependant une insuffisance de la première théorie que celle-ci partage : les présomptions souhaitées n'existent pas encore, elles ne sont qu'en voie de formation, et doivent devenir des règles sûres, positives. Que faire lorsque la présomption nécessaire fait défaut? C'est le mérite de M. Anzilotti que d'offrir une solution dans ces éventualités, qui sont actuellement les plus fréquentes... Tout en mettant aussi au premier rang l'intention des parties, le regretté juriste italien rappelait opportunément quel fossé sépare l'état de paix de l'état de guerre, et il en tirait les conséquences : « Si nous pensons à la profonde différence qui existe entre l'état de paix et l'état de guerre, ainsi qu'à la très faible probabilité que les Etats contractants veuillent limiter leur liberté l'un au profit de l'autre également pour l'hypothèse dans laquelle toutes leurs forces seront tendues pour l'emporter sur l'adversaire, il ne semblera pas injustifié d'admettre que, en règle, les traités internationaux, quand ils n'ont pas précisément en vue la guerre, partent de la présupposition tacite que les relations normales du temps de paix persistent. La survenance de la guerre constitue donc un fait qui, par la volonté même des parties résout les obligations contractées. Ce n'est pas la guerre qui éteint les traités mais, en règle, les parties n'ont l'intention de s'obliger que pour le temps de paix. [2] » Il en résulte, en cas de doute, une pré-

[1] Article cité, p. 40.
[2] *Op. cit.*, p. 451-452.

somption que la guerre met fin aux traités, à laquelle les parties peuvent apporter la preuve contraire. Plus loin dans son exposé, M. Anzilotti use fréquemment de ces expressions présomption, preuve contraire, etc.

Cette troisième solution, adoptée également à l'article 35 de la Harvard Research Draft Convention on the Law of Treaties [1] présente sur les autres l'avantage de fournir une réponse de principe aux problèmes actuels. Peut-être serait-elle trop absolue si la série de règles proposée par Sir Cecil Hurst venait à constituer le droit positif, mais elle apparaît comme une excellente théorie transitoire. En tous les cas, les deux auteurs donnent un bon exemple des services que la notion de présomption peut rendre à l'application et au développement du droit international. Il est vrai que l'un appartient au pays dont le droit interne contient le plus grand nombre de présomptions, tandis que le second appartenait à celui des pays continentaux où l'étude de la procédure est la plus approfondie et la plus vivante. Ni l'un ni l'autre de ces internationalistes éminents, tous deux anciens présidents de la Cour permanente de justice internationale ne paraissent avoir songé à d'éventuels empêchements de principe à l'existence de présomptions en droit des gens.

4. Les présomptions et la nullité de la sentence arbitrale

Le dernier exemple de recours à la notion de présomption par la doctrine est emprunté au domaine de la nullité de la sentence arbitrale. Il est admis généralement que certains défauts peuvent entraîner la nullité de la sentence arbitrale [2]. Mais si le droit apparaît assez développé en ce qui concerne les causes de nullité, la littérature au sujet de l'excès de pouvoir par exemple est très abondante, il n'en est pas ainsi de la procédure de nullité. Et, il faut bien le dire, l'utilité d'une bonne théorie des causes de nullité est réduite à néant si elle n'est accompagnée d'une procédure qui assure son application.

Très heureusement, dans le projet de convention sur la procédure arbitrale de la Commission de droit international, l'une et l'autre chose sont présentes. L'article 30 énumère les causes de nullité : *a)* L'excès de pouvoir; *b)* La corruption du tribunal; c) La violation d'un principe fondamental de procédure. L'article 31 prévoit que la Cour internationale de justice sera compétente pour prononcer la nullité, sur une demande de l'une ou l'autre partie. Il institue un délai de soixante jours pour le recours. Il prévoit enfin que l'introduction d'un tel recours a, sauf déci-

[1] AJIL, 1935, Suppl. III.

[2] A. Balasko, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, Paris 1938.

sion contraire de la Cour, l'effet de suspendre l'exécution de la sentence attaquée [1].

L'adoption de cette convention marquerait un indéniable progrès de l'arbitrage, par l'établissement d'une voie générale de recours en nullité. Sous le régime des Conventions de La Haye, il n'y a pas de voies de recours [2]. Les conséquences de ce fait ont été diversement appréciées par les auteurs. Pour d'aucuns, il en résulte que la partie invoquant la nullité est seule juge de cette nullité, et qu'elle dispose ainsi d'un moyen de se dérober à l'exécution d'une sentence gênante. Pour d'autres, l'Etat qui découvre un motif de nullité est en droit de prendre l'initiative d'un nouvel arbitrage. Pour d'autres encore, la sentence est définitive et l'Etat au bénéfice d'une décision peut refuser de la remettre en question, si son adversaire invoque la nullité [3].

A défaut d'une voie de recours préconstituée, la meilleure solution est évidemment que l'accord des parties se fasse pour soumettre la sentence à un nouvel examen arbitral. C'est la raison pour laquelle on a cru pouvoir proposer, pour résoudre le problème, un système de présomptions fondées sur l'attitude des parties à l'égard d'une éventuelle décision arbitrale sur la question de la nullité. Cette théorie des présomptions a été suggérée en relation avec l'application de l'article 13, al. 4, du Pacte de la Société des Nations. Rien n'empêche cependant d'étendre sa portée.

Une sentence a été rendue. L'une des parties la prétend nulle. Trois cas peuvent se présenter :

1. L'Etat qui invoque la nullité refuse un nouvel examen arbitral. C'est vraisemblablement que son allégation n'est qu'un prétexte. La sentence est présumée valide.

2. L'Etat qui invoque la nullité accepte un nouvel arbitrage, contrairement à la Partie gagnante au procès. La sentence est présumée nulle.

3. Les deux Etats refusent un nouvel examen. La sentence devant être présumée valide jusqu'à preuve contraire, et l'Etat susceptible de bénéficier de cette preuve contraire ne l'apportant pas, la sentence triomphe [4].

Le système est certainement ingénieux, et utile dans la mesure où il offre des solutions certaines en fait d'application de la sentence, remédiant

[1] Ass. gén. Procès-verbaux off., 7e session, Suppl. N° 9. A/2163, New York 1952.

[2] A. Balasko, *op. cit.*, p. 87-88.

[3] J. L. Brierly, *The Hague Conventions and the Nullity of Arbitral Award*, BYIL 1928, p. 114-117; H. Lauterpacht, *The Legal Remedy in Case of Excess of Jurisdiction*, *ibid.*, p. 117-120; F. Castberg, *L'excès de pouvoir*... RCADI 35. 1931, I. p. 357-470; Eugène Borel, RCADI 52, 1935, II, p. 5-105.

[4] A. Balasko, *op. cit.*, p. 373-374, citant G. Diena, *La réforme agraire en Tchécoslovaquie*, p. 306.

ainsi à l'absence de voies de recours. Ici encore, un grand juriste, et un juriste italien, fait usage de la notion de présomption pour résoudre un problème très important, sans s'inquiéter apparemment de savoir s'il peut y avoir des présomptions en droit international public comme en droit interne. Toutefois ce système reste purement doctrinal. Il n'a reçu aucune application pratique. La raison en est qu'il est difficile à justifier théoriquement, plus encore que les affirmations catégoriques qu'une sentence est définitive, inattaquable, ou que les parties sont seules juges de la nullité.

Eu égard à la présomption de bonne foi dont les Etats bénéficient, il est difficile d'accepter un système qui déduit la mauvaise foi de certaines attitudes qui peuvent aussi être fondées sur des motifs honorables. Par exemple, l'Etat qui a gagné le procès peut se refuser à le rouvrir, contre la volonté de son adversaire, dans la conviction intime que ce dernier tente de le traîner au long banc, de retarder l'exécution de la sentence. Il est très compréhensible que l'auteur de ce système se soit refusé à admettre les conclusions de quelques-uns de ses collègues, et qu'il ait recherché une solution palliant les regrettables situations qui peuvent résulter de l'absence d'un recours en nullité organisé. Il n'est pas sûr cependant que la solution soit idéale. M. Balasko, qui a entrepris une recherche minutieuse de tous les moyens offerts dans l'état actuel du droit, juge bon de l'écarter. Aucune solution ne saurait être aussi efficace qu'une voie de recours préconstituée offrant toutes garanties de bon fonctionnement, telle celle que propose la Commission de droit international.

CHAPITRE IV

Les présomptions et la formation des règles matérielles du droit des gens

Toutes les présomptions de droit des gens examinées jusqu'ici ressortissent au domaine de la preuve ou de l'interprétation des traités. Elles viennent en aide au juge lorsqu'il apprécie les preuves que lui soumettent les parties, aux fins de fixer la situation de fait dont il devra ensuite déterminer les conséquences juridiques; ou bien, lorsque, ayant à appliquer les dispositions d'un traité dans un cas concret, il doit au préalable rechercher quel a été l'objet de la volonté concordante des parties. Ces présomptions auxquelles on a donné le nom de présomptions-*sensu stricto* (F. Gény), de « prozessualischen Rechtsvermutungen » (H. Burckhard) ou de présomptions-preuves (J. Dabin), sont les seules dont le praticien ait à se préoccuper.

Du point de vue théorique cependant, les présomptions sont intéressantes sous d'autres aspects encore. En tant qu'elles constituent un procédé de raisonnement qui opère une réduction simplificatrice des faits en tenant pour certain ce qui n'est que probable, elles peuvent servir à d'autres fins que probatoires [1]. Elles peuvent notamment se trouver à la base de certaines règles de fond, entrer dans la constitution foncière du droit. Il s'agit alors des présomptions *sensu largo* de Gény, des « materielle Rechtsvermutungen » de Burckhard, des présomptions-concepts du professeur Dabin et des présomptions-clefs de M. Barraine. Il convient de dire quelques mots du rôle que jouent éventuellement ces présomptions-concepts dans la constitution des règles du droit international public, mais auparavant, il faut préciser un peu les caractéristiques de ce type de présomptions très complexe.

Le premier point à signaler est le suivant : Le mot présomption peut revêtir plusieurs significations [2]. Il peut en particulier servir à désigner soit certaines règles de droit qui appartiennent au domaine de la preuve, soit

[1] Cf. *supra*, chap. I, par. 4.
[2] Cf. *supra*, chap. I, par. 1.

le raisonnement qui est impliqué dans ces règles. Jusqu'ici le mot a presque toujours été employé dans le premier sens. Mais lorsque l'on parle de présomption-concept, on ne saurait faire allusion qu'à un mode de raisonnement. C'est dire que les présomptions-concepts sont plus une notion de philosophie, de logique qu'une notion de droit. C'est expliquer aussi pourquoi les juristes anglo-saxons qui font de la « law of evidence » leur spécialité ne s'attardent pas aux présomptions-concepts.

Observons ensuite que le fait de dire que la présomption-concept se trouve à la base d'une règle de droit, qu'elle en forme un élément constitutif, ou comme on dit parfois, un motif, ne suffit pas en lui-même à marquer nettement ce qui l'oppose à la présomption-preuve. La différence essentielle est celle-ci : La présomption-preuve est associée à une règle de preuve de telle façon que si l'inexactitude de la présomption est démontrée dans un cas particulier, la règle de preuve cesse d'être applicable. Par exemple, en droit anglais, une personne est présumée décédée si elle n'a pas donné de nouvelles pendant sept années à ses proches. X n'a pas donné de nouvelles à ses proches pendant sept ans, mais il est une preuve qu'il est vivant. La présence de cette preuve contraire rend la règle citée inapplicable au cas de X. La présomption-preuve peut donc être attaquée dans sa validité au moment où son application est envisagée par le juge. Au contraire, la règle de fond dont l'adoption a été déterminée par une présomption-concept s'impose au juge comme n'importe quelle autre règle de droit matériel. Il n'a pas à en vérifier le bien-fondé au moment de l'application. Ainsi si le législateur suisse fixe l'âge de la capacité d'exercice des droits civils et politiques à vingt ans, parce qu'il présume que tel est l'âge auquel le jeune Suisse se trouve dans l'état de maturité requis pour cet exercice, les juges n'ont pas à se demander, en une espèce concrète, si l'âge de vingt et un ans n'aurait pas mieux correspondu au donné sociologique. La présomption ne disparaîtra que lorsque le législateur, arrivant à la même conclusion, modifiera la règle de droit. Cet exemple permet de distinguer aussi les présomptions-concepts de la catégorie de présomptions-preuves que sont les présomptions irréfragables. Ces dernières sont à l'origine des règles de preuve, et elles ne perdent jamais tout à fait ce caractère. Par contre le législateur fixe l'âge de la majorité non seulement pour résoudre un problème de preuve judiciaire, mais afin que le justiciable dispose d'un critère rapide et sûr de la capacité.

Il faut prendre attention également au fait qu'il est plusieurs espèces de présomptions-concepts. Certaines d'entre elles constituent une explication réelle, tandis que d'autres ne fournissent qu'une explication logique. Dans le cas de l'âge de la majorité, il y a explication réelle. Il est raisonnable de penser qu'une personne de vingt ans est en mesure de gérer ses affaires. Par contre, dans la règle « nul n'est censé ignorer la loi », il n'y a

qu'une explication logique, car aujourd'hui la vérité de cette proposition ne saurait plus même être démontrée à propos des juristes de profession. Une autre disposition peut être faite, entre les présomptions-concepts qui n'ont jamais eu que cette qualité et celles qui auparavant étaient des présomptions-preuves. Ainsi, il est permis d'imaginer, en droit international, une présomption de mal fondé d'une demande en justice présentée tardivement, qui se transforme en une règle de prescription analogue à celles qui figurent dans les codes civils, dont la présomption invoquée représente peut-être un motif, mais un motif inattaquable. C'est apparemment à cette catégorie que M. Barraine pense, lorsqu'il écrit dans sa thèse maintes fois citée au chapitre premier que le passage des présomptions de fait aux présomptions de droit, puis aux présomptions-clefs est insensible [1].

Enfin, les auteurs ne sont pas tous d'accord au sujet de l'étendue du rôle des présomptions-concepts. M. Gény estime que les exemples en sont très nombreux [2]. M. Barraine, au contraire, réprouve la tendance à trouver des présomptions-concepts dans toute règle difficile à justifier autrement [3]. Bien qu'il soit difficile de résoudre pareille controverse dans l'abstrait, le phénomène de réduction de la complexité des faits de la vie impliqué dans tout système de droit supporte plutôt le premier point de vue. Quant à l'opinion selon laquelle le recours aux présomptions-concepts serait particulièrement utile dans les domaines du droit qui sont en formation, comme le droit international, public ou privé, pour en apprécier le bien-fondé, il est nécessaire de rechercher auparavant quelques présomptions-concepts du droit des gens.

En droit interne, certaines présomptions-concepts ne sont pas seulement le fondement d'une règle déterminée, mais elles forment un élément constitutif de tout un ensemble de règles, voire de tout le système de droit. Il n'en est pas autrement en droit international. Par exemple, on a relevé que la notion de présomption est à la base du droit dispositif, en ce sens que le législateur s'inspire de la « volonté probable de ceux dont il gère les intérêts » [4]. Les avis diffèrent quant à l'existence en droit international public de règles impératives, mais personne n'a jamais contesté que la plupart des préceptes du droit coutumier soient de nature dispositive. Par suite, la volonté présumée des sujets joue un rôle encore bien plus considérable que dans les droits internes. Il y a cependant une différence entre le droit dispositif interne et son équivalent dans les relations inter-

[1] *Théorie générale des présomptions en droit privé*, Paris 1942, p. 181.
[2] *Science et technique en droit privé positif*, III, p. 330 ss.
[3] *Op. cit.*, p. 82.
[4] F. GÉNY, *op. cit.*, p. 330 ss, t. III; F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 242-257.

nationales. Sur le plan national, il y a un législateur, un parlement, qui s'efforce de formuler des règles susceptibles de refléter la volonté de la population de correspondre à ses besoins. Mais le droit international, coutumier, est de création collective, et pour une large part inconsciente. La présomption fondamentale signalée par Gény n'en existe pas moins autant en droit des gens qu'en droit interne. Le droit qui régit une société est en même temps le produit de cette société, et par conséquent, il est naturellement censé lui convenir.

Une autre présomption apparaît comme un principe fondamental de droit international, aussi bien que de droit interne. C'est la présomption que les situations de fait, les droits tels qu'ils sont exercés, et les obligations telles qu'elles sont remplies sont justes. M. Demogue parle à ce propos du grand principe de la sécurité statique [1]. Nous trouvons notamment cette présomption-concept parmi les motifs qui inspirent la règle relative au fardeau de la preuve : « ei qui dicit incumbit probatio ».

Quant à la règle « pacta sunt servanda », elle n'est pas tellement, dans l'esprit des partisans de la théorie pure du droit de M. Kelsen, une présomption-concept qu'un véritable postulat. Toutefois l'explication formelle qu'elle donne du caractère obligatoire des normes juridiques ne serait pas affectée si l'on voyait en elle une présomption-concept. Il s'agirait alors d'un cas typique de présomption à valeur d'explication construite ou logique, et non d'explication réelle de la force obligatoire du droit, car l'Ecole de Vienne n'a jamais contesté que l'explication réelle de cette force obligatoire se trouve dans des facteurs sociologiques.

Les sources actuellement reconnues du droit international sont expliquées de très diverses manières. Les auteurs qui se placent à un point de vue sociologique sont ceux qui ont le moins souvent besoin de recourir à des présomptions-concepts. Ces dernières relèvent du domaine de la logique et la construction d'une théorie logiquement cohérente du droit et de sa création n'est pas le premier souci du sociologue, qui accepte le droit comme un fait, dont, en quelque sorte, l'existence même indique la raison d'être. Il n'en est pas de même des doctrines volontaristes qui, cherchant la base du droit des gens dans le consentement des Etats, sont obligés dans nombre de cas de se contenter d'un consentement présumé, au sens large. La plupart des auteurs du Statut de la Cour permanente de justice internationale ayant été des partisans de ces doctrines volontaristes, il n'est pas étonnant que chacune des sources du droit international énumérées à l'article 38 du Statut soit décrite de telle manière qu'il soit possible de la rattacher, logiquement tout au moins, au consentement des Etats. Ainsi, il eût été difficile pour ces auteurs d'admettre que l'on

[1] *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911, p. 543.

indiquât simplement « les principes généraux du droit ». Ils auraient craint, en effet, que cette expression ne fût interprétée comme une référence à la loi naturelle. Mais la précision « reconnus par les nations civilisées » permet d'autres interprétations. On peut dire par exemple que si une règle se trouve en substance dans nombre de droits internes, il y a une présomption qu'elle est inhérente à tout système, y compris le droit international. Mieux encore, les auteurs qui fondent le droit des gens sur le consentement des Etats feront valoir que si les Etats adoptent, dans leur législation interne, un principe de droit qu'ils reconnaissent pour fondamental et qui est susceptible d'être appliqué sur le terrain international, il y a lieu de penser qu'ils consentent à son application aux relations interétatiques. Ceci n'est qu'un exemple du type de raisonnement par présomptions-clefs qu'implique la conception selon laquelle il n'y a qu'une source du droit international : le consentement des Etats [1].

Il n'est pas normal que l'exercice d'un droit constitue la preuve irréfragable de l'existence de ce droit en faveur de celui qui l'exerce. C'est pourtant bien ce qui se passe dans le cas de la souveraineté. Si un Etat prouve qu'il a exercé paisiblement sa souveraineté sur un certain territoire, cela suffit à le faire reconnaître souverain. Les autres Etats ne sauraient apporter une preuve contraire, ils ne peuvent prouver qu'un droit meilleur. Par conséquent, nous ne sommes pas en présence d'une présomption-preuve, mais d'une présomption-concept. D'ailleurs l'exercice paisible est plus qu'un moyen de preuve, c'est une condition de la souveraineté. Elle apparaît ainsi dans nombre de décisions internationales, dont la plus récente est le jugement de la Cour internationale de justice en l'affaire des îles Minquiers et Ecrehous, opposant la France et la Grande-Bretagne [2]. Cette présomption-concept a valeur d'explication réelle, et non seulement construite, car il est raisonnable de penser que si aucun Etat n'a protesté contre l'exercice de la souveraineté, c'est que celui-ci était conforme au droit.

A titre d'exemple de règle de droit des gens dont l'adoption a été déterminée par certaines présomptions-clefs, M. Barraine cite les règles relatives à la fixation des frontières [3]. Ici encore, il s'agit de présomptions à valeur d'explication réelle. Si les territoires de deux Etats sont séparés par une rivière, il est normal de penser que chacun des Etats a exercé les droits du souverain sur une des rives et a profité des possibilités de navigation et de pêche offertes par le cours d'eau. Faire passer la frontière par le « thalweg », ou si la rivière n'est pas navigable par son milieu, c'est tenir

[1] E. g. T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 7th ed. by PERCY WINFIELD, London, 1929, p. 95.
[2] CIJ, Recueil, 1953.
[3] *Op. cit.*, p. 82.

compte de cette probabilité, et la transformer en certitude pour les besoins du système de droit. La même observation peut être faite s'agissant des frontières terrestres, au sujet de la ligne de partage des eaux ou d'autres règles analogues.

Dans l'état actuel des choses, quantité de matières ne sont pas régies par le droit international public, qui les laisse à la compétence exclusive des Etats. On parle de matières rentrant dans le « domaine réservé des Etats » ou dans leur « domestic jurisdiction » en pays de langue anglaise. Il n'est cependant aucune matière qui ne soit susceptible d'être réglementée par le droit des gens. Aucun objet du domaine réservé ne l'est donc par nature. Toute décision qui ne dépend aujourd'hui que de l'Etat pourrait fort bien être soumise demain aux dispositions d'un traité. D'autre part, il convient de remarquer que si la manière dont un Etat résout certains problèmes ne dépend encore, juridiquement que de son bon plaisir, il ne s'ensuit pas que la solution finalement adoptée par lui n'aura aucun effet sur ses relations internationales. Bien avant l'adoption d'un quelconque traité des minorités, ou d'une quelconque convention de sauvegarde des droits de l'homme, la façon dont un Etat traitait ses propres ressortissants a pu gravement compromettre sa situation vis-à-vis des autres puissances.

Il n'en reste pas moins qu'il existe en droit international positif, une présomption-concept selon laquelle l'Etat agissant dans les limites de son domaine réservé ne saurait mal faire. Cette présomption fournit une explication logique du fait que la responsabilité internationale ne saurait jamais être engagée à raison de ces actes-là. Le professeur Brierly a souligné combien il est nécessaire que le droit international se développe et rétrécisse la sphère de la compétence exclusive des Etats. Si en effet, un Etat peut être gravement atteint par les actes d'un autre sans avoir de moyen juridique de faire cesser ces actes, il aura recours à d'autres moyens, au premier rang desquels la violence, à plus ou moins brève échéance [1]. La présomption-concept à laquelle il vient d'être fait allusion n'est pas l'un des traits du droit des gens actuel les plus heureux.

En étudiant les présomptions en relation avec les immunités de juridiction des Etats, il a fallu relever l'incertitude qui règne encore dans ce domaine et le besoin de préceptes conduisant à quelque sécurité juridique. Le critère le plus souvent adopté consiste dans l'intention des Etats d'agir soit en qualité d'Etat, soit en qualité de personne privée. On a tenté d'établir des catégories d'actes considérés, soit comme actes « jure imperii », soit comme actes « jure gestionis ». Ceci peut aboutir à des présomptions-preuves ou à des présomptions-concepts. Il y a présomption-preuve si les parties peuvent prouver que tel acte a été accompli par un

[1] *The Law of Nations*, 4th ed., Oxford 1949, p. 76-77.

organe de l'Etat en vertu de l'imperium de celui-ci, malgré que cet acte est habituellement considéré comme un acte « jure gestionis ». Si au contraire, le fait que cet acte est généralement considéré comme un acte de gestion suffit à rendre les tribunaux des Etats étrangers compétents pour en connaître, nous sommes en présence de présomptions-concepts. C'est une présomption-concept que contient l'article 2 du projet provisoire de convention sur les immunités de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers, présenté à l'Institut de droit international par M. Ernest Lémonon, lorsqu'il dit que la renonciation à l'immunité de juridiction sera présumée lorsque l'Etat aura conclu sur le fond du litige ou aura affecté un bien au but du contrat. Telles qu'elles sont formulées en effet, ces règles dépassent de beaucoup le champ de la preuve.

Le sens de la *clausula rebus sic stantibus* est diversement interprété, et son application incertaine la fait rejeter complètement par quelques auteurs. La théorie d'Erich Kaufmann restreint singulièrement la portée de la clausula en l'assimilant à l'impossibilité d'exécution. Le sens le plus communément admis est que les parties, au moment de conclure le traité, avaient en vue certaines circonstances dont la disparition ou le changement modifient si profondément la portée du traité que les parties ne se seraient vraisemblablement pas liées si elles avaient pu prévoir les circonstances nouvelles. (Les termes « théorie de l'imprévision » font particulièrement bien ressortir cette signification.) Nous sommes ici en présence d'un autre exemple de présomption-concept : Il ne s'agit pas de prouver à qui les parties ont effectivement pensé ou n'ont pas pensé au moment de conclure. C'est par la force du précepte juridique que les parties se voient attribuer des intentions qui échappent à toute vérification de fait. Il n'en résulte pas nécessairement que ces intentions soient fictives, car appliquée avec mesure, comme elle doit l'être pour ne pas aboutir à la négation de la foi des traités, la *clausula rebus sic stantibus* n'est que l'expression de cette vérité que l'évolution parfois rapide de la situation internationale peut transformer complètement la signification originaire d'un traité. Cette présomption que les parties n'auraient pas accepté le traité dans sa nouvelle portée est bien l'un des éléments constitutifs ou l'un des motifs, de la *clausula rebus sic stantibus*.

Pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée sur le plan international, il faut : 1. un acte ou une omission en violation du droit international ; 2. un dommage résultant de cet acte ou de cette omission ; 3. que cet acte ou cette omission soit imputable à l'Etat. Certaines présomptions-preuves ont déjà été observées en relation avec cet élément de l'imputabilité, en particulier la règle que les actes commis par des individus sont présumés non imputables à l'Etat sur le territoire duquel ils sont survenus. En outre,

le chapitre de la responsabilité internationale des Etats contient plusieurs présomptions-concepts. Les règles qui établissent la responsabilité de l'Etat pour tous les actes accomplis par ses organes, législatifs, exécutifs et judiciaires, même lorsque ces organes ont dépassé la limite de leur compétence, pour les actes de l'armée, pour les actes d'un parti révolutionnaire parvenu au pouvoir, supposent toutes une présomption-concept selon laquelle ces actes sont en relation si étroite avec l'Etat qu'ils lui sont imputables. Le professeur Brierly a justement relevé l'insuffisance de la présomption de complicité de l'Etat pour expliquer réellement tous ces cas de responsabilité [1]. Elles n'en sont pas moins nécessaires en tant qu'explication logique, surtout pour les auteurs selon lesquels la responsabilité de l'Etat est toujours une responsabilité culpeuse. Dans les diverses éventualités qui viennent d'être énumérées, il s'agit bien de présomptions-concepts. Un Etat n'est pas admis à faire la preuve qu'il n'a commis aucune faute lorsque ses troupes ont commis des dommages illicites. Au contraire, à la présomption de non-imputabilité des dommages commis par des individus, il est toujours possible d'apporter une preuve contraire.

Les droits internes connaissent pour la plupart des cas où les juges sont inhabiles à siéger. Ils sont par exemple tenus de se récuser dans des affaires où ils sont déjà intervenus en une autre qualité, ou dans des affaires auxquelles leurs proches sont intéressés. Ces règles sont fondées sur la présomption que les juges ne sauraient être alors impartiaux. On retrouve des principes analogues en ce qui concerne les juges internationaux, en particulier la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de justice : Les juges ne siégeront pas dans des affaires dont ils ont déjà connu alors qu'ils remplissaient d'autres fonctions; le président de la Cour se fera remplacer dans la direction des débats portant sur une dispute à laquelle l'Etat dont il est ressortissant est partie [2]; si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, l'autre partie a le droit de désigner également un juge. Cette dernière règle est fondée sur l'idée que la partie dont un national siège au tribunal bénéficie d'un injuste avantage, ce qui revient plus ou moins à présumer l'impossibilité pour ce juge d'être tout à fait impartial [3].

Enfin, dans le domaine de la guerre, nous rencontrons plusieurs présomptions-concepts, en particulier s'agissant de la détermination du caractère ennemi des navires, des marchandises, des sociétés. Par exemple, la règle selon laquelle le bateau neutre faisant partie d'un convoi ennemi

[1] *The Theory of Implied Sate Complicity in International Claims*, BYIL, 1928, p. 47-49.

[2] Dans l'affaire anglo-norvégienne des Pêcheries, le greffier de la Cour internationale de Justice, le Norvégien M. E. HAMBRO proposa à l'agent britannique de se retirer, mais Sir Eric Beckett déclina cette offre.

[3] Sur ces questions cf. REUT-NICOLUSSI, *Die Unparteilichkeit im Völkerrecht*, Innsbruck, 1940.

est lui aussi entaché de caractère ennemi repose sur une présomption-concept et ne tolère pas de preuve contraire. Il en est de même des critères établis par les Etats au cours des dernières guerres en ce qui concerne le caractère ennemi des sociétés commerciales.

Les exemples pourraient être multipliés; souvent d'ailleurs une présomption-concept, pour entrer dans la constitution d'une règle de fond, n'en représente pas l'unique motif, mais seulement un motif parmi plusieurs. Il serait aussi vain de vouloir dresser un catalogue des présomptions-concepts, qu'il est vain de vouloir établir une liste exhaustive des présomptions-preuves. La même raison rend impossible d'exprimer en termes quantitatifs s'il y a plus ou moins de présomptions-concepts en droit international qu'en droit interne, en raison par exemple du caractère insuffisamment développé du premier. La multiplicité des intérêts et des pratiques divergents rend la sécurité du droit plus difficile à atteindre sur le plan international qu'à l'intérieur des Etats. Par suite, le raisonnement par présomptions avec la réduction de l'infinie variété des faits qu'il implique s'imposera plus souvent. Mais d'autre part, le mode de création essentiellement décentralisé du droit des gens est un obstacle à l'application d'un procédé de raisonnement dont l'un des traits principaux est une décision de la volonté. Ceci vaut surtout pour les présomptions-concepts constituant une explication réelle. Les présomptions qui fournissent simplement une explication logique sont au contraire rendues nécessaires par l'incohérence, les incompatibilités qui résultent parfois de ce processus de création décentralisé. Quant aux présomptions-concepts qui seraient le résultat d'une transformation de présomptions-preuves, elles ne sauraient être nombreuses avant que le droit de preuve devant les tribunaux internationaux et avec lui les présomptions-preuves soient plus développées dans la théorie et dans la pratique.

CHAPITRE V

Observations théoriques au sujet des présomptions en droit international

Après avoir passé en revue les principales questions théoriques concernant les présomptions en général, tenté de prendre position au sujet des plus controversées d'entre elles sinon de les résoudre; après avoir surtout essayé de situer dans ses exactes limites le recours aux présomptions que les praticiens du droit international ont cru pouvoir faire, sans se soucier d'éventuels empêchements de principe, nous disposons des éléments indispensables à l'examen des problèmes théoriques soulevés par l'emploi des présomptions en droit des gens. Ces problèmes forment l'objet du dernier chapitre, dont il convient de préciser un peu le contenu.

Il ne s'agira plus ici des présomptions-concepts. Celles-ci appartiennent à la logique inhérente à tout système de droit, mais elles ne représentent pas, par elles-mêmes des règles juridiques. Le recours que la science du droit fait aux présomptions-concepts tire son origine et sa raison d'être de la complexité des faits qui doivent être soumis à un précepte uniforme. Il ne demande pas plus de justification que l'usage, par n'importe quelle science, de tous les modes de raisonnement humains, tant il est vrai que l'ensemble de ces modes est impuissant à satisfaire nos besoins de connaissance et de systématisation. Il ne sera pas davantage question des présomptions-preuves qui sont, ou seront, instituées par des traités internationaux. Nul ne conteste en effet aux Etats le pouvoir de créer des présomptions de droit, dont l'observation sera aussi obligatoire que celle de toute autre règle conventionnelle [1]. Dans la mesure où les traités peuvent être assimilés à une législation internationale [2], ces présomptions constituent l'équivalent, sur le plan interétatique, des présomptions légales des droits nationaux. Dès lors le seul problème théorique qui surgisse en relation avec ces présomptions-là est celui de savoir jusqu'à quel point il est souhaitable que les Etats profitent de la voie qui s'offre à eux pour instituer quelques

[1] G. CANSACCHI, *Le Presunzioni nel diritto internazionale*, Naples 1939, p. 142-143.
[2] T. GIHL, *International Legislation*, 1937; M. O. HUDSON, *International Legislation*, 1931.

règles internationales de la preuve. Ce problème n'est pas indépendant de la question, plus vaste, du caractère souhaitable des présomptions de droit des gens, et c'est dans cette perspective qu'il sera examiné. Enfin, il n'y aura pas lieu de s'attarder d'une manière spéciale, aux « présomptions de fait ». A cette étiquette de plus en plus abandonnée par les auteurs contemporains, correspondent, nous l'avons vu, ou bien des présomptions juridiques, qui ne se distinguent pas des présomptions légales par leur nature, mais par leur source, ou bien le simple procédé qui consiste à retenir, en une espèce déterminée, la plus probable de deux éventualités [1]. En tant qu'il s'agit du second type de présomptions de fait, personne ne conteste non plus que le juge international puisse et même doive se contenter de probabilités, à défaut de la certitude qu'il ne peut atteindre. A cet égard, il n'est pas possible d'admettre avec M. Sandifer, que la vérité que l'on cherche à découvrir devant les cours nationales, est une vérité relative, au lieu que devant les tribunaux internationaux, il faut parvenir à une vérité absolue [2]. L'une et l'autre vérité sont relatives, par nécessité, et cette nécessité justifie le juge à se satisfaire de fortes probabilités. M. Cansacchi a bien observé que, sous cet aspect, les présomptions simples ou de fait sont parties de l'activité logique déployée par le juge et ne peuvent être exclues, qu'on peut limiter leur usage, non le supprimer, qu'on ne peut simultanément confier à un organe la mission de trancher un certain litige, et lui refuser le pouvoir de se servir de ces présomptions simples [3].

En définitive, les présomptions envisagées dans ce chapitre sont les présomptions de droit autres que celles dont la source se trouve dans un traité, celles mêmes qui ont été retenues à titre provisoire au chapitre deuxième, sous réserve précisément de leur justification théorique ultérieure. A leur propos, il faudra examiner en premier lieu la pertinence des arguments que d'aucuns ont fait valoir à l'appui de l'opinion qu'il ne saurait y avoir de présomptions en droit international public. Il faudra ensuite chercher, s'il en est, des arguments positifs en faveur de l'opinion contraire, établir les sources possibles des présomptions en droit des gens, se prononcer sur leur caractère obligatoire, voir dans quelle mesure leur application est sujette à contrôle. Il sera temps alors d'observer les avantages et les inconvénients d'une plus large utilisation des présomptions dans le procès international, de déterminer leur utilité dans la solution des problèmes de preuve devant les juridictions internationales, et la

[1] Lord JUSTICE DENNING, Presumptions and Burdens. *Law Quarterly Review*, 1945, p. 379; J. H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 5 vol., Boston 1923, vol. V, p. 450-451.

[2] D. V. SANDIFER, *Evidence before International Tribunals*, Chicago 1939, p. 1-3.

[3] *Op. cit.*, p. 25.

manière dont elles pourraient être à l'avenir, précisées et augmentées en nombre. Enfin, il peut être intéressant de rechercher si l'adoption de telle théorie générale de droit international public conduit à l'acceptation d'une plus grande quantité de présomptions de droit que telle autre.

Les auteurs sont extrêmement peu nombreux qui se sont posé en principe la question de savoir s'il peut y avoir des présomptions juris en droit international public. Parmi ceux-ci, deux juristes américains répondent de manière affirmative; le premier, J. H. Ralston, se borne à écrire que certaines présomptions ont reçu la consécration de décisions arbitrales et à énumérer quelques exemples, correspondant pour la plupart à l'adage latin « omnia rite praesumuntur esse acta » [1]. Il est regrettable que les exemples cités par Ralston ne soient pas tous absolument concluants. Certains d'entre eux n'impliquent en effet aucun déplacement du fardeau de la preuve. Il est dommage aussi que cet auteur n'ait pas jugé opportun de faire valoir quelques arguments théoriques à l'appui de son affirmation. Cependant, l'avis d'une personne à laquelle sa fonction de surarbitre de la Commission mixte venezolano-italienne avait donné une connaissance approfondie de la pratique du droit des gens n'est certes pas indifférent. En un sens, il est assez révélateur que, dans son esprit, le seul fait de la reconnaissance de ces présomptions par des commissions arbitrales suffisait à les consacrer.

Le second auteur, M. Sandifer affirme également qu'en droit international, certaines présomptions peuvent affecter le fardeau de la preuve ordinaire, et il renvoie aux exemples de Ralston. Il qualifie toutefois son admission de principe en remarquant que les présomptions sont si imprécises et si diversement décrites, en l'état actuel du droit, que toute partie qui compterait sur elles le ferait à ses risques et périls [2]. Parmi les auteurs qui admettent en principe les présomptions du droit international, le professeur Cansacchi cite encore Blüdhorn, et son étude au sujet du fonctionnement et de la jurisprudence des Tribunaux arbitraux mixtes [3], où il attribue la qualité de présomption aux règles d'interprétation des traités [4]. Cependant les termes dont se sert M. Blüdhorn révèlent qu'il n'avait pas présente à la mémoire la nature exacte des présomptions, ce qui enlève beaucoup de poids à son adhésion. D'autre part, il ne pose nulle part le principe qu'il y a des présomptions en droit des gens. Il faut bien le classer dès lors parmi les auteurs nombreux qui ont usé de la notion de présomption sans envisager les problèmes qu'elle soulève.

[1] *The Law and Procedure of International Tribunals*, rev. ed., Stanford University Press, California 1926, p. 223-226.
[2] *Op. cit.*, p. 98.
[3] RCADI, 41. 1932, III, p. 137-244.
[4] *Op. cit.*, p. 197.

Parmi ceux qui ont eu conscience de ces problèmes, tous, à l'exception de MM. Ralston et Sandifer, ont estimé qu'en dehors des traités il ne saurait y avoir de présomptions en droit international. Au premier rang des tenants de cette opinion, il faut mentionner l'ancien président de la Cour permanente de justice internationale, le professeur Max Huber. Arbitre unique du litige opposant les Pays-Bas aux Etats-Unis au sujet de la souveraineté sur l'île de Palmas, M. Huber n'admit pas la présomption invoquée par l'agent du gouvernement néerlandais. Selon lui, il n'eût été possible d'appliquer semblable règle de preuve que si elle avait été admise dans le compromis d'arbitrage [1]. Ce point de vue est favorablement commenté par M. Fernand De Visscher [2]. Toutefois, en dépit de cette position de principe, M. Huber a fait lui-même appel, en d'autres lieux, à des présomptions, qu'il prit soin il est vrai de qualifier de présomptions de fait, mais qui, dans les circonstances où elles furent appliquées, apparaissent bien avoir la valeur de préceptes juridiques [3]. Un autre auteur qui écarte en principe les présomptions de droit des gens est M. J. C. Witenberg, qui, en deux endroits, fait valoir surtout que l'expression même « présomptions légales » indique l'incompatibilité de cette notion avec le droit international, et que les présomptions ne peuvent apparaître que dans un système juridique complet et développé. Il n'exclut toutefois les présomptions qu'en l'état actuel du droit, en observant qu'en droit des gens elles ne se sont pas encore formées [4].

Cependant l'auteur qui doit le plus retenir l'attention est le professeur Cansacchi dont l'ouvrage si souvent cité, *Le Presunzioni nel Diritto Internazionale* consiste tout entier dans l'examen théorique de la question de savoir s'il peut y avoir des présomptions en droit international. M. Cansacchi arrive à une conclusion négative après avoir passé en revue tous les arguments possibles qui militent en faveur de cette conclusion. En étudiant maintenant la pertinence des obstacles théoriques qui ont été dressés contre les présomptions du droit des gens, c'est donc à cet ouvrage qu'il faut se référer principalement :

L'empêchement qui résulte de ce que par définition le droit des gens ne pourrait contenir des « présomptions légales » ne résiste pas à l'examen le plus superficiel. Cet argument a deux origines distinctes. Il repose parfois sur une pure imprécision de langage. Les juristes qui ont exposé la théorie générale des présomptions en latin ne parlaient pas de « praesumptio legis », mais de « praesumptio juris ». Le malheur veut qu'en français, on

[1] J. B. Scott, *The Hague Court Reports*, Second Series, New York 1932, p. 123.
[2] RDILC, 1929, p. 735 ss., ad p. 748.
[3] P. C. Jessup, *The Palmas Island Arbitration*, AJIL XXII 1928, p. 735 ss.
[4] *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, RCADI 56, 1936, II, p. 45-46; en collaboration avec J. Desrioux, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, Paris 1937, p. 236-237.

ait préféré l'expression présomption légale à l'expression présomption de droit, ce qui présente l'inconvénient grave de suggérer que les présomptions authentiques sont celles-là seules dont la source se trouve dans la loi. Les Anglais parlent de « legal presumptions », mais ce terme correspond bien à présomptions de droit et non à présomptions légales, qu'il faudrait traduire par « Statutory Presumptions ». Les « Common Law Presumptions » et les « Equitable Presumptions » se joignent à ces dernières pour constituer l'ensemble des « Legal Presumptions » [1]. D'autres fois, l'argument tire son origine de la terminologie du Code civil français, et de l'interprétation que l'Ecole des exégètes en a donné. Dans ce code, les distinctions entre présomptions de droit et présomptions de fait, et entre présomptions de la loi et présomptions du magistrat se recouvrent complètement. Il n'est pas étonnant dès lors que presque tous les civilistes français et belges du XIX[e] siècle aient conclu que l'unique source des présomptions de droit consiste dans la loi. Aujourd'hui pourtant, les juristes français s'accordent avec leurs confrères étrangers pour reconnaître que les présomptions de droit peuvent être de création jurisprudentielle par exemple [2]. Ceci a pour conséquence que l'absence de lois, au sens strict, ne suffit pas à exclure les présomptions du droit des gens.

Il n'y a pas lieu d'accorder beaucoup plus d'importance à l'argument selon lequel le droit des gens n'est pas suffisamment développé encore pour contenir des présomptions de droit. Certes le caractère incomplet du droit international, ses incertitudes trop fréquentes, ses lacunes de fait sinon de droit, sont indéniables. Le professeur Lauterpacht a justement souligné les conséquences malheureuses d'un refus de reconnaître ces imperfections momentanées : « Nous trahissons à la fois la science et le progrès si, afin d'accroître l'autorité du droit international, nous créons ad hoc une conception du droit tellement large qu'elle en perd toute signification. [3] » Mais, cet argument vaut plus contre l'existence d'un véritable système de présomptions en droit des gens que contre l'existence de quelques présomptions isolées, susceptibles d'être multipliées et systématisées à l'avenir. Les auteurs qui se sont attachés à la théorie générale des présomptions en droit privé ont pu en effet relever des exemples dans des systèmes de droit très anciens et très primitifs [4].

Un autre argument est tiré parfois du fait que les présomptions de droit des gens paraissent un peu invoquées au hasard, sans que leur signification et leur portée puissent être toujours clairement dégagées. Les

[1] G. D. NOKES, *An Introduction to Evidence*, London 1952, p. 56.
[2] R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Paris 1950, p. 196.
[3] *Règles générales du droit de la paix*. RCADI, 1937, IV, p. 110.
[4] R. BARRAINE, *Théorie générale des présomptions en droit privé*. Thèse de la Faculté de droit de Paris, Paris 1942, sub « Histoire des Présomptions ».

observations faites au chapitre deuxième, à propos des présomptions dans la pratique judiciaire et arbitrale internationale, confirment bien l'existence de pareille incertitude. Reste à voir si elle a les conséquences qu'on lui attribue. La valeur de cet argument résiste difficilement à la constatation que l'incertitude déplorée n'est pas moins propre au droit interne qu'au droit international. Les nombreuses controverses rapportées au chapitre premier en témoignent à suffisance. Cependant elles n'ont pas conduit un seul auteur à n'accorder aucun crédit aux présomptions du droit interne. L'incertitude d'une règle de droit est un défaut de nature technique, un obstacle à son efficacité pratique qui ne l'attaque cependant pas dans sa valeur de principe.

Il convient d'examiner maintenant les deux arguments essentiels qui ont amené M. Cansacchi à contester l'existence des présomptions du droit international, et non pas seulement à la contester dans le temps présent, et pour des raisons sujettes à disparition, mais à l'exclure définitivement pour des motifs inhérents à la nature des présomptions d'une part, à celle du droit des gens d'autre part. L'impossibilité de trouver des présomptions en droit international public tiendrait avant tout au type d'instruction inquisitoire qui caractérise, en l'absence de stipulations contraires du compromis, le procès international. Dans le procès de nature contradictoire ou dispositive, l'activité de recherche et d'administration des preuves du fait incombe aux parties. Elle se trouve réglée normalement par le principe de répartition du fardeau de la preuve, sur la base de l'intérêt à l'existence du fait. Exceptionnellement, elle est réglée par le mécanisme des présomptions de droit [1].

Au contraire, dans le procès de nature inquisitoire, le juge a le pouvoir et le devoir d'instruire, de rechercher les preuves qu'il estime nécessaires. Ce système a entre autres pour conséquence l'absence de règles relatives au fardeau de la preuve, y compris les présomptions de droit [2]. Le procès international qui rentre dans cette seconde catégorie ne connaît pas de présomptions. — Nous entendons contester ici à la fois la nature inquisitoire de la procédure internationale, et l'idée que le type inquisitoire de procès est incompatible avec l'existence de toute présomption. Comme M. Cansacchi l'a fait, il sied de tenir la procédure devant la Cour permanente de justice internationale pour particulièrement représentative de la procédure internationale en général. L'étiquette « inquisitoire » convient aussi peu au procès international que l'étiquette « contradictoire », et ce n'est qu'au prix d'une simplification exagérée des faits que l'on parvient à lui appliquer l'une ou l'autre. Sans doute le pouvoir de la Cour internationale de requérir des preuves, des explications complémentaires à celles

[1] C. CANSACCHI, *op. cit.*, p. 38.
[2] *Ibid.*, p. 73-74.

que lui fourniraient les parties, la distingue d'une juridiction de droit privé des obligations par exemple, qui se borne à prendre connaissance d'un dossier constitué par les parties, dont le rôle dans la procédure probatoire est purement passif. Mais d'autre part, l'impossibilité dans laquelle la Cour se trouve de contraindre un Etat à la production de certains moyens de preuve, l'inexistence de certains auxiliaires, tels un procureur, un juge d'instruction ou une police, empêchent de dire qu'elle dispose vraiment de prérogatives inquisitoriales. Il est important d'observer également qu'en ce qui concerne le droit interne, le domaine où l'on rencontre le plus fréquemment le type inquisitoire d'instruction est le droit pénal. Or, de l'avis unanime des internationalistes, rien n'est plus éloigné du caractère pénal que l'action en responsabilité internationale contre un Etat.

A supposer que l'on admette que le procès international se rapproche plus du type inquisitoire que du type contradictoire, il n'est pas permis d'en déduire l'absence complète de règles relatives au fardeau de la preuve. Il subsiste en effet pour les parties, une obligation de collaborer à la preuve, de joindre à leurs allégations les preuves qui en démontrent le bien-fondé : « ei qui dicit incumbit probatio ». La sanction attachée à l'inexécution de cette obligation de collaborer à la preuve ne saurait différer de celle qui frappe la partie qui ne s'acquitte pas du fardeau de la preuve lui incombant [1]. Dans des affaires récentes devant la Cour internationale de justice, de nombreuses allusions au fardeau de la preuve ont été faites par les parties et par le tribunal [2]. Enfin, déduire du système de collection des preuves l'exclusion des présomptions du droit international, c'est assimiler d'une façon peu admissible, les présomptions aux preuves proprement dites. Les présomptions ne sont pas des moyens de preuve, mais des substituts à la preuve ou des dispenses de preuve. Elles interviennent en l'absence de moyens de détermination suffisants, ou lorsque les moyens utilisés laissent subsister un doute. Or, que les preuves soient réunies à l'initiative des parties ou sous les ordres du juge, elles peuvent apparaître incomplètes ou incertaines, de telle sorte qu'il soit difficile de rendre une décision sur leur seule base. Ceci est illustré par le fait que le procès criminel, de type inquisitoire, contient néanmoins nombre de présomptions. Pour ces divers motifs, il faut conclure : 1. que le procès international ne saurait être considéré comme de type inquisitoire, du moins pas sans qualifications; 2. que la nature inquisitoire d'un procès n'a pas pour conséquence d'en exclure toute présomption de droit.

[1] Article 43 du Statut et 32 du Règlement; G. SCHWARZENBERGER, *International Law*, I, 2nd ed., London 1949, p. 438-442; D. V. SANDIFER, *op. cit.*, p. 91-98; et surtout, J. C. WITENBERG, *Onus probandi devant les juridictions internationales*, RGDIP, 1951, p. 341 ss.

[2] BIN CHENG, « Burden of Proof before the International Court of Justice », *The International and Comparative Law Quarterly* 2., 1953, p. 595-596.

L'autre argument que M. Cansacchi fait principalement valoir à l'appui de son opinion est tiré du principe de la libre appréciation des preuves par le juge, qui par opposition au système des preuves légales, régit le procès international. Dans le système des preuves légales, la force probatoire de tel ou tel moyen dépend de la loi, et le juge ne doit tenir les faits pour prouvés que dans la mesure où le quantum de preuve exigé par la loi se trouve réuni. Au contraire, dans le système de la libre appréciation, le juge se prononce conformément à sa conviction personnelle, à la confiance que lui inspire les divers moyens de preuve soumis à son examen. Selon M. Cansacchi, le second système prévaut dans les relations internationales et il entraîne l'inexistence des présomptions en droit des gens. La première des deux propositions est inattaquable. Le juge international apprécie librement les preuves qui lui sont présentées, sans être lié à aucun système d'évaluation. Mais, pas plus qu'en droit interne, l'adoption de ce principe n'est incompatible avec l'existence de certains vestiges du système des preuves légales, ou avec certaines exceptions. Or, M. Cansacchi reconnaît lui-même que les présomptions de droit ne doivent être considérées que comme des exceptions au principe de la libre appréciation des preuves. Encore faut-il préciser que les présomptions n'ont pas le même caractère que telle règle suivant laquelle un témoignage ne peut être retenu sans être corroboré, ou que telle autre règle qui exclut le ouï-dire. Les présomptions opèrent en effet au-delà des preuves, pour apporter une solution au doute que celles-ci n'ont pas pu éliminer. Enfin, le principe de la libre appréciation des preuves n'est pas un principe anarchique, autorisant le juge à procéder au gré de sa fantaisie. Il opère dans les limites prescrites par le système de droit et ne s'oppose nullement à l'existence de certaines directives prescrivant une attitude déterminée au Tribunal, vis-à-vis de ce qu'on peut appeler les lacunes probatoires [1]. C'est pourquoi il n'est guère possible de se rallier à l'opinion suivant laquelle le principe même de la libre appréciation des preuves exclut les présomptions de droit.

Les obstacles théoriques dressés contre les présomptions du droit des gens, et particulièrement bien exposés par le professeur Cansacchi, ne peuvent être retenus. Ces conclusions ne diminuent en rien la valeur d'un ouvrage par ailleurs très riche en suggestions dont l'utilité ne prêtent à aucune contestation. Le livre de M. Cansacchi constitue, dans son domaine, un travail de pionnier; nous avons dû y recourir fréquemment. De plus, le rejet de ces arguments ne constitue qu'une défense purement négative de la pratique des organes judiciaires et arbitraux internationaux qui ont usé de la notion de présomption. Il importe maintenant de recher-

[1] J. MEISSNER, *Zum Prinzip der freien Beweiswürdigung*, Festschrift von Liszt, Berlin, 1911, p. 168-187.

cher d'éventuels arguments positifs en faveur de l'existence des présomptions du droit international public.

En droit des gens comme en droit interne, les présomptions de droit s'imposent par leur nécessité. Si des juges et des arbitres internationaux n'ont éprouvé aucune hésitation à en faire application, c'est qu'elles leur ont sans doute paru répondre à un besoin de l'administration de la justice internationale et conduire à des résultats justes et utiles. C'est pourquoi la reconnaissance de certaines présomptions-preuves dans des décisions de justice internationale constitue par elle-même l'un des arguments positifs les plus puissants qui se puissent imaginer en faveur de l'existence des présomptions du droit international. Le rôle des présomptions consiste à venir au secours du juge, lorsque son esprit est en proie à un doute qu'explique suffisamment l'imperfection des moyens de connaissance qui sont à la disposition des tribunaux. Cette imperfection n'est-elle pas autant sinon plus caractéristique du litige international que du litige interne? Les présomptions, en d'autres occasions, veulent empêcher la production des preuves manifestement insuffisantes d'un fait qui, s'il était établi, porterait une atteinte grave à l'honneur d'un sujet de droit. En d'autres termes, elles tendent à écarter des preuves, qui, loin de permettre la solution d'un litige, auraient pour conséquence de l'envenimer. Ceci n'est-il pas opportun aussi bien dans la vie internationale qu'à l'intérieur des Etats? Et encore, les présomptions ont souvent l'effet de protéger certains états de fait ou certaines institutions juridiques. Le droit international ne connaît-il pas également des états de fait, des institutions qui méritent protection? C'est une chose qu'un système de droit contienne les principes les plus excellents. C'est une autre chose, d'appliquer effectivement ces principes. Pour cela, souvent, toutes sortes d'expédients techniques sont nécessaires, et les présomptions s'inscrivent dans la série de ces instruments techniques. Aucun droit, écrivait Gény, n'existe sans suggérer les moyens propres de sa réalisation. Ceci vaut sur le plan international, et justifie l'existence des quelques présomptions et autres règles de preuve invoquées jusqu'ici.

Tout cela ne constitue cependant qu'une justification réelle, politique pourrait-on dire. Celle-ci est insuffisante, car il ne serait pas impossible de trouver quantité de motifs du même ordre à l'appui de règles qui manifestement n'appartiennent pas au droit positif. Il faut donc trouver encore une justification formelle des présomptions du droit des gens, c'est-à-dire pouvoir les rattacher à une source reconnue de ce droit. Il convient d'examiner en premier lieu la coutume et les principes généraux du droit. Une règle coutumière est une règle que les Etats ont observée nombre de fois dans leurs relations mutuelles (*consuetudo*), dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio juris*). En ce sens-là, il est difficile

d'admettre que des présomptions soient directement d'origine coutumière. La justice internationale est organisée d'une manière qui présente quelque commune mesure avec la justice nationale des Etats depuis trop peu de temps pour que des règles relatives à la preuve devant les tribunaux internationaux aient pu se former. Par contre, il est possible de rattacher les présomptions à la coutume d'une manière indirecte, et par deux voies. Premièrement, nous avons observé dans notre chapitre II que plusieurs parmi les présomptions appliquées par des juges ou par des arbitres internationaux correspondaient à l'application de certains principes du droit de fond aux problèmes de preuve. Ainsi, la présomption-preuve que l'Etat n'est pas responsable des dommages causés à des étrangers par des individus opérant sur son territoire correspond à la règle substantielle de non-imputabilité de ces dommages à l'Etat. Elle n'a pas besoin d'autre justification formelle. Deuxièmement, il est une règle coutumière selon laquelle le juge international jouit des pouvoirs nécessaires pour compléter les règles de procédure qui devront être suivies devant lui [1]. Il peut user de ce pouvoir pour instituer certaines présomptions, pour autant qu'elles n'aient pas pour effet de modifier d'importantes règles de fond, mais qu'elles apparaissent au contraire justifiées par rapport au système de droit. Eu égard au respect que les tribunaux internationaux témoignent toujours pour les décisions de leurs prédecesseurs, il peut en résulter des présomptions de droit judiciaire, gagnant en force obligatoire par la fréquence de leur application [2].

Quant aux principes généraux du droit, ils consistent ou bien dans des règles qui découlent directement de l'idée de droit, ou bien dans des règles reconnues dans la plupart des systèmes juridiques des nations civilisées. Il est difficile d'admettre que les présomptions puissent constituer des principes généraux du droit dans le premier sens. Si elles étaient inhérentes à tout système de droit, comment faudrait-il expliquer par exemple que tel système en contient un nombre beaucoup plus élevé que tel autre. Par contre, s'agissant du second sens de l'expression « principes généraux du droit », il y a lieu de réfléchir plus longuement. Plusieurs auteurs éminents ont révélé l'influence très forte des règles du droit privé sur la formation du droit international [3]. Au chapitre 5 de l'ouvrage cité, le professeur Lauterpacht examine particulièrement l'influence des règles de preuve et de procédure nationales. L'analogie avec le droit interne ne saurait cependant fournir une base suffisante à l'emploi des présomptions en général, d'autant moins que les tribunaux internatio-

[1] G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, p. 148.
[2] D. V. SANDIFER, *op. cit.*, p. 30-31.
[3] H. LAUTERPACHT, *Private Law Analogies in International Law*, Thèse de Londres, 1926; G. RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, RCADI, 44. 1933, II.

naux ont souvent insisté sur ce qu'ils ne peuvent ni ne veulent « importer » des règles de preuve internes [1]. Certaines présomptions cependant, en particulier la présomption de bonne foi, semblent bien être applicables au titre des principes généraux du droit.

En conclusion à ce bref examen des sources formelles des présomptions en droit des gens, il y a lieu de faire les constatations suivantes : Nulle part, il n'existe une règle au nom de laquelle on pourrait appliquer « ad libitum » n'importe quelle présomption en droit des gens. Les présomptions doivent être justifiées formellement chacune pour elle-même, et leurs sources peuvent varier autant qu'en droit interne. Il sera d'autant plus nécessaire de leur trouver une base qu'elles apparaîtront difficiles à rattacher indirectement à une règle de fond, mais plusieurs bases se peuvent imaginer dans l'abstrait.

M. Cansacchi termine son exposé des présomptions en droit international en concédant qu'il y a en ce droit des maximes d'expérience, mais en refusant de reconnaître que certaines d'entre elles se soient cristallisées en règles légales, dont l'observation serait devenue obligatoire [2]. Il importe de consacrer quelques lignes à cette question du caractère obligatoire des présomptions, et des possibilités de contrôle de leur application. Il n'est aucun motif de contester le caractère obligatoire des présomptions juris plus que celui de n'importe quelle autre règle de droit. Dans les cas d'application examinés au chapitre deuxième, les juges qui invoquaient des présomptions à l'appui de leurs décisions le faisaient sans aucun doute dans la conviction de leur caractère juridiquement obligatoire. Ces présomptions forment partie intégrante de la motivation en droit du jugement. Il faut avouer cependant que l'application des présomptions n'est pas sujette au même contrôle que celle d'autres règles de droit. Mais ce fait est aussi vrai des présomptions du droit interne que de celles du droit international. Il tient à la nature même des présomptions. Si un juge ne retient pas un fait juridiquement présumé, la raison en est soit qu'il n'a pas songé un instant à la présomption, soit qu'il lui a bien prêté l'attention nécessaire, mais en estimant que la preuve contraire était faite. La difficulté de déterminer « in concreto » laquelle des deux propositions alternatives est exacte marque bien la signification spéciale du caractère obligatoire des présomptions. Il n'en est pas moins vrai que l'oubli évident d'une présomption de droit serait justement réprouvé, ainsi que M. Sandifer en fait la remarque [3]. En droit anglais, la manière dont un juge applique une présomption fait souvent l'objet ou l'un des objets d'un appel.

[1] Affaire *William Parker*, AJIL. 21, 1927, p. 177 ss.
[2] *Op. cit.*, p. 159.
[3] *Op. cit.*, p. 336.

Etant admis qu'il peut y avoir des présomptions-preuves en droit international comme en tout autre domaine du droit, et qu'un certain nombre d'entre elles existent déjà, il faut encore examiner quels sont les avantages et les inconvénients de ces règles, jusqu'à quel point il est souhaitable qu'il y en ait davantage, et par quelles voies de nouvelles présomptions pourraient être créées. Les présomptions, en droit international comme ailleurs, représentent plus un moindre mal qu'un bien. Le fait qu'elles interviennent à défaut de preuves directes, ou lorsque celles-ci sont impuissantes à emporter la conviction du juge, en révèle immédiatement les qualités et les défauts, la nécessité et les limites. Les preuves dont le juge dispose sont fréquemment insuffisantes. Cela est particulièrement vrai du procès international : Les Etats sont souvent plus désireux de noyer le tribunal dans un océan de documents plus ou moins pertinents que de lui soumettre les éléments d'information les plus utiles; quantité de papiers, de correspondances précieuses sont si soigneusement soustraits aux regards indiscrets qu'ils en disparaissent; les révolutions, les guerres civiles, les coups d'Etat détruisent des pièces indispensables; souvent ce sont des certificats, des documents comptables, des rapports militaires, tels qu'il s'en fait des milliers chaque jour, et dont on n'aurait jamais soupçonné l'importance à l'origine, qui se révèlent nécessaires; parfois les moyens de preuve se sont trouvés longtemps en mains de particuliers qui, pour les conserver, ne disposaient pas des services d'archives propres aux administrations publiques; les témoins peuvent être mus par des sentiments patriotiques exagérés ou au contraire par des sentiments hostiles envers un Etat où ils ont souffert; le sens de la responsabilité vis-à-vis de la justice internationale ne compensera que rarement en eux la crainte de déplaire aux autorités de leur pays. Ces raisons, et beaucoup d'autres encore, expliquent pourquoi le juge international est fort souvent empêché de déterminer la situation de fait qui sert de base au litige, et pourquoi il se félicitera de trouver dans les présomptions un substitut à ces preuves déficientes. Ces présomptions peuvent en outre avoir l'heureux effet d'engager les parties qu'elles pourraient défavoriser à rechercher activement les preuves contraires éventuelles. Elles n'en pèchent pas moins par leur caractère artificiel, en tenant pour vrai ce qui est probable, c'est-à-dire ce qui peut être faux. Le jugement qui serait fondé seulement sur des présomptions de droit, si incontestées soient-elles, peut parfois ne correspondre à aucune réalité. Or, rien ne fait courir un plus grand danger au développement du droit des gens que des constructions juridiques par trop lointaines du donné sociologique. Heureusement, la possibilité de la preuve contraire constitue une soupape de sûreté à la rigidité des présomptions. Grâce à elle, les présomptions, pourvu qu'elles reposent sur un haut degré de probabilité

et qu'elles n'entrent pas en contradiction avec les principes fondamentaux du droit international, doivent être préférées aux situations incertaines qui, en l'état actuel du droit international de la preuve, ne manqueront pas de se présenter fréquemment encore.

Pour y parer, il serait important que les présomptions existantes soient mieux dégagées, et qu'un certain nombre de présomptions nouvelles soient créées. Il reste à voir comment cela devrait être accompli. Il serait vain d'entreprendre une sorte de catalogue systématique des présomptions de *lege lata* et de *lege ferenda*. Ce qu'il faut avant tout, c'est que les internationalistes prennent davantage conscience de l'importance des problèmes de preuve et s'attachent à les résoudre, chacun dans sa spécialité. Le droit international a été trop longtemps étudié comme une science abstraite. S'il est nécessaire de rechercher les meilleurs principes possibles pour régir les relations internationales, il l'est autant de veiller à ce que ces principes soient pratiquement réalisables. Or, la règle de droit la plus excellente est inutile si les faits juridiques qui lui servent de base ne peuvent être prouvés. Lorsque la doctrine sera affermie à cet égard, il faudra que les tribunaux internationaux, utilisant les larges compétences qui sont les leurs en matière de procédure, s'en inspirent, et par leur pratique, confèrent le caractère juridique positif aux présomptions les plus désirables. M. Sandifer conclut son étude approfondie des preuves devant les tribunaux internationaux en observant qu'il serait utile que certains principes fussent posés en ce domaine, par le même procédé qui est celui de la formation du droit anglo-américain [1]. Cette observation vaut autant pour les présomptions que pour les autres règles relatives à la preuve.

En terminant, il convient de dire quelques mots des présomptions et des diverses théories générales du droit international. On a remarqué que des auteurs dont les conceptions du droit en général et du droit des gens en particulier diffèrent totalement ont les uns et les autres fait usage de la notion de présomption. Nous avons pu citer des noms évoquant des théories aussi opposées que M. Scelle et M. Anzilotti, M. Lauterpacht et M. Schwarzenberger, M. Verdross et M. Rousseau. De même, des tribunaux dont les conceptions varient autant que celle de la Cour permanente de justice internationale qui s'est prononcée en l'affaire du « Lotus » ou en celle du Statut de la Carélie orientale d'une part, et celle de la Cour internationale de justice rendant l'avis consultatif au sujet de la réparation des dommages subis au service des Nations unies, d'autre part, ont consacré occasionnellement telle ou telle présomption de droit des gens. Ce fait démontre à suffisance que l'adoption du procédé des pré-

[1] *Op. cit.*, p. 336.

somptions n'est pas liée à une théorie du droit déterminée. Par contre, il semble bien que la fréquence du recours à ce procédé dépende en une certaine mesure de la conception même du droit. A cet égard, il faut distinguer selon qu'il s'agit des présomptions-concepts ou des présomptions-preuves.

Les présomptions-concepts, celles surtout dont la fonction consiste à fournir une explication logique aux règles de droit, à assurer la cohérence des systèmes, sont surtout nécessaires aux auteurs qui traitent du droit par une méthode logico-dogmatique [1]. Les représentants les plus illustres de cette méthode, qui sont les juristes de l'Ecole de Vienne, en particulier M. Kelsen, admettent bien qu'il y ait à la base des règles juridiques quantité de facteurs sociologiques. Ils contestent cependant que leur connaissance importe aux juristes, dont la mission essentielle est d'envisager le droit comme un système, dont les divers préceptes se supportent les uns les autres, dans une construction hiérarchique. On voit immédiatement pourquoi cette conception entraîne l'adoption de nombreuses présomptions-concepts. En fait, les règles de droit naissent souvent anarchiquement, surtout lorsque leur processus de création est aussi décentralisé que celui du droit international. Les expliquer par les règles préexistantes, c'est donc accomplir une opération logique dont les présomptions-concepts seront un instrument utile. Un exemple important : Dans le système kelsenien, on sait qu'il n'y a pas de place pour les lacunes du droit. L'absence d'une disposition pour régler un cas déterminé, en un code, signifie que les auteurs du code n'ont pas voulu régir ce cas. Cette interprétation repose sur une présomption-concept que le législateur a effectivement eu en vue ce cas, mais a estimé n'avoir pas à le soumettre à une disposition spéciale.

En ce qui concerne les présomptions-preuves, l'usage en est particulièrement fréquent chez les auteurs pour lesquels tout le droit des gens est fondé sur le consentement des Etats. Une telle conception a en effet pour conséquence que le facteur le plus souvent déterminant, non seulement dans l'interprétation des actes juridiques internationaux, mais dans celle de tous les faits et gestes des sujets de droit, c'est l'intention de leurs auteurs. Cependant cette intention fait souvent défaut. Les faits et gestes en question peuvent avoir été accomplis dans l'ignorance complète de telle ou telle éventualité où leur signification prêterait à discussion. Il faut alors recourir à une intention fictive. D'autres fois, l'intention déterminante existe, mais elle est très difficile à prouver. On présumera alors une intention, conformément à ce que l'ordre normal des choses permet d'attendre. Parmi les ouvrages récents du droit international, le traité de

[1] D. SCHINDLER, *Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques en droit international.* RCADI, 1933, IV.

M. Schwarzenberger [1], qui témoigne d'une conception essentiellement volontariste de cette discipline, illustre assez bien ces observations. Mais encore une fois, cela concerne avant tout la fréquence du recours aux présomptions, car des auteurs affichant une conception sociologique du droit peuvent être préoccupés parfois par la recherche d'une relation logique entre les règles, et l'intention présumée des parties peut fournir le critère d'interprétation nécessaire à des juristes qui, pour autant, ne voient pas dans le consentement des Etats, le fondement du caractère obligatoire de toute règle du droit international public.

[1] *International Law*, I, 2nd ed., London 1949.

CONCLUSIONS

Au terme de cette étude, nous arrivons à la conclusion que les présomptions constituent un procédé de la technique juridique qui n'est pas moins propre au droit international public qu'aux autres branches du droit. Les mêmes nécessités de coordination des règles du système et de solution de difficiles problèmes de preuve qui, en droit interne, justifient le recours aux présomptions, existent en droit des gens. La nature du droit des gens et celle des présomptions ne donnent naissance à aucun empêchement théorique à l'existence des secondes dans le premier. En ce qui concerne les présomptions qui ont déjà été appliquées, il est possible de les rattacher aux sources formelles reconnues du droit international, c'est-à-dire de trouver leur base juridique. Eu égard aux difficultés spéciales que rencontre le juge dans la collection des preuves du fait, il apparaît même souhaitable que la théorie des preuves en droit international, s'agissant surtout de l'appréciation de celles-ci, soit précisée, que de nouvelles présomptions-preuves se fassent jour. L'avantage de ces conclusions est qu'elles ne rejettent pas purement et simplement, comme un abus d'expression, l'usage fréquent que des internationalistes de renom, des arbitres réputés pour le soin avec lequel ils motivent leurs décisions, font des présomptions. Théoriquement, elles sont plus aisément défendables que le point de vue selon lequel les présomptions de fait existeraient bien en droit des gens, mais non les présomptions de droit. Comment en effet expliquer pareille opinion étant donné que la limite entre ces deux types de présomptions est extrêmement fuyante et même que selon nombre d'auteurs récents, l'une et l'autre catégorie constituent des présomptions « juris », différant les unes des autres par leur seule origine ?

Sans doute, beaucoup d'obscurité continue à régner dans ce domaine des présomptions du droit international public. Il ne saurait en être autrement pour deux raisons : La première, c'est qu'en droit interne même, malgré une longue tradition, nous ne sommes pas si loin encore de cette obscurité. « Every writer of sufficient intelligence to appreciate the difficulties of the subject has approached the topic of presumptions with a sense of hopelessness and has left it with a feeling of dispair », a écrit l'un des meilleurs spécialistes américains des présomptions, le professeur

Edmund M. Morgan [1]. L'autre raison, c'est que la procédure internationale est extrêmement jeune encore, et que le droit de la preuve en particulier n'a pas fait, à ce jour, l'objet d'un nombre d'études suffisant. Ce droit de la preuve ne saurait être développé qu'à la suite de multiples efforts doctrinaux qu'il reste à accomplir. Il est essentiel, pour que les Etats résolvent plus souvent les litiges qui les opposent par la voie judiciaire ou arbitrale, que l'instrument judiciaire lui-même soit grandement amélioré, afin qu'il offre les garanties qui inspirent confiance dans les tribunaux étatiques.

Il est indispensable que tous ceux qui s'intéressent au droit international tiennent plus grand compte des nécessités de l'application pratique de ces règles devant les juridictions internationales et recherchent en particulier comment les faits juridiques peuvent être prouvés. La collaboration active de tous ne saurait combler le retard considérable de la justice internationale par rapport à la justice interne des Etats. Il est indispensable également que les responsables de l'application du droit des gens prennent conscience de l'importance de la preuve du fait. Dans un excellent livre récent, *Les décisions de justice*, M. François Gorphe a insisté sur ce que l'administration et l'appréciation des preuves constituent des phases aussi essentielles du procès que l'interprétation du droit, et que les premières doivent retenir l'attention du juge autant que la seconde. Ceci vaut autant en droit des gens qu'en droit interne.

Le but de la présente thèse était avant tout de faire ressortir l'importance des questions de preuve dans la mise en pratique du droit international, et de mettre en lumière l'un des principaux procédés techniques qui rentrent dans ce domaine.

[1] « Presumptions ». *Washington Law Review*, 1937, p. 255.

Imprimé en Suisse — Printed in Switzerland

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DE DROIT INTERNE

(Présomptions en général, procédure probatoire)

ALCIAT, A., *Tractatus de Praesumptionibus.* Omnes in utrumque jus, civile et canonicum, commentarii. Basileae 1571.

American Law Institute, *Model Code of Evidence*, 1942.

BARRAINE, R., *Théorie générale des présomptions en droit privé.* Thèse de Paris, 1942.

BAUDRY-LACANTINERIE, G., et BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. IV. Des Obligations, p. 338-374, 3e éd., Paris 1901.

BELTIENS, C., *Encyclopédie du droit civil belge*, t. III, p. 903-931, Présomptions. Bruxelles-Paris 1905.

BENTHAM, J., *An Introductory View of the Rationale of Evidence.* London 1843.

BEST, *Principles of Evidence*, 12th. ed., London 1922.

BONNECASE, J. et LABORDE-LACOSTE, M., *Précis élémentaire de procédure civile et des voies d'exécution*, Paris 1937.

BONNIER, E., *Traité des preuves*, 2e éd., Paris 1852.

BRIDGE, Presumptions and Burdens. *The Modern Law Review*, 12, 1949, p. 273.

BURROWS, Sir ROLAND, *The Law of Evidence*, London 1937.

CAPITANT, H., « Etude critique des restrictions apportées par les articles 1341 du Code civil français et du Code civil italien à la recevabilité de la preuve testimoniale », *Bulletin de la Société d'études législatives*, t. XIV, 1918, p. 190.

Vocabulaire juridique, rédigé sous la direction de H. CAPITANT, Paris 1930.

CARTER, P. B., Note dans *The Modern Law Review*, 16, 1953.

— Note dans *The Law Quarterly Review*, 69, 1953.

COCKLE, E., *Cases and Statutes on Evidence*, 8th. ed. by L. F. STURGE, London 1952.

COLIN, A., et CAPITANT, H., *Traité de droit civil*, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. I, Nos 118 ss, Paris 1953.

CUCHE, P., *Précis de procédure civile*, 3e éd., Paris 1926.

CUQ, E., « La théorie des preuves dans l'antiquité », *Bulletin de la Société d'études législatives*, t. XIV, Paris 1918.

DABIN, J., *La technique et l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Bruxelles-Paris 1935.

— *Théorie générale du droit*, 2e éd., Bruxelles 1953.

DECOTTIGNIES, R., *Les présomptions en droit privé*, Paris 1950.

DEFROIDMONT, J., *La science du droit positif*, Paris 1953.

DEMOGUE, R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris 1911.

DENNING, L. J., « Presumptions and Burdens », *The Law Quarterly Review*, 61, 1945, p. 379.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 2e partie, p. 911-1020, 2e éd., Bruxelles 1942.
DONATUTI, G., « Presunzione », *Encyclopedia Italiana*, 1935.
GAUTSCHY, W., *Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen*, Zürich 1913.
GÉNY, F., *Science et Technique en droit privé positif*, Paris 1914-1924.
GODRON, J., « La question de la liberté de la preuve en droit anglais », *Bulletin de la Société d'études législatives*, Paris, t. XIV, 1918, p. 226-238.
GORPHE, F., *Les décisions de justice*, Paris, 1952.
GUTTERIDGE, H. C., « Abuse of Rights », *Cambridge Law Review*, 5, 1933, p. 22.
HAMMELMANN, H. A., Note dans *The Modern Law review*, 16, 1953.
HAYOIT, P., *Les présomptions du droit dans la tradition canonique*, thèse de Louvain, 1941.
HELMAN, S. J., « Presumptions », *Canadian Bar Review*, 22, 1944.
JENKS, E., *The Book of English Law*, 4th. ed., London 1947.
JOSSERAND, L., *Cours de droit civil positif français*, t. II, Paris 1939, p. 126-136.
KEETON-MARSHALL, G. W., *J. Bentahm and the Law of Evidence*, dans KEETON et SCHWARZENBERGER, *Bentham and the Law*, London 1948.
KNOWLES, V. D., *Evidence in Brief*, ed. by A. and S. LIECK, London 1933.
LAURENT, F., *Principes de droit civil*, t. XIX, Paris-Bruxelles 1876, p. 652.
MEGARRY, R. E., Note dans *The Law Quarterly Review*, 69, 1953.
MEISSNER, J., *Zum Prinzip der freien Beweiswürdigung*, Festschrift von Liszt, Berlin 1911.
MENOCHIUS, J., *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis commentaria*, Genève 1686.
MERCIER, Cardinal, *Critériologie générale ou théorie générale de la certitude*, 8e éd., Louvain-Paris 1923.
MOREL, R., *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris 1949.
MORGAN, E. M., *Evidence*, New-York 1946.
— *Instructing the Jury upon Presumptions and the Burden of Proof*, dans *Radin and Kidd* : Legal Essays in tribute to O. K. Mc MURRAY.
— « Some Observations concerning Presumptions », *Harvard Law Review*, 1930-1931, 44, p. 906.
NOKES, G. D., *An Introduction to Evidence*, London 1952.
PANDECTES BELGES, t. 79, par. 5771, p. 805-859, Bruxelles 1904.
PHIPSON, S. L., *The Law of Evidence*, 9th. ed by Sir ROLAND BURROWS, London 1952.
— *Manual of the Law of Evidence*, 6th. ed., London 1943.
PLANIOL, M., et G. RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, t. VII, p. 882-901, Paris 1931.
PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., Paris 1947.
RÜEGG, E., *Beitrag zur Lehre von der Vermuthung im schweiz. Privatrecht*. Thèse de Zurich, 1947.
SAVATIER, R., *Cours de droit civil*, Paris 1944, t. II, p. 275-308.
SAVIGNY, F. C. VON, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, t. I, p. 242-257.
STEPHEN, Sir JAMES F., *Digest of the Law of Evidence*, 12th. ed., London 1946.
THAYER, J. B., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898.
VAN DER EYCKEN, P., *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles-Paris 1907.
WIGMORE, J. H., *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence*, 1940.
WIGNY, P., et J. BROCKELBANK, *Exposé du droit international privé américain*, Paris 1937.
WILLS, W., *On the Law of Evidence in Civil and Criminal Cases*, 3rd ed., London 1950.
— *On Circumstantiol Evidence*, 6th. ed., London 1912.

1. *Recueils de jurisprudence*

Publications de la *Cour permanente de justice internationale.*
Recueil des jugements, ordonnances et avis consultatifs de la *Cour internationale de justice.*
HAMBRO, E., *La jurisprudence de la Cour internationale*, Londres 1952.
Recueil des sentences arbitrales, publié par les Nations unies.
Annual Digest of Public International Law Cases.
HACKWORTH, G. H., *Digest of International Law*, 1943-1944.
LA FONTAINE, H., *Pasicrise internationale*, Berne 1902.
LA PRADELLE, A. DE,-N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris 1905.
RALSTON, J. H., *Venezuelan Arbitrations* 1903, Washington 1904.

2. *Ouvrages relatifs à la procédure probatoire internationale et aux présomptions*

CHANDLER P. ANDERSON, *Production of Evidence before International Tribunals*, AJIL XXVII 1933, p. 498.
BALASKO, A., *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, Paris 1938.
BISHOP, C. M., *International Arbitral Procedure*, Washington 1931.
BLÜHORN, RUDOLF, *Le fonctionnement et la jurisprudence des tribunaux arbitraux mixtes*, SCADI 41, 1932, III.
BOS, M., *De Procesvoorwaarden in het Volkenrecht*, Dordrecht 1951.
CALOYANNI, M. A., *La Cour permanente de justice internationale*, RCADI 38, 1931, IV.
CANSACCHI, G., *Le Presunzioni nel Diritto Internazionale*, Napoli 1939.
CARLSTON, K., *The Process of International Arbitration*, New York 1946.
— *Codification of International Arbitral Procedure*, AJIL 47, 1933, p. 203-250.
DENNIS, W. C., *The Necessity for an International Code of Arbitral Procedure*, AJIL 7, 1913, p. 285-300.
FACHIRI, A. P., *The Permanent Court of International Justice*, London 1932.
FELLER, A. H., *The Mexican Claims Commissions*, New York 1935.
FISCHER WILLIAMS, Sir JOHN, *Rules of Evidence in International Proceedings*, BYIL 1929, p. 220.
HUDSON, M. O., *The Permanent Court of International Justice*, 1920-1942, New York 1943.
LALIVE, J. F., *Quelques remarques sur la preuve devant la Cour internationale de justice*, Ann. suisse 7, 1950, p. 77-103.
MAKOVSKY, J., *L'organisation actuelle de l'arbitrage international*, RCADI 36, 1931, II.
NÉGULESCO, D., *L'évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour permanente de justice internationale*, RCADI 57, 1936, II.
RALSTON, J. H., *The Law and Procedure of International Tribunals*, California, Stanford Un. Press, 1926.
SALVIOLI, G., *La jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, RCADI 12, 1926, II.
SANDIFER, D. V., *Evidence before International Tribunals*, Chicago 1939.
SCERNI, M., *Procédure de la Cour permanente de Justice internationale*, RCADI, 63, 1938, III.
WITENBERG, J. C., *Onus probandi devant les juridictions internationales*, RGDIP 1951, p. 341 ss.
— *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales*, en collaboration avec J. DESRIOUX, Paris 1937.
— *La théorie des preuves devant les juridictions internationales*, RCADI 56, 1936, II.

3. *Ouvrages relatifs à l'interprétation des traités*

BERTHOUD, P., *Compétence nationale des Etats et Organisation des Nations unies*, art. 2, par. 7, de la Charte de San Francisco, Ann. suisse, IV, 1947.
CHANG, Y. T., *The Interpretation of Treaties by judicial Tribunals*, New York 1933.
EHRLICH, L., *Interprétation des traités*, RCADI 24, 1928.
FITZMAURICE, G. G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice; Treaty interpretation and some other Treaty Points*, BYIL XXVIII, 1951, p. 1 ss.
HYDE, C. C., *Concerning the Interpretation of Treaties*, AJIL III, 1909, p. 46.
INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Interprétation des traités*, Annuaire Nos 43 et 44 (1950 et 1952).
MC NAIR, Sir ARNOLD D., *The Law of Treaties*, Oxford 1938.
— *L'application et l'interprétation des traités d'après la jurisprudence britannique*, RCADI 43, 1933, I.
— *Application of the « ejusdem generi » rule in International Law*, BYIL 1924, p. 181 ss.
POLITIS, N., *Méthodes d'interprétation du droit international conventionnel*, Recueil Gény, III, p. 374 ss.
RÜEGGER, P., « Privatrechtliche Begriffe im Völkerrecht, Studie zur Interpretation des internationalen Rechtes », *Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht*, 28, 1919-1920, p. 426 ss.
WRIGHT, O., *The Interpretation of Multilateral Treaties*, AJIL XXIII, 1929, p. 94 ss.
YÜ, T. S., *The Interpretation of Treaties*, New York 1927.

4. *Ouvrages relatifs aux sources du droit des gens et aux principes généraux du droit*

BAUMGARTEN, A., *Observations sur les méthodes pour l'étude des sources du droit des gens*, Recueil Gény, III, p. 317 ss.
BORGHARD, E. M., *La théorie et les sources du droit international*, ib., p. 328 ss.
CASTBERG, F., *Méthodologie du droit international public*, RCADI 43, 1933, I.
DEREVITZKY, P., *Les principes du droit international tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, Paris 1932.
FINCH, G. A., *Les sources modernes du droit international*, RCADI, 53, 1935, III.
GUGGENHEIM, P., *Les deux éléments de la coutume en droit international*. La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris, 1950, I, p. 275 ss.
HAESAERT, J. P., *Préalables du Droit international public*, Bruxelles 1950.
— *Les prétendus principes généraux de la politique internationale et du droit des gens*, Bruxelles 1950.
HEILBORN, P., *Les sources du droit international*, RCADI II, 1926, I.
KELSEN, H., *Théorie générale du droit international public*, RCADI 42, 1932, IV.
— *Théorie générale du droit international coutumier*. Revue internationale de la théorie du droit, 1939, p. 253-274.
KOPELMANAS, L., *Quelques réflexions au sujet de l'article 38, ch. 3 du Statut de la Cour permanente de justice internationale*, RGDIP 43, 1936, p. 285 ss.
LAUTERPACHT, H., *Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law*, BYIL 1929, p. 65.
— *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice*, London 1934.
LE FUR, L., *La coutume et les principes généraux du droit comme sources du droit international public*, Recueil Gény, III, p. 362 ss.
RUCK, E., *Grundsätze im Völkerrecht*, Basel 1946.

SCELLE, G., *Essai sur les sources formelles du droit international*, Recueil Gény, II, p. 400 ss.
SCHINOLER, D., *Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques en droit international*, RCADI 1933, IV.
SÖRENSEN, M., *Les sources du droit international*, Copenhague 1946.
SPIROPOULOS, J., *Die allgemeine Rechtsgrundsätze im Völkerrecht*, Kiel 1928.
VERDROSS, A. VON, « Le principe de la bonne foi en droit international », *Revue hellénique de droit international*, 1952, p. 17.
— *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*, Recueil Gény, III, p. 383 ss.
VISSCHER, CH. OE, *Contribution à l'étude des sources du droit international*, ib., p. 389 ss.

5. *Ouvrages relatifs aux rapports entre droit interne et droit international*

GUTTERIDGE, H. C., *Comparative Law and the Law of Nations*, BYIL XXI, 1944, p. 1 ss.
HAMBRO, E., « Some Remarks about the Relations between Municipal Law and International Law in Norway », *Acta Scandinavica Iuris Gentium*, 19, 1949, p. 3 ss.
KELSEN, H., *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, RCADI 14, 1926, IV.
LAUTERPACHT, H., *Private Law Analogies in International Law*. Thèse de Londres, 1926.
MASTERS, RUTH, *International Law in National Courts*, New York 1932.
MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, B., *Droit international et droit constitutionnel*, RCADI 38, 1931, IV.
— *Le droit constitutionnel de la paix*, RCADI 45, 1933, III.
MORGENSTERN, FELICE, *Judicial Practice and the Supremacy of International Law*, BYIL 1950, p. 42 ss.
RIPERT, G., *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux*, RCADI 44, 1933, II.
SCHEUNER, U., *L'influence du droit interne sur la formation du droit international*, RCADI 68, 1939, II.
TRIEPEL, C. H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, et traduction par RENÉ BRUNET, Paris 1926.
— *Les rapports entre droit interne et droit international*, RCADI I, 1923, I.

6. *Ouvrages généraux de droit des gens et autres ouvrages*

ACCIOLY, H., *Traité de droit international public*, trad. P. GOULÉ, 3 vol., Paris 1942.
AGO, R., *Le délit international*, RCADI 58, 1939, II.
ANZILOTTI, D., *Cours de droit international*, trad. franç. sur la 3e éd. par G. GIOEL, Paris 1929.
BASDEVANT, J., *Cours de doctorat de droit international*, Paris, 1938-1939.
BERLIA, C., *La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat*, RGDIP 44, 1937, p. 51-66.
BLUNTSCHLI, J. C., *Le droit international codifié*, trad. LARDY, Paris 1895.
BRIERLY, J. L., *The Law of Nations*, 4th ed., Oxford 1949.
— *The Theory of Implied State Complicity in International Claims*, BYIL 1928, p. 42-49.
BRIGGS, H. W., *The Law of Nations*, 2nd ed., London 1953.
CAVARÉ, L., *Le droit international public positif*, Paris 1951.
COHN, G., *La responsabilité des Etats*, RCADI 68, 1939, II.
FENWICK, C. G., *International Law*, 3rd ed., 1948.
FITZMAURICE, G. G., *Do Treaties Need Ratification ?* BYIL XV, 1934, p. 113 ss.
FRIEDE, W., *Das Estoppel-Prinzip im Völkerrecht*, ZaöR 1935, p. 517 ss.
GIOEL, G., *Le droit international public de la mer*, Paris 1932-1934.

GONIDEC, P. F., *L'affaire du droit d'asile*, RGDIP 1951, p. 547 ss.
GOODRICH, K., - E. HAMBRO, *The Charter of the United Nations*, 2nd ed., London 1949.
GREEN, L. C., « Right of Asylum », *The International Law Quarterly*, 4, 1951, p. 229-239.
GUGGENHEIM, P., *Lehrbuch des Völkerrechts*, Basel 1948-1951.
— *Traité de droit international public*, trad. de l'allemand avec la collaboration de D. BINDSCHEDLER-ROBERT, I, Genève 1953.
HIGGINS, A. P., - C. J. COLOMBOS, *International Law of the Sea*, 2nd rev. ed. by C. J. COLOMBOS, London 1950.
HYDE, C. C., *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2nd rev. ed., 1945.
JESSUP, P. C., *The Palmas Island Arbitration*, AJIL XXII, 1953, p. 735 ss.
KELSEN, H., *Principles of International Law*, New York 1952.
KISS, A. C., *L'abus de droit en droit international*, Paris 1953.
LALIVE, P. A., « La session de Sienne de l'Institut de droit international », *Die Fiedens-Warte* 1952.
LA PRADELLE, A. DE, *Le droit de l'Etat sur la mer territoriale*, RGDIP 1898, p. 309-347.
LAUTERPACHT, H., *Recognition in International Law*, Cambridge 1947.
— *Règles générales du droit de la paix*, RCADI 62, 1937, IV.
MORGENSTERN, FELICE, « Diplomatic Asylum », *The Law Quarterly Review*, 67, 1951, p. 362-382.
OPPENHEIM, L., *International Law*, 7th ed. by *H. Lauterpacht*, London 1948-1951.
POLITIS, N., *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris 1927.
ROSS, A., *A Textbook of International Law*, London 1947.
ROUSSEAU, C., *Les principes du droit international public*, Paris 1944.
— *Traité de droit international public*, Paris 1953.
ROXBURGH, R. F., *International Conventions and Third States*, London 1917.
SCELLE, G., *Manuel de droit international public*, Paris 1948.
SCHWARZENBERGER, G., *International Law*, I, 2nd ed., London 1949.
— *A Manual of International Law*, 3rd ed., London 1952.
— « The Inductive Approach to International Law », *Harvard Law Review*, vol. LX, 1947, p. 539.
SÉFÉRIADÈS, S., *Aperçu sur la coutume juridique internationale et notamment sur son fondement*, RGDIP 1936, p. 129-196.
SIBERT, M., *Traité de droit international public*, Paris 1951.
STARKE, J. G., *An Introduction to International Law*, 2nd ed., London 1950.
VAN BOGAERT, E. R. C., *Het Rechtsmisbruik in het Volkenrecht*, Antwerp 1948.
VAN DER MOLEN, GEZ., *Misbruik van Recht in het Volkenrecht*.
VATTEL, E. DE, *Le droit des gens*, ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, éd. Collection des Classiques Carnegie.
VERYKIOS, P., *La prescription en droit international public*, Paris 1934.
VISSCHER, CH. DE, *La responsabilité des Etats*, Bibliotheca Visserains, t. II, p. 89-119.
VISSCHER, F. DE, *L'arbitrage de l'île de Palmas*, RDILC 1929, p. 735 ss.
VISSCHER, P. DE, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelles 1943.
VITTA, E., *La validité des traités internationaux*, Bibliotheca Visseriana, t. XIV, 1940.
WALDKIRCH, E. VON, *Das Völkerrecht in seinen Grundzügen dargestellet*, Basel 1926.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 7

Chapitre premier. *Théorie générale des présomptions en droit privé* 13

1. Remarques préliminaires 13
2. Définition des présomptions 15
3. Procédé de raisonnement impliqué dans les présomptions 19
4. Présomptions-preuves et présomptions-concepts . . . 20
5. Présomptions et preuves 24
6. Présomptions comparées à d'autres notions 27
7. Droit de fond ou procédure? 30
8. Classification des présomptions 33
9. Preuve contraire 36
10. Effets des présomptions 40
11. Conflits de présomptions 42
12. Justification des présomptions 44
13. Sources des présomptions 47
14. Résumé des paragraphes précédents 50

Chapitre II. *Les présomptions invoquées dans les décisions internationales* 53

Section I. Remarques préliminaires 53

Section II. Les présomptions et la preuve du fait 56

1. Présomption de bonne foi 56
2. Présomption de respect du droit international 60
3. Présomption de conformité des actes de l'Etat avec les intentions proclamées 63
4. Présomption de non-responsabilité 65
5. Présomption que l'organisation des tribunaux est normale 70
6. Présomption de souveraineté 74

7. Présomptions et immunité de juridiction 77
8. Présomption de nationalité 81
9. Présomption de destination hostile 85
10. Présomptions et production de documents en justice . 88
11. Présomption que le Chef de l'Etat a le pouvoir d'accomplir les actes qu'il accomplit 92
12. Présomption de mal fondé d'une demande en justice tardive 95
13. Présomptions de fait 99

Section III. Présomptions et interprétation des traités 102

1. L'interprétation conçue comme la preuve de l'intention des parties 102
2. Présomption et sens clair 105
3. Présomption et sens naturel des mots 108
4. Présomption et utilité des mots 109
5. Présomption en faveur du sens raisonnable 111
6. Présomption et application antérieure du traité . . . 112
7. Présomption de non-contrariété 114
8. Présomption de la conformité à la coutume 115
9. Présomption d'absence d'entraves à la liberté des Etats 117
10. Présomption de la restriction minimum de la souveraineté 119
11. Pacta tertiis nec nocent nec prosunt 121
12. Présomption que le traité ne confère pas de droit direct aux individus 123
13. Présomption d'incompétence de l'arbitre et du juge international 126
14. Présomption de ratification nécessaire 128

Section IV. Conclusions 131

Chapitre III. *Les présomptions dans les traités et dans la doctrine* . . 133

Section I. Les présomptions dans les traités 134

Section II. Les présomptions dans la doctrine 141

1. Présomptions et théorie du droit coutumier 141
2. Présomptions et mer territoriale 145
3. Présomptions et effets de la guerre sur les traités . . . 147
4. Présomption et nullité de la sentence arbitrale 150

Chapitre IV. *Les présomptions et la formation des règles du droit international public* 153

Chapitre V. *Théorie des présomptions en droit international public* . 163

Conclusions 179

Bibliographie 181

Achevé d'imprimer
le 30 juin 1954
sur les presses de l'imprimerie
Delachaux & Niestlé S. A.
Neuchâtel (Suisse)