

**VOUS AVEZ DIT « MONISME » ?**  
**QUELQUES BANALITÉS DE BON SENS SUR L'IMPOSSIBILITÉ**  
**DU PRÉTENDU MONISME CONSTITUTIONNEL**  
**À LA FRANÇAISE**

Alain PELLET

*Professeur à l'Université Paris X-Nanterre*  
*Membre et ancien Président de la Commission*  
*du Droit international des Nations Unies*

1. – « Il arrive », écrit le dédicataire de ces lignes dans un article introduisant une réflexion collective sur *Souveraineté de l'État et hiérarchie des normes dans la jurisprudence constitutionnelle*, que les autorités créatrices des normes constitutionnelles « proclament officiellement leur adhésion à telle ou telle thèse, mais il appartient à la théorie d'en expliciter le contenu et de révéler le cas échéant que malgré cette adhésion, c'est en réalité une autre doctrine qui constitue le fondement des normes posées<sup>1</sup>. » Le fameux « monisme constitutionnel » dont se réclame le constituant français depuis 1946 constitue un exemple éclatant d'un tel décalage entre l'adhésion revendiquée à une doctrine juridique particulière et une pratique qui la dément et n'est, en aucune manière, compatible avec l'adhésion ainsi proclamée.

2. – Les juristes tiennent en général pour acquis que, dans la ligne de celle de la Quatrième République, la Constitution de 1958 relève de cette approche des relations entre le droit interne (national) et le droit international que l'on appelle « monisme » parce qu'elle postule l'unité de l'ordre juridique dont les règles seraient hiérarchisées en fonction d'un principe (ou de principes) uniforme(s), par opposition au dualisme ou au pluralisme<sup>2</sup> qui consta-

---

1. Michel Troper, « En guise d'introduction : La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2000, p. 94.

2. Pour simplifier, le terme « dualisme » sera utilisé dans la suite de cette contribution pour désigner ces deux positions doctrinales. L'auteur a la conviction que l'idée même de dualisme *stricto sensu* est intenable : les ordres juridiques internes sont aussi étrangers les uns aux autres qu'ils le sont à l'égard du droit international. Ceci n'est pas vrai s'agissant

tent l'imperméabilité de deux ou plusieurs ordres juridiques les uns par rapport aux autres.

3. – Les Constitutions françaises de 1946 et 1958<sup>3</sup> seraient, dit on, « monistes » car elles prévoient que :

– les traités et, plus largement, les normes juridiques internationales sont reçus en droit français sans être « transformés » en règles internes ; et

– les traités ont « une autorité supérieure à celles des lois ».

En toute rigueur, ni l'une ni l'autre de ces propositions – en partie exactes – ne permettent pour autant de qualifier l'approche constitutionnelle française de moniste (en tout cas à primauté du droit international) – et pour une raison évidente : s'il en va ainsi ce n'est pas en vertu d'une norme supérieure enracinée dans le droit international, mais par la grâce *des dispositions de la Constitution elle-même*.

4. – Il n'est pas douteux que le juge français, qu'il soit constitutionnel, administratif ou judiciaire, applique des normes d'origine internationale<sup>4</sup>. Il l'a toujours fait – sans attendre pour cela l'explicitation de 1946<sup>5</sup> – et il le fait aujourd'hui davantage qu'hier – et moins mal<sup>6</sup>, mais seulement parce que la

---

de l'ordre juridique communautaire (ou d'autres organisations internationales), qui trouve son fondement dans le droit international dont il est un ordre dérivé (v. A. Peller, « Les fondements internationaux du droit communautaire », Académie de droit européen, Florence, *Recueil des cours* (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, vol. V, t. 2, p. 193-271) ; le présent article ne s'attachera pas aux particularités des relations du droit communautaire et du droit français.

3. Si les notions de monisme et de dualisme sont susceptibles de plus ou de moins – *quod non* (v. *infra* par. 44), force est de constater que la Constitution de 1958 serait « moins moniste » que celle de 1946 – non pas parce que l'article 54 assurerait une sorte de prédominance de la Constitution sur les traités, cette interprétation ne s'impose pas forcément (v. *infra*, par. 26), mais, plus sûrement, du fait de l'exigence de réciprocité à laquelle l'article 55 subordonne la reconnaissance aux traités d'« une autorité supérieure à celle des lois », ce qui faisait écrire à Nguyen Quoc Dinh qu'« [a]u rattachement *inconditionnel* de la Constitution de 1946 au monisme, [les constituants de 1946] ont substitué un rattachement *conditionnel* » (« La Constitution de 1958 et le droit international », *R.D.P.* 1959, p. 549 – italiques dans le texte ; v. aussi p. 555-557 et Conseil d'État, *Droit international et droit français*, N.E.D. n° 4803, 1986, p. 17).
4. Pour une justification, sans doute inutilement compliquée mais très convaincante, de l'expression, v. Carlo Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, Paris, 2001, p. 88-114.
5. Sur la jurisprudence hésitante du Conseil d'État avant 1946, v. cependant Ronny Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette supérieur, Paris, 1989, p. 74.
6. Sans que la situation soit idyllique, on ne peut plus parler aujourd'hui d'« ignorance congénitale du droit international » par les magistrats français (v. Paul Reuter, « Le droit international et la place du juge français dans l'ordre constitutionnel national », in P. Reuter, et autres, *L'application du droit international par le juge français*, A. Colin, Paris, 1972, p. 18).

Constitution l'y oblige et non en vertu d'un précepte de droit international<sup>7</sup> : « le droit international n'est partie intégrante du droit interne qu'en vertu d'une disposition constitutionnelle du droit interne ; il ne vaut donc pas comme droit interne en vertu de sa propre essence<sup>8</sup>. » Ceci vaut pour les normes d'origine coutumière comme pour les règles conventionnelles.

## I. — L'APPLICABILITÉ DES NORMES COUTUMIÈRES D'ORIGINE INTERNATIONALE EN DROIT FRANÇAIS

5. — Alors que l'on aurait pu s'attendre à ce que les droits nationaux marquent davantage d'hésitation à accueillir des normes spontanées, qui se forment sans que les États soient appelés à consentir à leur application, qu'à s'approprier des règles conventionnelles, qui ne peuvent les lier qu'avec leur consentement exprès, curieusement, la vigilance des droits étatiques à l'égard des dernières est plus grande que vis-à-vis des premières, au moins en ce qui concerne leur réception dans l'ordre interne<sup>9</sup>. Il est vrai que, dans nombre de pays, y compris en France, le libéralisme avec lequel les normes coutumières sont accueillies est « compensé » par leur place moindre dans la hiérarchie des normes internes.

6. — Reformulant la célèbre doctrine Blackstone selon laquelle « *international law is part of the law of the land* »<sup>10</sup>, le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie celui de la Constitution de 1958, se borne à proclamer que : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », ce qu'une doctrine dominante interprète comme un renvoi au droit international coutumier<sup>11</sup>.

7. — La curieuse, et très « scellienne », expression « droit public international » doit certainement « être interprétée comme un refus de faire du droit

- 
7. À la limite, on pourrait même se demander si le système français de réception des normes internationales antérieur à 1946 n'était pas « plus moniste » que le système postérieur puisque les normes d'origine internationale y étaient appliquées sans habilitation constitutionnelle expresse.
  8. Jacques Donnedieu de Vabres, « La Constitution de 1946 et le droit international », *D.* 1948, chron. p. 5.
  9. Sur « les difficultés d'application propres à la coutume internationale », v. Louis Dubouis, « L'application du droit international coutumier par le juge français », in *op. cit.* note 6, p. 79-83.
  10. High Court (King's Bench), 2 mai 1764, *Triquet v. Bath*, S.C. 1 Black. 471 ; aux États-Unis, v. Cour suprême, April term 1793, *United States v. Ravara*, 2 U.S. (2 Dall.) 297.
  11. V. not. Denis Alland (dir.), *Droit international public*, PUF, Paris, 2000, p. 366 ; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Paris, 2004, p. 194 ; Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, LGDJ, Paris, 2002, p. 34 5 ; Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2004, p. 414.

international et du droit interne la *summa divisio* du droit, comme marquant la volonté d'établir des liens plus intimes, une communication plus constante entre les deux systèmes de droit »<sup>12</sup>. Mais, comme l'a magistralement expliqué le commissaire du gouvernement G. Bachelier dans ses conclusions sur l'arrêt *Aquarone* du Conseil d'État en date du 6 juin 1997<sup>13</sup>, deux interprétations sont possibles. On peut, en premier lieu, y voir une simple déclaration d'intention traduisant « seulement l'engagement par la France de se conformer aux règles du droit public international »<sup>14</sup>. Dans une telle hypothèse, les normes internationales coutumières ne seraient pas applicables en droit français, or une telle interprétation est contredite tant par la jurisprudence des juridictions françaises qui font une timide, mais certaine, application de telles règles<sup>15</sup> que par les travaux préparatoires de la Constitution de 1946, qui montrent qu'en insérant cet alinéa dans le préambule, les Constituants avaient en tête « des préoccupations d'ordre interne »<sup>16</sup>. Dès lors, il ne semble guère faire de doute que, ce faisant, ils ont entendu incorporer dans le droit interne français les normes coutumières internationales<sup>17</sup>.

8. – Est-ce à dire que la doctrine moniste s'en trouve consacrée ? Dans ses conclusions précitées sur l'affaire *Aquarone*, M. Bachelier le laisse entendre. Selon lui, en s'interrogeant sur l'existence de la coutume internationale invoquée par le requérant, la Cour administrative d'appel de Lyon qui s'était prononcée initialement dans cette affaire, « paraît, à juste titre, avoir eu en vue le fait que [le quatorzième alinéa de la Constitution de 1946] consacre l'inspiration moniste de la pratique de la France excluant tout cloisonnement

12. J. Donnedieu de Vabres, *op. cit.* note 8, p. 6.

13. C.E., Ass., 6 juin 1997, *Aquarone, Leb.*, p. 206 ; concl. G. Bachelier ; *RFDA* 1997, p. 1068-1082 ; *RGDIP* 1997, p. 840-863. V. aussi Gilles Bachelier, « Les règles non écrites du droit international public et le juge administratif », in P.M. Dupuy, dir., *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Ed. Panthéon-Assas (LGDJ), Paris, 2001, p. 41. V. aussi la présentation, très argumentée, de la double lecture possible de l'alinéa 14 in Gérard Teboul, « Le droit international non écrit devant le juge administratif français », *RGDIP* 1991, p. 328-334.

14. Concl. Bachelier, préc., *RGDIP* 1997, p. 850. En ce sens, v. not. : J. Donnedieu de Vabres, *op. cit.* note 8, p. 6 ; Lawrence Preuss, « Droit international et droit interne dans la Constitution française de 1946 », *Rev. interne. d'hist. pol. et const.* 1951, p. 199-201 ou P. de Visscher, « Les tendances internationales des Constitutions modernes », *RCADI* 1952-I, vol. 80, p. 518.

15. Et ceci depuis fort longtemps – v. *infra*, note 21.

16. Concl. Bachelier, *ibid.*

17. D'autres constitutions sont plus explicites. Cf. l'article 10 de la Constitution italienne (« L'ordre juridique italien [et non : La République italienne...] se conforme aux règles du droit international généralement reconnues ») ou, surtout, l'article 25 de la Loi fondamentale allemande (« Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral. Elles priment les lois et font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral »).

entre l'ordre international et l'ordre juridique interne »<sup>18</sup>. Il concédait cependant qu'« [u]ne lecture dualiste de ce texte est envisageable »<sup>19</sup>. Elle l'est en effet, ne fût-ce que parce que, comme le relevait un auteur moniste pour le regretter, l'inclusion d'une disposition de ce type dans la Constitution fait douter que la règle ainsi constitutionnalisée « trouve son fondement dans l'ordre international »<sup>20</sup>.

9. – Il n'est pas inintéressant de relever à cet égard d'une part que les juridictions françaises se sont référées à des coutumes internationales avant 1946<sup>21</sup> – alors même que le système français était défini comme dualiste<sup>22</sup> – et, d'autre part, que, la plupart des commissaires du gouvernement devant le Conseil d'État, lorsqu'ils se sont risqués à tenter de trouver une justification à l'application d'une règle coutumière, ont, après cette date et jusqu'à une période récente, marqué une vive réticence à reconnaître l'applicabilité de telles règles si elles n'étaient pas reçues, d'une manière ou d'une autre, dans l'ordre juridique français<sup>23</sup>. De plus, dans son arrêt *Aquarone* de 1993, la Cour administrative d'appel de Lyon elle-même avait, prudemment, considéré que

18. Concl. Bachelier, préc. note 13, *RGDIP* 1997, p. 853. Dans le même sens, v. G. Bachelier, *op. cit.* note 13, p. 39-40.

19. Concl. préc. *ibid.*

20. P. de Visscher, *op. cit.* note 14, p. 520. De même, Charles Rousseau estime : « Ce sont là des affirmations sans grande portée, surtout lorsqu'elles sont incluses, comme en France, dans un préambule dont la valeur obligatoire est controversée. Elles sont à la fois inutiles (car elles énoncent une règle évidente qui trouve son fondement véritable dans l'ordre juridique international) et dangereuses (car leur incorporation dans la Constitution interne peut engendrer des doutes quant au fondement de la règle et quant à l'étendue de l'obligation qu'elle implique) » (*Droit international public*, Tome I, *Introduction et Sources*, Sirey, Paris, 1970, p. 47).

21. Cf. les exemples donnés par G. Bachelier lui-même (concls. préc. note 13, *RGDIP* 1997, p. 852) : Cass. req., 6 avril 1826, *Viturbi et Totti*, S. 1825-1827.1.312 (règles relatives à l'occupation de guerre) ou 22 janvier 1949, *Gouvernement espagnol c. Lambege et Pujol* et 23 janvier 1933, *Hanukiew*, S. 1933.1.249 (immunité des États étrangers) ou C.E. 12 juin 1936, *Kremer, Leb.* p. 638 (réparation). V. aussi, par exemple : Trib. Cass. 16 messidor an VII, S. 1791.1830, 1.1.219 ; Cass. civ., 22 janvier 1849, *Gouvernement espagnol c. Casaux*, D. 1849.1.9 ; S. 1849.1.81 (immunités).

22. À moins que l'on ne considère que les juridictions en question « faisaient du monisme » sans le savoir (en ce sens, v. G. Teboul, *op. cit.* note 13, p. 342). Dans ce cas, paradoxalement, la Constitution de 1946 aurait marqué un recul du monisme (réception en quelque sorte « innée » de la coutume internationale) au profit du dualisme (réception constitutionnellement prévue) – v. note 20, *supra*.

23. Cf. les conclusions Heumann sous C.E., sect., 22 novembre 1957, *Myrtoon Steamship Cy.*, D. 1958, p. 10, Questiaux sur C.E., Ass., 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina, Leb.*, RDP 1966, p. 789, ou Dandelot sur C.E., sect., 18 avril. 1986, *Les mines de potasse d'Alsace, Leb.* 1986, p. 116, et l'analyse qu'en fait G. Bachelier, *ibid.*, p. 853-854. Au Royaume-Uni, cette réception est clairement exigée par les tenants de la thèse de la « transformation » au cas par cas des règles coutumières en droit anglais (cf. High Court [Divisional Court], 1<sup>er</sup> juin 1905, *West Rand Central Gold Mining Co. v. R.* [1905] 2 KB 391 ; Chambre des Lords, 2 décembre 1938, *Chung Chi Cheung v. R.* [1939] AC 160 ou 4 février 1974, *Tbakrar v. Secretary of State for the Home Department* [1974] QB 684) ; elle

« l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 » dont se prévalait le requérant, « n'est pas nécessairement dépourvu de toute portée juridique en droit interne »<sup>24</sup>. Au-delà de la prudence de l'expression, c'est donc bien parce que le texte constitutionnel y renvoie que la Cour envisage que les normes coutumières internationales peuvent recevoir application en droit français.

10. – Pour sa part, le Conseil constitutionnel, qui s'était, en 1975, référé aux « règles du droit public international » sans expliciter davantage le fondement de cette mention<sup>25</sup>, inclut expressément, depuis sa décision *Maas-tricht I* de 1992, le quatorzième alinéa du préambule de 1946 parmi les « normes de référence du contrôle institué par l'article 54 de la Constitution »<sup>26</sup>. Au surplus, dans cette décision, il se fonde expressément sur cette disposition pour justifier la mise en œuvre du principe *pacta sunt servanda*<sup>27</sup>, manifestant ainsi un souci particulièrement poussé de « constitutionnaliser »

---

l'est moins nettement si l'on admet la thèse de l'« incorporation » globale (cf. *Barbuit's case* [1737], Cas. temp. Talbot. 281 ; High Court (King's Bench), 2 mai 1764, *Triquet v. Bath*, 3 Burr. 1478 ; 5 février 1767, *Heathfield v. Chilton*, 4 Burr. 2015 ; High Court (Chancery Division), 20 nov. 1805, *Dolder v. Lord Huntingfield*, 11 Ves. Jun. 283 ; *Viveash v. Becker* (1814), 3 Maule and Sel. 284 ; High Court (King's Bench), 6 février 1817, *Wolff v. Oxholm*, 6 Maule and Sel. 92 ; 29 avril 1823, *Novello v. Toogood*, 1 B. & C. 554 ; *De Wütz v. Hendricks* (1834), 2 Bing. 314 ; *Emperor of Austria v. Day* (1861), 30 LJ Ch. 690 ; Court of Appeal, 4 fév. 1974, *R. v. Secretary of State of the Home Department, ex parte Thakrar*, 1 QB 694 ; 13 janvier 1977, *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, 1 All ER 884) ; on peut cependant penser que, dans l'une comme l'autre des deux perspectives, les normes coutumières du droit international sont reçues en droit anglais en vertu d'une règle de nature constitutionnelle. Sur la distinction entre les deux approches, v. Hazel Fox, Piers Gardner, Chinaka Wickremasinghe, « United Kingdom », in Pierre-Michel Eisemann, dir., *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national – Étude de la pratique en Europe*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1996, p. 517-518 ; v. aussi, G. Teboul, *op. cit.* note 13, p. 323-324 ou Jacqueline Dutheil de La Rochère, « Le droit international fait-il partie du droit anglais ? », in *Mélanges offerts à Paul Reuter – Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 244-248.

24. C.A.A. Lyon, Plénière, *Aquarone, Leb.* p. 439. Dans ses conclusions devant le Conseil d'État, le commissaire du gouvernement Bachelier indiquait également : « il nous semble que l'alinéa 14 permet en tout cas de justifier l'application directe en droit interne d'une norme internationale non écrite » (*ibid.*, p. 857).
25. Cf. C.C. 30 décembre 1975, *Autodétermination des Comores, Rec.*, p. 26 ; v. aussi Nguyen Quoc Dinh, « Le Conseil constitutionnel et les règles du droit public international », *RGDIP* 1976, p. 1010-1019. Sur le fond, cette position est fort critiquable.
26. C.C., 9 avril 1992, *Rec.*, p. 55, par. 11 ; 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de nationalité, Rec.* p. 196 ; 31 déc. 1997, *Traité d'Amsterdam, Rec.* p. 334 ; 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile dite « RESEDA », Rec.* p. 245 ; 22 jan. 1999, *Cour pénale internationale, Rec.* p. 29 ; 19 nov. 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Rec.* 173.
27. C.C. 9 avril 1992, *préc.*, par. 7. V. aussi : C.C. 20 juillet 1993, *Code de la nationalité, préc.*, par. 36.

le droit international dont ce principe est, sinon le fondement, du moins un corollaire nécessaire<sup>28</sup>.

11. – Reçues dans le droit français en vertu de la Constitution, les normes coutumières n'y ont qu'une place modeste, à la fois « quantitativement » – les juges, largement prisonniers du « fétichisme du droit écrit »<sup>29</sup>, les appliquent peu<sup>30</sup> – et « qualitativement » en ce sens qu'elles n'y bénéficient pas, en tout cas selon le Conseil d'État<sup>31</sup>, de la valeur supra-législative que l'article 55 confère aux traités. Et ceci, justement, *parce que la Constitution* ne leur confère pas ce statut privilégié, alors même qu'au regard du droit international traités et coutumes ne sont pas hiérarchisés. Comme l'expliquait fort bien

28. On peut noter cependant que, dans son arrêt *Barbie* du 6 octobre 1983, la Cour de cassation omet d'invoquer l'alinéa 14 du préambule de 1946 à l'appui de l'approbation qu'elle donne à la position de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon selon laquelle, « en raison de leur nature, les crimes contre l'humanité dont Barbie Klaus (...) est inculpé en France où ils auraient été commis ne relèvent pas seulement du droit interne français, mais encore d'un ordre répressif international auquel la notion de frontière et les règles extraditionnelles qui en découlent sont fondamentalement étrangères » (Cass. crim., 6 octobre 1983, *Bull.*, p. 610).

29. Jean Charpentier, Avant-propos, *op. cit.* note 6, p. 11.

30. Il n'est pas sans intérêt de relever qu'à ce jour « le juge administratif n'a jamais (...) fait application d'une manière positive (...) d'une coutume internationale (...) pour censurer un acte administratif ou pour retenir la responsabilité de l'administration » (G. Bachelier, *op. cit.* note 13, p. 34). Pour des références à certaines règles non écrites du droit international, outre les exemples préc. note 21, v. not. : C.E., 29 juin 1951, *Société Bonduelle, Leb.* p. 376 ou 30 novembre 1962, *Consorts Weiss, Leb.* p. 643 (immunité de juridiction des États étrangers) ; C.E., 21 avril 2000, *Zaïdi, Leb.* p. 159 (conflit entre normes conventionnelles) ou C.E., Sect., 23 octobre 1987, *Sté. Nachfolger Navigation et as., Leb.* p. 319 (compétences de l'État côtier en haute mer). Les conclusions du commissaire du gouvernement dans cette dernière affaire, montrent à quel point la Haute Juridiction répugne à appliquer des normes coutumières : il invitait ses collègues à se fonder sur « les principes généraux du droit international applicables à la haute mer, formulation peut-être moins malsonnante à vos oreilles que celle qui se référerait à une coutume internationale » – il n'existe pourtant pas de différence de nature entre les uns et les autres malgré ce que semblent croire les membres du Conseil d'État (v. aussi, par ex., G. Bachelier, *op. cit.*, p. 39). S'agissant de la jurisprudence judiciaire, v. not. : C.A. Rennes, 26 mars 1979, *Rego Sanles, JDI* 1980, p. 854 (règles du droit de la mer en matière de pêcheries) ; Cass. crim., 6 octobre 1983, *Barbie, Bull.*, p. 610 (« principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » – mais argument surabondant : la Cour se fonde prioritairement sur les traités s'y référant) ; Cass. civ<sup>1</sup>., 4 fév. 1986, *General Maritime Transport c. Marseille Fret, Bull.*, p. 6 ; Crim., 23 novembre 2005, *Agent judiciaire du Trésor c. Malta Maritime Authority et Carmel X, Bull.* p. 218. Dans un arrêt du 6 juillet 2005, la première Chambre civile a, sans explication, fait application de « la règle de l'estoppel » (pourvoi n° 01-15912, publié sur <http://www.legifrance.gouv.fr/>).

31. V. *infra*, par. 15. La position de principe du Conseil constitutionnel est différente (v. *infra*, pars. 12-13) mais, comme on l'a remarqué, du fait de son incertitude et de son « potentiel de mutabilité », « la coutume internationale apparaît comme une "mauvaise" norme de référence pour un contrôle de constitutionnalité » (Denys de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Economica, Paris, 1996, p. 427).

M. Bachelier – pourtant partisan d’une interprétation moniste de la réception du droit coutumier dans l’ordre juridique français<sup>32</sup> : « C’est cette *habilitation* [de l’article 55] qui fait défaut pour la norme non écrite du droit international »<sup>33</sup> ; « c’est dans la Constitution que le juge doit rechercher la hiérarchie des normes. Il ne saurait s’en abstraire. Il ne saurait non plus la méconnaître. Il ne saurait davantage la détourner. Cette norme suprême, expression de la souveraineté, fixe les limites de sa compétence et le respect de cette limite ne peut que le conduire à opposer un *non possumus* à l’invitation qui lui est faite de définir une hiérarchie entre la loi qu’il est tenu d’appliquer et une règle non écrite lorsque le pouvoir constituant n’a pas cru nécessaire de définir clairement une telle hiérarchie<sup>34</sup>. »

12. – Il est vrai que le flou de la rédaction de l’alinéa 14 du préambule de 1946 – dont on a dit, et c’est une litote, qu’il est « riche de quelques mystères »<sup>35</sup> – permet toutes les interprétations, ce qui explique sans doute le flottement de la jurisprudence : alors que le Conseil d’État fait prévaloir la loi sur la coutume internationale, le Conseil constitutionnel semble, paradoxalement<sup>36</sup>, intégrer celle-ci dans le bloc de constitutionnalité. Dès 1975, dans l’affaire relative à l’*autodétermination des Comores*, il avait constaté (à tort d’ailleurs<sup>37</sup>) que « les dispositions de la loi déferée au Conseil constitutionnel qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international »<sup>38</sup>. Plus tard, il a estimé que la règle *pacta sunt servanda* figurait au nombre des « règles du droit public international » auxquelles renvoient l’alinéa 14 du préambule de 1946 et qu’il lui appartient de s’y référer pour déterminer la portée d’un traité soumis à son examen<sup>39</sup>. Et, dans sa décision du 22 janvier 1999, il a inclus, parmi les « normes de référence » en fonction desquelles il exerce son contrôle de la constitutionnalité des traités, les

32. V. *supra*, par. 8.

33. *Op. cit.* note 13 , p. 41 – italiques ajoutées. Dans ses conclusions préc. (note 23), M. Dandelot allait plus loin et estimait que « [l]’article 55 de la Constitution » fait obstacle à l’appréciation de la légalité d’un acte administratif français au regard des principes du droit international « en ne prévoyant que l’applicabilité des ‘traités et accords’ et sous réserve de réciprocité ».

34. *Ibid.*, p. 42 ; dans le même sens, « Intervention de M. Bruno Genevois », *ibid.*, p. 64.

35. D. de Béchillon, *op. cit.* note 31, p. 407.

36. Il est parfaitement illogique que le Conseil s’assure de la conformité des lois aux règles non écrites du droit international dont la Constitution ne détermine pas la place dans la hiérarchie des normes internes, alors qu’il s’y refuse s’agissant des traités, malgré les termes clairs de l’article 55 – v. *infra*, pars. 21 et 32 . On peut cependant avancer que le Conseil tient la règle de l’article 55 pour une règle spéciale dérogeant au principe général posé par le quatorzième alinéa du préambule (cf. Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.* note 25 , p. 1028 ou D. de Béchillon, *ibid.*, p. 410) ; mais rien dans les travaux préparatoires des Constitutions de 1946 et 1958 ne vient confirmer cette hypothèse.

37. V. P. Daillier et A. Pellet, *op. cit.* note 11, p. 523 – *contra* : D. de Béchillon, *ibid.*, p. 425.

38. Décision préc. note 25.

39. V. not. les décisions, préc. note 26 , du 9 avril 1992, *Maastricht I*, du 20 juillet 1993, *Code de la nationalité*, ou du 22 janvier 1999, *C.P.I.*



« règles de droit public international » mentionnées dans cette disposition<sup>40</sup>. Force est donc d'admettre qu'il existe un bloc de constitutionnalité à deux degrés car il est logiquement impossible et concrètement exclu qu'un juge français quel qu'il soit (y compris le Conseil constitutionnel lui-même) fasse prévaloir une norme coutumière (même postérieure) sur la Constitution<sup>41</sup>.

13. – Certains auteurs ont tenté d'expliquer cette position en affirmant que « le Conseil constitutionnel a accepté d'appliquer les règles du droit international général reprises par la Constitution »<sup>42</sup>. Ceci peut être soutenu s'agissant du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes<sup>43</sup> ou du respect des droits de l'homme, mais non, par exemple de la règle *pacta sunt servanda*<sup>44</sup> qui n'a reçu aucune consécration constitutionnelle expresse. Force est donc de constater que le Conseil considère que les principes coutumiers du droit international sont globalement intégrés dans le bloc de constitutionnalité.

14. – La position de la Cour de cassation, moins claire, s'apparente peut-être à cette façon de voir. Ainsi, dans l'affaire *Barbie*, la Chambre criminelle, a cru utile de préciser que les dispositions de divers traités (et d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies) en matière de droit international pénal « sont conformes aux principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »<sup>45</sup>. Toutefois, dans l'affaire *Aussaïresse*, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un considérant lapidaire, estimé « qu'on ne saurait, à l'appui de poursuites, invoquer une coutume internationale qui, si elle peut, le cas échéant, guider l'interprétation d'une convention, ne peut, en

40. V. not. les pars. 10 à 12 de la décision. Dans sa décision du 28 avril 2005 sur la *loi relative à la création du registre international français*, le Conseil s'est fondé sur « les règles actuelles du droit de la mer » pour estimer « qu'un navire battant pavillon français ne peut être regardé comme constituant une portion du territoire français ».

41. V. G. Teboul, note 13, p. 358-361. Sur certains problèmes posés par la distinction entre deux degrés de constitutionnalité, v. aussi *infra*, note 123.

42. Louis Favoreu, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *AFDI* 1977, p. 111. V. aussi Élisabeth Zoller, *Droit des relations extérieures*, coll. Droit fondamental, PUF, Paris, 1992, p. 282.

43. Cf. décision du 30 décembre 1975, préc. note 25.

44. V. *supra*, par. 12.

45. Arrêt préc. note 28, du 6 octobre 1983. Dans l'affaire *Khadafi*, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a estimé « que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraaires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger » (Sections réunies, 13 mars 2001, *S.O.S. Attentats et as.*, *Bull.* p. 218) ; mais il n'en résulte certainement pas que la Cour tient les traités pour supérieurs à la coutume – dès lors en tout cas que celle-ci est susceptible d'exceptions (ce que la Cour admet expressément).

tout état de cause, pallier son absence pour créer, *ab initio*, une incrimination »<sup>46</sup>.

15. – Le Conseil d'État, pour sa part, se montre encore moins empressé à reconnaître une place privilégiée aux règles coutumières du droit international dans la hiérarchie des normes applicables en France. Sans doute, dans son arrêt du 15 mai 1987, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, a-t-il mentionné les « règles du droit international ayant force de loi sur le territoire national », expression qui inclut probablement les normes internationales non écrites<sup>47</sup>. Mais, dans l'affaire *Aquarone*, le commissaire du gouvernement a constaté que « la Constitution française ne contient pas de règles dont l'objet ou l'effet (...) conduirait à faire prévaloir la coutume sur la loi à la différence de ce que l'on retrouve dans les Constitutions de certains pays voisins »<sup>48</sup> et le Conseil d'État, confirmant la position de la Cour administrative d'appel de Lyon<sup>49</sup>, a considéré que ni l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>50</sup>, « ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes »<sup>51</sup>.

16. – Par contraste, les traités, dont l'applicabilité dans l'ordre juridique français pourrait tout aussi bien être rattachée au préambule de la Constitution de 1946, ont fait l'objet de tous les soins des Constituants de 1946 et de 1958 et pour une raison évidente : alors que de nombreuses<sup>52</sup> normes coutumières internationales régissent exclusivement les rapports entre États<sup>53</sup>, la majorité des traités contemporains confèrent des droits et imposent des

46. 17 juin 2003, *Bull.* p. 465.

47. *Leb.* p. 175.

48. Concl. préc. note 13, p. 859. À titre de comparaison, M. Bachelier mentionnait les constitutions allemande (v. l'article 25 préc. note 17), italienne (v. l'article 10 préc. note 17) et grecque (article 28.1, qui place « les règles généralement reconnues du droit international » sur le même plan que les traités, les unes et les autres primant « toute disposition de loi contraire »).

49. *V. supra*, note 24.

50. *V. infra*, par. 33.

51. C.E., Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, préc. note 13. V. aussi C.E., 28 juillet 2000, *Paulin* (*Leb.*, p. 317), qui reprend la même formule en l'étendant aux « principes généraux de droit international » (*sic* – sur le caractère artificiel de la distinction, v. *supra*, note 30).

52. Pas toutes il est vrai : les règles protectrices des droits de la personne humaine ou des investisseurs étrangers, ou celles qui criminalisent certains actes comme l'interdiction de la piraterie, de l'esclavage, des crimes de guerre ou contre l'humanité concernent directement les particuliers mais, dans la quasi-totalité des cas, elles sont reprises dans des traités, d'application plus aisée par le juge (tant interne qu'international) qui, très naturellement s'y référerait de manière privilégiée, sans se demander si, du même coup il applique aussi une norme de nature coutumière. V. G. Bachelier, *op. cit.* note 13, p. 35-36.

53. Cf. Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, coll. « Droit fondamental », Paris, 1995, p. 104.

obligations aux particuliers. Et cette tendance, déjà notable au début du 20<sup>e</sup> siècle<sup>54</sup>, est allée en s'accéléralant<sup>55</sup> ce qui suffit à expliquer l'accent mis sur le droit conventionnel dans les constitutions contemporaines et la présence dans celle de 1946 d'un titre entier consacré aux « traités diplomatiques »<sup>56</sup> (appellation déroutante pour un internationaliste), qui précise à la fois leur mode de réception dans le droit français et le niveau qui leur revient dans la hiérarchie des normes.

## II. — L'APPLICABILITÉ DES NORMES CONVENTIONNELLES EN DROIT FRANÇAIS

17. — Le fait est bien connu : dans le système de la III<sup>e</sup> République, et même avant, en France, « [l]es traités passés entre les nations ont le caractère de lois »<sup>57</sup> et ceci en l'absence même de toute disposition constitutionnelle particulière puisque l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics se bornait à donner compétence au Président de la République pour négocier et ratifier les traités tout en précisant que certaines catégories de traités ne devenaient « définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres »<sup>58</sup>.

18. — Pour sa part, l'article 26 de la Constitution de 1946 ne faisait guère que reprendre la formule jurisprudentielle traditionnelle en l'explicitant : « Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit

54. Cf. C.P.J.I., avis consultatif du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig, Série B*, n° 15, p. 17-18 : « ... 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 appliquées par les tribunaux nationaux. »

55. V. Conseil d'État, *op. cit.* note 3, p. 9

56. Titre IV de la Constitution du 27 octobre 1946.

57. Cass. Civ., 15 juill. 1811, *Dame Champeaux-Grammont*, S. 1811.1.377 ; 24 juin 1839, DP 1839.1.257 ; Cass. Req., 6 jan. 1873, *Balastrini c. Aubert*, JDI 1874, p. 245 ; Cass. Crim., 27 juil. 1877, *Yter*, DP 1878.1.137 ; CA, Paris, Ch. corr., 11 avril 1892, *Pratt c. Lycett et Nowy*, JDI, 1892, p. 889, 324, 197 ; Cass. Crim., 1<sup>er</sup> août 1908, *Marc Lapierre*, JDI 1909, p. 743 ; 23 fév. 1912, *King*, DP 1915.1.84 ; 8 mars 1913, *Norris*, DP 1915.1.85 ; CA, Paris, 6<sup>e</sup> ch., 23 oct. 1920, *Heylein c. Waddy*, Rev. Darras, 1921, p. 463, 663 ; CA, Rennes, 15 novembre 1921, *Dubuffet c. de Souza-Guimaraes*, Rev. Darras 1928, p. 295 ; Cass. Crim., 22 mars 1923, *Thyssen et as.*, Bull., p. 224 ; 20 juil. 1923, *Schoene*, Bull. 1923, p. 456 ; 9 août 1923, *Krupp von Bohlen et as.*, Bull., p. 526 ; CA, Paris, 1<sup>er</sup> ch., 24 mars 1933, *Schneider et C<sup>ie</sup> c. Jaudon*, J.D.I. 1933, p. 862 ; 11 mai 1934, *Ministre de la Marine c. Sté Adria*, JDI 1935, p. 952 ; Cass. Crim., 28 fév. 1930, *Administration des Finances tunisiennes c. Zanna Haï*, JDI 1930, p. 1030. V. aussi C.E., 12 déc. 1868, *C<sup>ie</sup> générale des asphaltes c. Breitmayer et autres*, DP 1869.3.59.

58. La formule remonte à la Constitution du 4 novembre 1848 (article 53, qui imposait cependant l'approbation de tous les traités par l'Assemblée nationale). V. aussi les articles 49 et 50 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles *qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification.* » Et, sans craindre la contradiction, l'article 28<sup>59</sup> – qui contenait des précisions sur les modalités de modification ou de suspension des « traités diplomatiques *régulièrement ratifiés et publiés* », reconnaissait à ceux-ci « une autorité supérieure à celle des lois internes ». En outre, tout en ajoutant à la brève liste des traités dont la ratification ne pouvait, auparavant, intervenir qu'en vertu d'une loi deux nouvelles catégories – ceux relatifs à l'organisation internationale et « ceux qui modifient les lois internes françaises », extension considérable<sup>60</sup>, l'article 27 reproduisait à peu près exactement le texte de l'article 8 de 1875 tout en enlevant au Président de la République ses prérogatives en matière de négociation des traités, dont il était seulement « tenu informé »<sup>61</sup>.

19. – L'article 55 de la Constitution de 1958 refond en une seule disposition, plus cohérente, celles des articles 26 et 28 de 1946 en même temps qu'il tente, maladroitement<sup>62</sup>, comme l'article 52<sup>63</sup>, de consacrer la notion d'accord en forme simplifiée : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve », cependant, « pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

59. Selon Ph. Franceskakis, cette contradiction s'explique par le fait que les constituants de 1946 étaient indifférents à la question de l'application des traités par le juge, faute de quoi « l'inadvertance » qu'on leur prête couramment sur ce point « serait véritablement sans excuse » (« Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires », *RCDIP* 1969, p. 434). En réalité, cette « inadvertance » s'explique plus probablement par le monisme dogmatique des constituants de 1946.

60. Dans les faits cependant, sous l'empire de la III<sup>e</sup> République, la jurisprudence exigeait qu'un traité modifiant une loi fût soumis à autorisation parlementaire (v. par ex. : C.A. Douai, 2 mars 1926, *JDI* 1927, p. 119 ou C.A. Lyon, 30 octobre 1929, *JDI* 1930, p. 656).

61. La formule figurait dans le premier alinéa de l'article 97 du projet de Constitution du 9 avril 1946 dont les articles 67 et 68 préfiguraient les autres dispositions des articles 26 et 27 du texte du 27 octobre.

62. Un accord en forme simplifiée, qui est, en effet, « non soumis à la ratification » (art. 52), « engage l'État par la seule signature de son représentant sans recours à d'autres procédures internes » (Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant-AUF, Bruxelles, 2001, p. 15 ; v. aussi P. Daillier et A. Pellet, *op. cit.* note 11, p. 143). Mais l'approbation qui doit être donnée aux accords non soumis à ratification visés à l'article 55 fait de ceux-ci des traités en forme solennelle au regard du droit international (*ibid.*, p. 138 ; v. aussi A. Pellet, commentaire de l'article 53, in François Luchaire et Gérard Conac, dir., *La Constitution de la République française*, Économica, Paris, 1987, p. 1025-1030). V. aussi l'article 53, qui distingue les traités des accords conclus dans certaines matières dans lesquelles une autorisation législative est exigée.

63. L'article 52 distingue les traités, ratifiés et négociés par le Président de la République, des accords internationaux non soumis à ratification, dont le chef de l'État est seulement informé de la négociation.

20. – Ceci constitue une différence importante avec le droit anglais par exemple, qui est considéré comme le parangon des systèmes « dualistes » et où les traités n'ont pas droit de cité sauf à être incorporés dans un *Act in Parliament* ; mais, s'ils le sont, les règles en cause sont applicables du fait de leur nature législative, pas conventionnelle<sup>64</sup>. Les traités apparaissent comme une source du droit français, pas du droit anglais ; ils sont, en France, appliqués en tant que tels ; au Royaume-Uni, ils sont « de simples faits »<sup>65</sup> qui n'ont pas, par eux-mêmes, de valeur juridique propre<sup>66</sup>. *A fortiori*, les traités n'y ont pas, comme en France, une valeur supra-législative, ni même égale ou inférieure à la loi ; ils y sont, tout simplement, inconnus.

21. – Est-ce suffisant pour « faire de la France un *adepte exemplaire du système 'moniste'* »<sup>67</sup> ? Sûrement pas. Il ne fait en effet aucun doute que, si les traités sont applicables dans l'ordre juridique français, ils le sont *parce que* la Constitution le prévoit, en vertu donc du droit français, pas du droit international<sup>68</sup>. L'article 55 est bien une « clause de réception » du droit conventionnel dans le droit français<sup>69</sup>. Les juges ne s'y sont pas trompés :

– dès sa décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel a considéré que ce sont les dispositions de l'article 55 (et non un principe de droit international) qui « confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois »<sup>70</sup> ;

– par sa décision du 3 septembre 1986, il a censuré la loi sur les *conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers* du fait qu'elle restreignait « le domaine d'application de l'article 55 », qui devait s'appliquer pleinement<sup>71</sup> ;

64. Pour un exposé particulièrement clair du système anglais, v. Hazel Fox et as., *op. cit.* note 23, p. 495-528, not. p. 502.

65. V. *infra*, par. 36.

66. Ce qui n'empêche pas les juges britanniques de les prendre en considération pour l'interprétation de législations internes ambiguës (cf. l'opinion de Lord Diplock in Chambre des Lords, 3 mars 1981, *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg, AG* [1975] 1 All ER 810).

67. Conseil d'État, *op. cit.* note 3, p. 24.

68. V. note 4 *supra*. *Contra* : Nguyen Quoc Dinh, « La jurisprudence française actuelle et le contrôle de la conformité des lois aux traités », *AFDI* 1975, p. 873-874 ; selon cet auteur, « tout traité, ou tout accord régulièrement introduit dans l'ordre français, s'y applique en tant que *norme internationale*, ni plus ni moins » car il n'y aurait pas « *de conflit possible entre la Constitution et le traité* » (italiques dans le texte) ; même en admettant que ceci soit exact, il existe un *non sequitur* entre ces deux propositions ; dans le même sens, v. aussi : Dominique Carreau, *Droit international*, Pedone, Paris, 2004, p. 61-62 et 519 ou L. Favoreu, *op. cit.* note 42, p. 115.

69. Cf. C. Santulli, *op. cit.* note 4, p. 91.

70. *Rec.* p. 19.

71. *Rec.* p. 135.

– par sa décision *Barbie* de 1983, précitée<sup>72</sup>, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a rappelé que les règles applicables en matière de droit international pénal « résultent de traités internationaux régulièrement intégrés à l'ordre juridique interne et ayant une autorité supérieure à celle des lois en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 » ; et

– le simple fait que le Conseil d'État reconnaisse – de manière peut-être discutable – aux traités et aux coutumes internationales une place différente dans la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique français sur le fondement des dispositions constitutionnelles respectivement applicables<sup>73</sup> confirme que c'est bien la Constitution et non le droit international qui gouverne la matière<sup>74</sup>.

22. – Les Constitutions de 1946 et 1958, en supprimant l'exigence traditionnelle d'un décret de promulgation pour que le traité soit applicable en droit français et en conférant aux traités une valeur supérieure à celle des lois, n'y ont rien changé.

23. – Sur le premier point, la doctrine dominante affirme que la Constitution de 1946 a consacré « l'intégration automatique des traités dans l'ordre interne »<sup>75</sup>. Cette vision très idyllique ne correspond guère à la réalité et il n'est pas exagéré de considérer que l'exigence d'une publication régulière, consacrée par l'article 3 du décret du 14 mars 1953<sup>76</sup> et constitutionnalisée par l'article 55 de la Constitution de 1958, remplit la même fonction que celle qui était, auparavant, impartie à la promulgation<sup>77</sup>. Dans sa circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, le Premier ministre rappelle à juste titre que « [l]a publication a pour objet : (...) d'introduire l'accord dans l'ordre juridique national. (...) En cas de non-publication, en effet, l'accord ... n'est pas invocable dans l'ordre juridique interne »<sup>78</sup>.

72. Note 28 . V. aussi Cass. crim., 3 juin 1988, *Barbie*, *Bull.*, p. 637 ; 27 février. 1990, *Touvier*, *Bull.* p. 251 ou 21 octobre 1993, *Touvier*, *Bull.*, p. 770.

73. V. *supra*, par. 15.

74. En ce sens : Denis Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1097.

75. P. de Vischer, *op. cit.*, note 14 . V. aussi Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.* note 3, p. 551.

76. Relatif à la ratification et à la publication des engagements internationaux souscrits par la France (*JO.REF.*, 15 mars 1953, p. 2436 ; le décret de 1953 a été modifié par celui du 14 mars 1986 (*JO.REF.*, 13 avril 1986, p. 5427).

77. Comme le relève Paul Reuter, « cette transformation ne semble pas avoir emporté pour les tribunaux les conséquences qu'y attache la plupart du temps la doctrine » (*op. cit.* note 6, p. 33 ; v. aussi p. 14).

78. *RGDIP* 1997, p. 606-607 ; le mot « accord » vise, dans la circulaire, l'ensemble des engagements internationaux de la France. Une précision donnée dans cette circulaire montre bien l'autonomie des procédures d'entrée en vigueur internationale d'une part, interne, d'autre part : « La publication ne peut se faire avant l'entrée en vigueur de

24. – Comme ils le faisaient pour la promulgation<sup>79</sup>, les juges français vérifient que l'exigence d'une publication est remplie et que celle-ci est régulière. Ainsi, le Conseil d'État a considéré que « les conventions internationales doivent pour être applicables sur le territoire français avoir été régulièrement publiées » et que « la publication d'une convention internationale doit être faite au *Journal officiel* de la République française ou dans un des autres recueils officiels visés par l'article 3 du décret du 14 mars 1953 »<sup>80</sup>. Sans doute s'agit-il d'une procédure simplifiée par rapport à celle de la promulgation qui s'imposait avant 1946, mais le principe reste le même : un traité peut être parfaitement valable et engager la France dans l'ordre international, il ne sera applicable en droit interne que si la condition, constitutionnelle, de la publication est remplie : il demeure indispensable qu'une « mesure » – c'est-à-dire une publication régulière – ait « pour effet *d'introduire* [le traité...] dans l'ordre juridique interne français »<sup>81</sup>.

25. – Davantage même : après une période de flottement<sup>82</sup>, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont considéré – à juste titre<sup>83</sup> – qu'il était de leur devoir de s'assurer de la régularité de la procédure de ratification des traités (ou d'approbation des accords non soumis à ratification). Après avoir refusé d'appliquer un traité faute de ratification émanant d'une autorité incompétente<sup>84</sup>, les deux Hautes Juridictions ont clairement estimé, dans

---

celui-ci afin d'éviter l'introduction dans l'ordre interne de dispositions dépourvues de portée juridique sur le plan international ».

79. V. par exemple : Cass. civ., 28 novembre 1834, *Jauze, Tassin et as.*, S. 1834.1.822 ; 19 mai 1863, *Société anglo-française de Saint-Gaudens*, S. 1863.1.353 ; Chambres réunies, 22 juin 1834, D. 1874.1.322 ; Crim. 22 mars 1923, *Thyssen et as.* et 9 août 1923, *Krupp et as.*, D. 1923.1.121 ; Civ., 2 février 1925, D. 1927.1.12 ou Crim. 28 février 1930, *Administration des finances tunisiennes*, S. 1931.1.193.
80. C.E., 30 octobre 1964, *Société Prozagor et as.*, *Leb.*, p. 496.
81. C.E., Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator, Leb.*, p. 423.
82. Traditionnellement, le Conseil d'État assimilait la ratification d'un traité à un acte de gouvernement échappant à tout contrôle au fond (v. C.E., 5 fév. 1926, *Dame Caraco, Leb.* p. 257 ; 16 novembre 1956, *Villa, Leb.* p. 433 ; 3 mars 1961, *André et Société « Nicolas Caimant »*, *Leb.* p. 154). De même, le juge judiciaire considérait qu'il ne lui « appartient pas (...) d'apprécier la régularité de la ratification d'une convention internationale » (Cass. civ.<sup>1</sup>, 25 janvier 1977, *Reyrol, Bull.* p. 32 ; v. aussi Cass., Ass. plén. civ., 11 mars 1953, *Gambino, D.* 1953.297 ou Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 1995, *Touvier, Bull.* p. 549).
83. Dès lors que l'on admet le bien-fondé des jurisprudences *Société « Cafés Jacques Vabre »* et *Nicolo* (v. *infra*, par. 33), il est légitime que la Cour de Cassation et le Conseil d'État aillent jusqu'au bout de la logique qui les inspire et se fasse juges de la régularité de l'introduction des traités en droit français. Il en résulte un éclatement du contrôle de la constitutionnalité des traités : substantielle et *a priori* par le Conseil constitutionnel, formelle et *a posteriori* par le juge administratif ou judiciaire.
84. C.E., Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, préc. note 81 ; v. aussi Cass., Ass. plén., 11 mars 1953, *Gambino*, préc. note 81 ou Civ.<sup>1</sup>, 16 mai 1961, D. 1961.489.

deux arrêts de principe de 1998<sup>85</sup> et 2001<sup>86</sup>, que, conformément aux articles 53 et 55 de la Constitution, il leur appartient de se prononcer sur la régularité de la ratification (ou de l'approbation) et de la publication d'un traité ou d'un accord. En outre, dans un arrêt de 2003, le Conseil d'État a estimé devoir « s'assurer qu'un traité ou accord a été régulièrement ratifié ou approuvé, non seulement lorsqu'un tel moyen est invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir directement formé à l'encontre du décret de publication qui en a permis l'introduction dans l'ordre juridique interne, mais aussi par voie d'exception, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application de cet engagement international... »<sup>87</sup>. Et le Conseil constitutionnel lui-même n'hésite pas à rappeler que l'introduction de certains engagements internationaux en droit français est subordonnée par l'article 53 de la Constitution à l'intervention d'une loi<sup>88</sup>, dont il peut être conduit à contrôler l'existence<sup>89</sup>. Comme M. Bachelier l'a constaté dans ses conclusions dans l'affaire de la *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, « le régime d'inspiration moniste (...) perd de sa force au profit d'un mécanisme qui caractérise le dualisme »<sup>90</sup>.

26. – L'article 54 de la Constitution de la Cinquième République conduit aux mêmes conclusions. On s'est demandé s'il impliquait une supériorité

85. C.E., Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, *Leb.*, p. 484, concls. Bachelier. V. aussi C.E., 23 février 2000, *Bamba Dieng*, *Leb.* p. 72 et 16 juin 2003, *Cavaciuti*, *Leb. (Tables)*, p. 614 – cet arrêt étend la solution à un traité conclu sous l'empire de la Constitution de 1946). Le Conseil d'État se prononce sur la régularité de la procédure de ratification par le biais de l'acte de publication – seule condition expresse retenue par l'article 55 de la Constitution ; ce faisant, « il vérifie le respect par l'exécutif et seulement par l'exécutif, des dispositions constitutionnelles qui exigent que pour certains traités (...) la ratification soit au préalable autorisée par le Parlement. (...) mais cela ne va pas jusqu'à faire porter un quelconque contrôle sur le point de savoir si les stipulations du traité méconnaissent ou non la Constitution » (B. Genevois, *op. cit.* note 34, p. 65).

86. Cass. Civ.<sup>1</sup>, 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA)*, *Bull.* p. 87.

87. C.E., Ass., 5 mars 2003, *Aggoon*, *Leb.* p. 77, concls. Stahl. En revanche, de manière fort discutable et assez incohérente, le Conseil d'État se refuse à « se prononcer sur le moyen tiré de ce que la loi autorisant [la ratification ou l'approbation d'un engagement international] serait contraire à la constitution » (C.E., 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *Leb.* p. 260 – théorie de la « loi-écran » (cf. C.E., Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, *Leb.* p. 966).

88. Cf. C.C., 19 juin 1970, *Actes de 1970 amendant certaines dispositions budgétaires des traités instituant les Communautés européennes*, *Rec.*, p. 15, pars. 6 et 7.

89. Cf. C.C., 30 décembre 1975, *Loi de finances pour 1976 (accords franco-chiliens)*, *Rec.*, p. 28 ; en l'espèce, le Conseil semble admettre, de manière discutable, une autorisation tacite. Il ne peut le faire que par voie d'exception ; lorsqu'il se prononce au titre de l'article 54, il ne se prononce que sur la « constitutionnalité interne » du traité (cf. R. Abraham, *op. cit.* note 5, p. 48).

90. Conclusions préc. note 85.



du traité sur la Constitution ou de celle-ci sur celui-là<sup>91</sup>. La réponse ne fait aucun doute : cette disposition, « manifestation d'un réflexe nationaliste principalement dirigé contre la Communauté européenne »<sup>92</sup>, vise à préserver l'intégrité de la Constitution contre le risque d'une révision rampante par le biais d'un traité, même si le bouclier n'est pas parfait. On a affirmé que « la notion de traité inconstitutionnel est ... un non sens en elle-même dans un système juridique fondé sur la primauté du droit international... »<sup>93</sup> mais c'est justement parce que, en fait, le système français n'est pas conforme aux enseignements du monisme que l'article 54 paralyse l'entrée en vigueur d'un traité ou d'un accord non soumis à ratification qui comporterait des clauses contraires à la Constitution<sup>94</sup>. En l'adoptant, le Constituant entendait « limiter les conséquences jugées peut-être trop abruptes du système moniste... »<sup>95</sup>.

27. – C'est bien ainsi que l'a compris la Conseil constitutionnel :

– les « normes de référence » par rapport auxquelles il exerce son contrôle de la compatibilité des traités avec la Constitution sont évidemment tirées de la Constitution, qu'il s'agisse des « droits et libertés constitutionnellement garantis » ou des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »<sup>96</sup> ;

- 
91. Selon Nguyen Quoc Dinh, on serait en présence d'une simple règle de procédure, non de fond (*op. cit.* note 68, p. 867) ; dans le même sens : D. Carreau, *op. cit.* note 68, p. 61 ; v. aussi Georges Berlia, « Le juge et la politique étrangère », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, vol. I, p. 147-148 ou Roger Pinto, commentaire de l'article 55 in F. Luchaire et G. Conac, *op. cit.* note 62, p. 1069.
92. François Luchaire, « Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne », *RTDE* 1979, p. 392 ; v. aussi, du même auteur, *Le Conseil constitutionnel*, tome I – *Organisation et attributions*, Economica, Paris, 1997, p. 214-215 ou Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.* note 3, p. 515.
93. Charles Rousseau, « La Constitution de 1958 et les traités internationaux », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Pedone, Paris, 1960, p. 468 ; v. aussi Georges Scelle, « De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités (À propos du Traité sur la 'Communauté européenne de défense') », *RDJ* 1952, p. 1012-1028, not. p. 1013 ou D. Carreau, *op. cit.* note 68, p. 527 ; pour une vue plus nuancée : E. Zoller, *op. cit.* note 42, p. 261-263.
94. Il s'agit à l'évidence d'un « contrôle de non-contrariété » et non d'un « contrôle de conformité » (cf. E. Zoller, *ibid.*, p. 274-277).
95. Noëlle Lenoir, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in *op. cit.* note 13, p. 20 ; dans le même sens : E. Zoller, *op. cit.*, p. 261.
96. Sur ce double contrôle (et plus spécialement sur les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté) v. not. : Jean Combacau, « La souveraineté internationale dans la jurisprudence du Conseil d'État français », *Cahiers Cseil. constl.* 2000, p. 115-118 ; F. Luchaire, *op. cit.* note 92, p. 391-428 ; A. Pellet, « Le Conseil constitutionnel, la souveraineté et les traités – À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 31 décembre 1977 (traité d'Amsterdam) », *Cahiers du Cseil. constl.*, 1998, p. 113-122) et « A French Constitutional Perspective on Treaty Implementation », in Thomas M. Franck ed., *Delegating State Powers : The Effects of Treaty Regimes on Democracy and*

– même si elle est inapplicable, du fait de la nature même des règles en cause, aux traités protecteurs des droits fondamentaux de la personne humaine<sup>97</sup>, le Conseil constitutionnel s'assure (de manière assez souple, il est vrai) du respect de la réserve de réciprocité figurant non à l'article 55 de la Constitution de 1958<sup>98</sup> mais dans le 15<sup>e</sup> alinéa du préambule de 1946<sup>99</sup> ; et

– le Conseil est allé jusqu'à considérer que ce sont des « textes de valeur constitutionnelle » (notamment le préambule de 1946 et l'article 88-1) qui « permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente »<sup>100</sup> et, en particulier, que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle [toujours fondée sur l'article 88-1 de la Constitution] à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en vertu d'une disposition expresse contraire de la Constitution »<sup>101</sup>.

28. – C'est donc de l'article 88-1 que résulte la constitutionnalisation du droit communautaire<sup>102</sup>. Avant son introduction dans la Constitution, en

---

*Sovereignty*, Transnational Publishers, 2000, p. 279-293 et les commentaires des décisions citées ci-dessus, note 26, en particulier, Bruno Genevois, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA* 1999, p. 285-313.

97. Cf. Conseil constitutionnel, décision du 22 janvier 1999, *CPI* : les obligations nées d'engagements destinés à protéger les droits de la personne humaine « s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties ; (...) ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer » (préc. note 26). Cette position met à mal, celle, intenable, qui constitue l'une des « justifications » de la décision *I.V.G.* du 15 janvier 1975 selon laquelle : « la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » (préc. note 70). Pour une critique de cette « justification », v. déjà les conclusions Frydman citées *infra* note 129, sur l'arrêt *Nicolo* ; v. aussi Denis Alland, « Le droit international 'sous' la Constitution de la V<sup>e</sup> République », *RDP* 1998, p. 1664-1665.
98. « [L]a règle de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution, si elle affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois, n'est pas une condition de la conformité des lois à la Constitution » (C.C., 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, *Rec.*, p. 53).
99. V. C.C., décisions préc. note 26 : 9 avril 1992, *Maastricht* ; 2 septembre 1992, *Maastricht II* et 31 décembre 1997, *Amsterdam*.
100. 19 novembre 2004, *Constitution européenne*, *Rec.* p. 173. Sur la résistance du « constitutionnalisme » interne à l'ordre juridique communautaire, v. les remarquables développements de C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *op. cit.* note 53, pp. 118-133.
101. C.C., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.* p. 101 ; v. aussi, 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, *Rec.* p. 107 et 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, *Rec.* p. 126.
102. En ce sens, v. F. Poirat, commentaire de C.C., 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *RGDIP* 2004, p. 1060-1061

1992, le Conseil constitutionnel ne reconnaissait « de caractère spécifique ni à l'organisation ni à l'ordre juridique communautaires »<sup>103</sup>, comme le marque bien sa décision du 30 décembre 1976, dans laquelle il se fonde sur « le préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, [qui] dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit »<sup>104</sup>. En adoptant l'article 88-1, « le constituant a (...) consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »<sup>105</sup>. Ici encore, le Conseil connaît pour seule loi la Constitution, et non les exigences d'un ordre juridique extérieur ; il le rappelle : la place de la Constitution française est « au sommet de l'ordre juridique interne »<sup>106</sup>. Le Conseil d'État ne dit pas autre chose lorsque, dans un *obiter dictum* superfétatoire, il fait valoir que le principe de primauté « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »<sup>107</sup>.

29. – Sans doute, au regard du droit international, est-ce « à la Constitution à s'adapter au traité, non au traité à se conformer à elle »<sup>108</sup> et la France se conforme à cette exigence par le biais de l'article 54 de la Constitution qui n'exclut pas la révision du texte fondamental en vue de permettre la ratification ou l'approbation d'un engagement international comportant une clause contraire à la Constitution. Mais il envisage cette possibilité et ne l'impose pas et, dans les faits, il peut arriver que le Président de la République renonce à ratifier un traité dont le Conseil constitutionnel a constaté l'incompatibilité avec la Constitution<sup>109</sup>.

30. – Il se peut aussi, bien sûr, qu'un traité passe entre les mailles trop larges du filet de l'article 54 et qu'un traité contraire à la Constitution entre formellement en vigueur dans l'ordre juridique français. C'est le cas dans deux hypothèses :

– en premier lieu, conséquence inéluctable du mécanisme actuel de saisine du Conseil constitutionnel, il est tout à fait possible que celui-ci n'ait été saisi ni par le Président de la République, ni par le Premier ministre, ni par le

103. L. Favoreu, *op. cit.* note 42.

104. *Élections au suffrage universel direct des membres de l'Assemblée européenne*, Rec., p. 15. V. aussi la décision *Maastricht I* du 9 avril 1992, préc. note 26, considérant n° 13.

105. Décision préc. du 19 novembre 2004, cons. n° 11.

106. *Ibid.*, cons. n° 10.

107. C.E., 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Leb. p. 624.

108. Ch. Rousseau, *op. cit.* note 93, p. 469.

109. Cf. C.C., 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales*, Rec. p. 71 ; 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, JO 20 oct. 2005, p. 16609.

président de l'un ou l'autre assemblée, ni par soixante députés ou soixante sénateurs ; dans cette hypothèse, il faut considérer que ces traités, au même titre qu'une loi non déferée au Conseil, bénéficient d'une « immunité contentieuse »<sup>110</sup> qui n'implique pour autant aucune supériorité intrinsèque par rapport à la Constitution<sup>111</sup> ;

– en second lieu, il pourrait se produire (et il s'est probablement déjà produit<sup>112</sup>) qu'un amendement à un traité en vigueur ou le droit dérivé d'une organisation internationale, y compris la Communauté européenne, soit contraire à la Constitution ; dans cette hypothèse, le Conseil constitutionnel considère qu'un amendement à un traité d'ores et déjà entré en vigueur dans l'ordre juridique français et adopté conformément aux termes de celui-ci ne peut être contesté au prétexte qu'il serait lui-même contraire à la Constitution<sup>113</sup>.

31. – Indiscutablement, il y a là une sorte de révision constitutionnelle rampante, qui paraît avoir été admise par le Constituant : dans sa rédaction initiale, le projet d'article qui est à l'origine de l'article 54 prévoyait que « [l]orsqu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut résulter que de la révision de la Constitution... »<sup>114</sup>, ce qui excluait l'applicabilité d'un traité contraire à la Constitution ; en revanche, le texte actuel implique que, lorsqu'un traité est ratifié, il est constitutionnellement parfait<sup>115</sup>. Du reste, le Conseil constitutionnel considère que, lorsqu'il est saisi au titre de l'article 54, « d'un traité

110. Expression appliquée par la Commissaire du gouvernement Christine Maugué dans ses conclusions dans l'affaire *Sarran* citées *infra* note 138, aux mesures réglementaires reprenant une disposition constitutionnelle.

111. En ce sens, D. Alland, *op. cit.* note 74, p. 1098.

112. Tel était sans doute le cas du deuxième amendement aux Statuts du F.M.I. en vain soumis à l'examen du Conseil constitutionnel par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité (v. la décision du 29 avril 1978, *Quote-part de la France au F.M.I., Rec.*, p. 23, par. 5).

113. *Ibid.*

114. Texte in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V<sup>e</sup> République, *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. I, *Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, p. 423 (avant-projet de Constitution ; art. 3 du titre relatif aux traités internationaux – vers le 10 juillet 1958) ; v. aussi p. 466 (avant-projet du 19 juillet 1958 – art. 48) ; p. 511 (avant-projet de Constitution des 26/29 juillet 1958 – art. 49) et vol. II, *Le Comité consultatif constitutionnel – De l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Doc. française, Paris, 1988, p. 356 (art. 49) ; sur la discussion de cette disposition (qui avait suscité les foudres de P.H. Teitgen), au sein du Comité consultatif, v. p. 133-135.

115. Selon le texte actuel, ce n'est que *si* le Conseil « a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution » que la révision constitutionnelle s'impose ; « s'il ne déclare rien tout simplement parce qu'il n'a pas été saisi, l'autorisation de ratifier et la ratification elle-même sont donc régulières » (F. Luchaire, *op. cit.* note 92, respectivement p. 418 et p. 241).

qui modifie ou complète un ou plusieurs engagements internationaux déjà introduits dans l'ordre juridique interne, [il lui appartient] de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter »<sup>116</sup>, ce qui en fait un élément de référence aux fins de ce contrôle. À l'appui de cette position, le Conseil invoque le principe *pacta sunt servanda*, introduit dans le droit français par le quatorzième alinéa du préambule de 1946<sup>117</sup> ; ce faisant, il fonde le caractère incontestable des traités en vigueur dans l'ordre interne sur un principe coutumier qu'il reconnaît comme relevant du bloc de constitutionnalité en conséquence du quatorzième alinéa du préambule de 1946<sup>118</sup>.

32. – Plus généralement, il en résulte que le Conseil n'exerce de fait aucun contrôle sur l'incorporation dans le droit français des « mesures d'application »<sup>119</sup> de traités « régulièrement ratifiés et publiés [qui] sont, dès lors, entrés dans le champ d'application de l'article 55 de la Constitution »<sup>120</sup> si, du moins, ils sont entrés en vigueur<sup>121</sup>. Cette position est dans la droite ligne de celle, intenable pour des raisons qui ne relèvent pas de la problématique de la présente contribution<sup>122</sup>, qu'il avait adoptée au sujet de la « loi Weil » sur l'interruption volontaire de grossesse : il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier la conformité de textes internes, quels qu'ils soient, aux traités puisque ceux-ci, contre toute raison, ne sont pas

116. 9 avril 1992, *Maastricht I*, préc. note 26.

117. V. *supra*, par. 12.

118. V. *supra*, par. 13.

119. En revanche, les sections administratives du Conseil d'État peuvent être conduites « à l'occasion de l'examen des projets de loi autorisant la ratification de conventions internationales (...) à faire valoir l'obligation d'introduire dans le droit interne les adaptations nécessaires pour l'application de ces conventions (Conseil d'État, *op. cit.* note 3, p. 29).

120. C.C., 19 juin 1970, préc. note 88, par. 6 ; v. aussi C.C., 30 décembre 1976, préc. note 104 ou 30 décembre 1977, *Dernière loi de finances rectificative pour 1977 (taxes européennes)*, *Rec.*, p. 46.

121. Par sa décision du 3 août 1993 sur la loi relative à la Banque de France, le Conseil a estimé que « le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 n'étant pas entré en vigueur, il n'y a pas lieu de contrôler la constitutionnalité de la loi déferée au regard des dispositions de l'article 88-2 de la Constitution ; que, dès lors, la constitutionnalité de la loi déferée doit être appréciée au seul regard des autres dispositions de la Constitution ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de s'assurer de la conformité de la date d'entrée en vigueur de la loi prévue par son article 35 aux stipulations du Traité ; qu'il n'y a pas lieu non plus d'apprécier la conformité de l'ensemble des dispositions de la loi à l'article 55 de la Constitution » (*Rec.* p. 208). Cette dernière mention pouvait laisser espérer un renversement de la jurisprudence *IVG* – espoir déçu jusqu'à présent (cf. C.C., 5 mai 1998, préc. note 26).

122. V. A. Pellet, commentaire de C.C., 15 janvier 1975, *G.P.* 14-15 janv. 1976, p. 9, ou R. Abraham, *op. cit.* note 5, p. 112-113. V. aussi la position, nettement moins critique, de B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel – Principes directeurs*, STH, Paris, 1988, p. 372-374.

intégrés dans le « bloc de constitutionnalité »<sup>123</sup>. Mais il ne résulte évidemment pas de cette curieuse construction que les traités ou le droit qui en dérive aient une valeur supérieure à celle de la Constitution ni qu'ils puissent la modifier même si, les normes conventionnelles et même, comme l'a relevé Michel Troper, « [l]es normes du droit communautaire dérivé, sont (...) mieux protégées que la Constitution elle-même »<sup>124</sup> ; ceci, au contraire met bien en évidence le fait que c'est de celle-ci que les traités tiennent leur valeur juridique dans l'ordre interne<sup>125</sup>.

33. – Prenant acte du refus du Conseil constitutionnel de s'acquitter en la matière de sa mission de garant du respect de la Constitution en faisant respecter la hiérarchie des sources constitutionnellement prévue, les juges administratifs et judiciaires, au mépris de l'interdiction faite aux tribunaux de « prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, [et d']empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif à peine de forfaiture »<sup>126</sup>, se sont, par des décisions céléberrimes, reconnus compétents pour apprécier la compatibilité des lois par rapport aux traités et écarter, par la voie de l'exception d'illégalité, l'application de celles qui ne le seraient pas. Mais, dans les deux cas, les juges ont pris grand soin de se référer non pas au principe de la « supériorité du droit international » – qui eût, cependant, conduit à ce résultat – mais à l'article 55 de la Constitution :

123. Il ne paraît pas exact que leur intégration à ce « bloc » reviendrait à « distinguer une espèce de noyau dur de normes constitutionnelles supérieures et un noyau plus tendre de normes constitutionnelles inférieures » (J.C. Colliard, Intervention *in op. cit.* note 13, p. 79) : il ne s'agit que de faire respecter l'article 55 de la Constitution selon un raisonnement comparable à celui qui conduit le Conseil constitutionnel à assurer le respect des lois organiques par les lois ordinaires. Par sa décision du 20 mai 1998, le Conseil s'est assuré de la conformité de la loi organique relative au droit de vote des étrangers aux élections municipales par rapport à la directive communautaire pertinente en considérant que ce contrôle résultait « de la volonté même du constituant », exprimée par l'article 88-3 de la Constitution (*Rec.* p. 252) ; ceci laisse ouverte la question du contrôle de la conformité des traités aux lois organiques (v. l'argumentation, convaincante, en faveur du contrôle, de F. Luchaire, *op. cit.* note 92, respectivement p. 411-412 et p. 238-239).

124. *Op. cit.* note 1, p. 97.

125. Comme on l'a écrit, le mécanisme de l'article 54 « est bien la marque de la supériorité de la Constitution sur les engagements internationaux dans la hiérarchie des normes en droit interne » (R. Abraham, *op. cit.* note 5, p. 34 – italiques dans le texte ; v. aussi p. 36).

126. Loi des 16-24 août 1790, article 13. Cf. les célèbres conclusions Matter de 1931 : « Vous ne connaissez ou ne pouvez connaître d'autre volonté que celle de la loi. C'est le principe même sur lequel reposent nos institutions judiciaires » (Cass. civ., 22 décembre 1931, *Sanchez*, *JDI* 1932, p. 687, concl. Matter) ; v. aussi, T.G.I. Seine, 7 mai 1952 : « si la loi est contraire au traité, il n'appartient pas au juge d'en refuser l'application » (*GP* 1951.II.48 et Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.* note 68, p. 865) ou C.E., 1<sup>er</sup> mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France, Leb.*, p. 149).

– la Cour de Cassation a, d'emblée, considéré « que le traité [de Rome] du 25 mars 1957, qui, *en vertu de l'article (55) de la Constitution*, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions »<sup>127</sup> ; la solution est d'autant plus significative que, dans ses conclusions, le Procureur général Touffait avait proposé à la Chambre mixte de se fonder sur la primauté du droit communautaire à l'exclusion de l'article 55<sup>128</sup> ;

– pour sa part, dans son arrêt *Nicolo*, le Conseil d'État s'est d'abord borné à viser « la Constitution, notamment son article 55 »<sup>129</sup> – « disposition conventionnelle providentielle » dans laquelle le commissaire du gouvernement Frydman voyait « une habilitation donnée implicitement aux juges »<sup>130</sup>, avant d'avoir expressément « égard *aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes telles qu'elles découlent des dispositions de l'article 55 de la Constitution* qui posent le principe de la supériorité des traités sur la loi » pour écarter le texte législatif invoqué par un requérant « dans la mesure où il serait incompatible avec un traité introduit dans l'ordre juridique interne »<sup>131</sup> ; et

127. Cass., Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, Bull. p. 6.

128. Par deux arrêts de 1954 et 1955, la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'était déjà fondée sur les articles 26 et 28 de la Constitution de 1946 pour faire prévaloir une convention (de 1929) sur un article du Code de justice militaire, modifié en 1942 (29 juin 1954, Bull. p. 407 et 2 février 1954, Bull. p. 136 – cf. Ange Blondeau, « L'application du droit conventionnel par les juridictions françaises de l'ordre judiciaire », *in op. cit.* note 6, p. 60-61). À l'inverse, dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo* (v. note 129, *infra*), le commissaire du gouvernement Frydman relevait que la limitation du revirement de jurisprudence proposé au seul droit communautaire n'aurait « aucun fondement juridique » en dehors de l'article 55.

129. C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Leb., p. 748, concl. Frydman ; v. aussi C.E., Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Leb., p. 369, concl. Stirn.

130. Conclusions préc., *RFDA* 1989, p. 817. Comme le relève D. de Béchillon, « [i]l n'y a de contrôle de la Loi *que* parce que l'article 55 le commande » (*op. cit.* note 31, p. 440 – italiques dans le texte).

131. C.E., 20 déc. 2000, *Géniteau*, Leb. p. 463. Il n'est pas sans intérêt que cette jurisprudence trouve son origine dans le contrôle de la compatibilité de la loi non pas à un traité mais à des règlements communautaires (v. aussi, par exemple, C.E., 24 septembre 1990, *Boisdet*, Leb., p. 251 ou Ass., 28 février 1992, *S.A. Rothmans et Philip Morris*, Leb. p. 78, concls. Laroque) ; comme l'explique un commentateur particulièrement autorisé de l'arrêt *Nicolo*, « laisser le droit dérivé hors de l'habilitation de l'article 55 reviendrait à faire sortir de cette habilitation la majeure partie du traité lui-même, car le droit dérivé tient son autorité vis-à-vis des droits nationaux des diverses dispositions du traité... » (Y. Galmot, *CJEG*, mars 1990, p. 73 ; dans le même sens, v. les conclusions Laroque préc. sur l'arrêt de 1992). Dans son principe, l'extension de ce raisonnement au « droit dérivé » des Nations Unies ne soulève pas d'objection dirimante – sinon en ce qui concerne sa publication et, le cas échéant, le caractère *non self-executing* des dispositions pertinentes – malgré les commentaires très critiques dont ont fait l'objet les arrêts de la

– le Conseil constitutionnel lui-même, en sa qualité de juge électoral, a considéré que les dispositions de la loi du 11 juillet 1986 concernant le mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale ne sont pas incompatibles avec l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 de la C.E.D.H. en se fondant sur l'article 55 de la Constitution, expressément visé par la décision<sup>132</sup>.

34. – Il va de soi que, contrairement à ce qu'écrivait Niboyet aux lendemains de l'adoption de la Constitution de 1946, il n'y a là nulle trace d'une prétendue « consécration indiscutable de la primauté de l'ordre international »<sup>133</sup>, mais, seulement, de celle du traité sur la loi dans l'ordre juridique français. Du reste, que les traités aient valeur de loi ou supra-législative n'est pas le problème<sup>134</sup> : cette valeur, ils la tiennent *de la Constitution*, pas du droit international, ce qu'illustre parfaitement l'article 53-1 de la Constitution de 1958 issu de la révision de 1993 par laquelle « on s'assure (...) que l'activité diplomatique ne puisse permettre de contourner une exigence constitutionnelle »<sup>135</sup>.

---

première chambre civile de la Cour de cassation du 15 juillet 1999, *Société Dumez* (Bull. p. 155) et de la Cour d'appel de Paris du 20 février 2002, *Société Dumez* (Bull. p. 155) ; le Conseil d'État demeure en retrait et s'en tient à sa position traditionnelle selon laquelle les décrets d'application des résolutions obligatoires du Conseil de sécurité constituent des actes de gouvernement lorsqu'elles ne sont pas « détachables de la conduite des relations internationales de la France » – mais cette notion est fluctuante (C.E., 29 décembre 1997, *Société Héli-Union*, *Leb.* p. 501 ou 3 novembre 2004, *Association de secours mondial de France*, *Leb. (tables)*, p. 548– v. Ronny Abraham, « L'applicabilité du droit de la Charte dans les ordres juridiques internes : Le cas français », in J.P. Cot, A. Pellet et M. Forteau, dirs., *La Charte des Nations Unies – commentaire article par article*, Économica, Paris, 2005, p. 69-81).

132. C.C., 21 octobre 1988, *Élections du Val-d'Oise*, *Rec.*, p. 183.

133. J.-P. Niboyet, « La Constitution nouvelle et certaines dispositions de Droit international », *D.* 1946, chron., p. 90 – italiques ajoutées. Du reste, un peu plus loin, l'éminent auteur affirme : « Le conflit de la loi et du traité ne peut se régler par l'application des règles classiques du conflit de lois dans le temps, puisque *l'un des deux ordres ne saurait relever de l'autre* » (*ibid.* ; italiques ajoutées). Le titre même de cet article témoigne d'une fâcheuse confusion.

134. Il a cependant été soutenu en doctrine que l'arrêt d'assemblée du 28 juin 2002, *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie c. Société Schneider Electric*, *Leb.* 233, traduit les réticences du Conseil d'État en ce qui concerne la suprématie des conventions fiscales bilatérales (cf. D. Bailleul, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence Nicolo ? », *RFDA* 2003, p. 876-889 ; L. Levoyer, « Juge administratif, hiérarchie des normes et droit fiscal », *AJDA* 2003, p. 1250-1256 ; P. Dibout, « Inapplicabilité de l'article 209 B du CGI à la convention fiscale franco-suisse du 9 septembre 1966 », *Droit Fiscal* 2002, p. 1133-1141 ; *AFDI* 2003, p. 705-708, chron. N. Maziau, dir.) ; en réalité, il semble en faire une exacte application.

135. D. Alland, *op. cit.* note 74, p. 1096. L'article 53-1 dispose : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales,



35. – Quelle que soit leur place dans la hiérarchie des normes juridiques nationales, les traités sont, toujours et partout, subordonnés au respect de la Constitution. Comme le Conseil d'État l'a expressément constaté dans l'arrêt *Sarran*<sup>136</sup>, dans une formulation reprise par la Cour de cassation<sup>137</sup>, « la suprématie (...) conférée aux engagements internationaux [par l'article 55] ne s'applique pas, *dans l'ordre interne*, aux dispositions de nature constitutionnelle »<sup>138</sup> et comme le Conseil constitutionnel lui-même peut sembler l'avoir admis dans sa décision du 13 août 1993 relative à la *maîtrise de l'immigration*<sup>139</sup>. Et, à vrai dire, il en va également ainsi dans les pays réputés super monistes, dans lesquels, comme aux Pays-Bas<sup>140</sup>, la Constitution peut, dit on, être modifiée par un traité : ce n'est possible que parce que ces constitutions le prévoient et aux conditions prévues par elles.

### III. – L'IMPOSSIBILITÉ DU MONISME

36. – L'expression « dans l'ordre interne » que le Conseil d'État a pris soin de faire figurer dans l'arrêt *Sarran* est significative : dans *cet* ordre, la Constitution prévaut sur le traité ; dans l'ordre international, c'est le contraire qui est vrai et « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »<sup>141</sup>. C'est que, « [a]u regard du

---

des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif. »

136. Et implicitement dans l'arrêt *Koné* (C.E., Ass., 3 juillet 1996, *Leb.* p. 355), qui annonce cette solution.

137. Ass. plénière, 2 juin 2000, *Fraisse*, *Bull.* p. 813.

138. C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, *Levacher et as.*, *Leb.* p. 368. Sur l'importance et la signification de la formule en italiques, v. Denis Simon, commentaire *in Europe*, mars 1999, p. 4 ; D. Alland, « Le juge français et le droit d'origine internationale », in *op. cit.*, note 13, p. 50 ou B. Genevois, *op. cit.* note 34, p. 66.

139. *Rec.* p. 224. Cette interprétation est vivement défendue par D. Alland (*RGDIP* 1994, p. 228-232 et « Le juge français... », *op. cit.*, note 138, p. 49) mais n'est pas évidente : on peut considérer que le Conseil se borne à estimer que les conventions pertinentes doivent être *interprétées* à la lumière des dispositions du préambule de 1946.

140. En vertu de l'article 91, paragraphe 3, de la Constitution du 17 février 1983, révisée en 2002 : « Lorsqu'un traité comporte des dispositions qui dérogent à la Constitution ou contraignent à y déroger, les Chambres ne peuvent donner leur approbation qu'aux deux tiers au moins des voix exprimées. » V. aussi l'article 50, par. 3, de la Constitution autrichienne.

141. C.P.J.I., avis consultatif du 4 février 1932, *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzig*, série A/B, n° 44, p. 24-25 ; v. aussi l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme

droit international et de la Cour [internationale de Justice] qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »<sup>142</sup>. Il n'est, dès lors, pas tout à fait exact, de parler de « primauté » ou de « supériorité » du droit international ; c'est d'indifférence qu'il s'agit : dans la perspective du droit international, le droit national, les droits nationaux, ne sont, tout simplement, pas du droit<sup>143</sup>.

37. – Cette indifférence est purement « juridique » et ne signifie nullement que le droit international ne « tient pas compte » des règles du droit interne. Il peut en tenir compte, mais comme de « simples faits ». Ainsi :

- il peut renvoyer à des règles de droit interne, qu'il s'approprie<sup>144</sup> ;
- il s'en remet à lui quant à l'existence de la personnalité juridique des personnes morales de droit interne<sup>145</sup> ;
- il s'interroge sur les éventuels effets internationaux des actes juridiques nationaux<sup>146</sup> ;

---

justifiant la non-exécution d'un traité » et l'article 3 du projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite annexé à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001 : « La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne. »

142. C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19. V. aussi, par exemple, les arrêts du 17 août 1923, *Vapeur « Wimbledon »*, série A, n° 1, p. 29-30 ; 7 septembre 1927, *Lotus*, série A, n° 10, p. 24 ; l'ordonnance du 6 décembre 1930, *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, série A, n° 24, p. 12 et, dans la même affaire, l'arrêt du 7 juin 1932, série A/B, n° 46, p. 167 ; C.I.J., arrêts du 18 décembre 1951, *Pêcheries norvégiennes*, *Recueil* 1951, p. 132 ; du 6 avril 1953, *Nottebohm (exceptions préliminaires)*, *Recueil* 1953, p. 123 ; du 28 novembre 1958, *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, *Recueil* 1958, p. 67 ; avis consultatif du 26 avril 1988, *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, *Recueil* 1988, p. 34-35, par. 57.
143. Et il en va de même du droit communautaire, même si la C.J.C.E. l'exprime autrement dans la fameuse trilogie jurisprudentielle constituée par les arrêts *Costa c. ENEL* (15 juillet 1964, aff. 6/64, *Rec. p.* 1141), *Internationale Handelsgesellschaft* (17 décembre 1970, aff. 11/70, *Rec. p.* 1125) et *Simmenthal* (9 mars 1978, aff. 106/77, *Rec. p.* 629).
144. Les modalités de ratification des traités relèvent ainsi, en vertu du droit international, de la seule compétence des États, qui les organisent comme ils l'entendent. Autre exemple frappant : le principe de l'*uti possidetis juris* en vertu duquel les frontières des États issus de la décolonisation sont celles des entités administratives de l'ancien empire colonial (cf. C.I.J., Chambre, arrêt du 22 décembre 1986, *Différend frontalier*, *Recueil* 1986, p. 568, par. 30).
145. V. C.I.J., arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Cy. (2<sup>e</sup> phase)*, *Recueil* 1970, p. 33.
146. Cf. C.I.J. arrêt du 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Recueil* 1955, p. 20-26.

– l'application même du droit interne peut être de nature à engager la responsabilité de l'État<sup>147</sup> ; et

– l'une de ses sources, les « principes généraux de droit » mentionnés à l'article 38, paragraphe 1.c), du Statut de la Cour internationale de Justice, résulte même d'une opération intellectuelle complexe fondée sur une comparaison des règles appliquées dans les grands systèmes juridiques du monde<sup>148</sup>.

Mais, dans tous ces cas, « le droit international se borne à reconnaître l'existence du droit interne... »<sup>149</sup> ; il ne l'« applique » pas.

38. – Et l'inverse est tout aussi vrai : le droit interne peut, plus ou moins intensément, « tenir compte » du droit international<sup>150</sup> – et le droit français en tient sans doute plus compte que beaucoup d'autres – mais seulement dans la mesure où il y renvoie et organise la réception de ses normes et les conditions de leur mise en œuvre. Il existe des « contacts », fort diversifiés, entre les deux ordres juridiques ; mais ces contacts sont gérés et organisés par chacun d'eux de façon autonome sans que l'un soit, de quelque façon, « supérieur » à l'autre. Tout est affaire de perspective : dans celle du droit international, seules les règles internationales s'appliquent ; dans l'ordre juridique national, il n'y a de normes qu'internes ; aussi longtemps que les règles internationales n'y sont pas intégrées d'une manière ou d'une autre, elles y demeurent de « simples faits ».

39. – Comme l'écrit Ronny Abraham : « dans l'ordre-interne, *tout procède de la Constitution*. Toutes les autorités publiques – qu'elles soient législatives, administratives ou juridictionnelles – tiennent leurs compétences et leur existence même, directement ou indirectement, de la Constitution. Toutes les règles juridiques applicables sur le territoire de l'État procèdent de la Constitution, soit qu'elles figurent explicitement ou implicitement dans celle-ci, soit qu'elles soient contenues dans des actes édictés suivant les

147. Cf. C.P.J.I., arrêt préc. note 142 du 25 mai 1926 : « La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne » (p. 19) ; v. aussi, par exemples, les arrêts du 26 mars 1925 (affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem* (C.P.J.I., série A, n° 5, p. 29) ou du 28 février 1939 (*Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B, n° 76, p. 18) et C.I.J., arrêts du 20 juillet 1989, *Elletronica Sicula*, *Recueil* 1989 p. 51, par. 73, et p. 74, par. 124, ou du 14 février 2002, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, *Recueil* 2002, p. 27-30, pars. 67-71).

148. V. P. Daillier et A. Pellet, *op. cit.* note 11, p. 351-352.

149. Michel Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre le droit international et les droits internes », in *Mélanges offerts à H. Rolin – Problèmes de droit des gens*, Pedone, Paris, 1964, reproduit in *Le droit international en devenir – Essais écrits au fil des ans*, PUF, Paris, 1990, p. 109 ; v. aussi C. Santulli, *op. cit.* note 4, p. 261-262.

150. Pour un exemple, un peu embarrassé, de prise en compte d'un fait international « brut » (l'indépendance du Cameroun), v. C.E., 3 novembre 1961, *M'Boumya*, *Leb.* p. 612, concl. Ordonneau.

procédures et conformément aux règles de compétence prévues par la Constitution : conventions internationales, lois et règlements. La suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne est donc (aussi longtemps que la société internationale sera fondée sur le fait politique de la souveraineté des États) une vérité première et incontournable<sup>151</sup>. »

40. – C'est dans la Constitution que les traités trouvent (ou ne trouvent pas – selon les pays) le fondement de leur applicabilité dans l'ordre juridique interne ; s'ils s'y appliquent, c'est elle qui définit le rang hiérarchique des normes conventionnelles par rapport aux autres normes de droit interne et la même chose est vraie s'agissant des normes coutumières. Dès lors, « ce à quoi les juridictions françaises donnent effet, ce ne sont pas des règles internationales mais les prescriptions formelles étatiques résultant exclusivement du droit français, concernant le traitement des prescriptions substantielles internationales »<sup>152</sup> et, contrairement à ce qu'implique la thèse du dédoublement fonctionnel de Georges Scelle, ce faisant, ils n'agissent nullement en tant qu'organes du droit international mais bien au titre de l'ordre juridique national et seulement à ce titre<sup>153</sup>.

41. – Il ne fait aucun doute que l' « harmonieuse unité du droit »<sup>154</sup> s'en trouve compromise : la conséquence inéluctable de cette situation est qu'un traité peut parfaitement être valide, applicable et obligatoire dans l'ordre international sans l'être en France. Une norme coutumière peut s'imposer à la République et être contredite par une loi. Le juge français, dans ces hypothèses, fera imperturbablement prévaloir la norme supérieure d'origine interne sur celle d'origine internationale (mais incorporée dans le droit interne conformément à la Constitution<sup>155</sup>). Il en va de même lorsque le juge national décide qu'un traité n'est pas *self executing* (c'est-à-dire non directement applicable) en droit français<sup>156</sup> : qu'il le soit ou non, il oblige la France

151. *Op. cit.* note 5, p. 35-36 ; v. aussi les conclusions Bachelier, préc. note 13, *RGDIP* 1997, p. 859, l'intervention de G. Bachelier *in op. cit.* note 13, p. 71 ou D. de Béchillon, *op. cit.* note 31, p. 442.

152. Jean Combacau, « Conclusions » *in op. cit.* note 13, p. 89.

153. V. aussi *ibid.*, p. 92.

154. Hans Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI* 1926-IV, vol. 14, p. 280.

155. De ce fait, comme l'a remarqué R. Abraham (*op. cit.* note 13, p. 71), on peut aussi bien inverser la formule et parler de « droit international d'origine interne ».

156. Cf. Cass. civ.<sup>3</sup>, 6 avril 1976, *Agent judiciaire du Trésor c. Fauran*, *Bull.* p. 105 ; C.E., 12 oct. 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et de produits artisanaux*, *Leb.*, p. 374 ; C.E., Ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez*, *Leb.*, p. 148 ; C.E., Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et autres*, *Leb.*, p. 294 ; Cass. civ.<sup>1</sup>, 10 mars 1993, *Le Jeune*, *Bull.* p. 69 ; C.E., Sect., 23 avril 1997, *GISTI*, *Leb.* p. 142, concl. Abraham ; – v. le point très complet sur la question par Denis Alland, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : Des habits neufs pour une vieille dame ? », *RGDIP* 1998, p. 203-244.

dans ses rapports internationaux<sup>157</sup>, alors qu'il ne produit aucun effet dans l'ordre juridique interne – démenti éclatant à l'illusion moniste.

42. – Sans doute ne faut-il pas confondre hiérarchie des normes et compétence du juge pour la faire respecter<sup>158</sup> ; mais, lorsque *aucun* juge n'a compétence à cette fin, ni *ne peut l'avoir*<sup>159</sup>, les deux questions se confondent. Or, s'il est toujours possible de modifier une constitution pour organiser ou faciliter la réception des normes internationales dans l'ordre interne, y renforcer leur rang hiérarchique et leur mise en œuvre juridictionnelle, elles demeureront toujours subordonnées aux normes constitutionnelles adoptées ; pour que l'on puisse parler de système véritablement moniste, il faudrait que le droit international fasse partie du droit interne « dès son entrée en vigueur dans l'ordre juridique international »<sup>160</sup> ; en France comme partout ailleurs, on est, évidemment, loin du compte. Ce n'est pas le dualisme mais bien le monisme qui « se heurte à cette quadrature du cercle qui s'appelle la pluralité des souverainetés » et qui conduit à une « absurdité »<sup>161</sup> : parce que la société internationale est faite, d'abord, même si pas exclusivement, d'entités également souveraines, chacune secrète son droit propre sans égard pour une toujours hypothétique « constitution internationale », au sens, du moins, où Georges Scelle l'entendait<sup>162</sup>.

43. – « [T]oute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une constitution ou l'un de ses organes de placer le droit international au-dessus d'elle-même<sup>163</sup>. » Une disposition constitutionnelle qui prévoirait : « Les normes internationales, quelle que soit leur nature, en vigueur à l'égard de l'État en vertu du droit international, ont, sans formalité spéciale, une autorité supérieure à celle des normes internes, y compris à la présente Constitution » continuerait, par la nature des choses, à relever du

157. Cf. C.P.J.I., avis consultatif du 21 février 1925, *Échange des populations turques et grecques*, qui se fonde sur le « principe allant de soi, d'après lequel un État qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris » (série B, n° 10, p. 20).

158. V. R. Abraham, *op. cit.* note 5, p. 111 ou *op. cit.* note 13, p. 72.

159. À cet égard, on ne saurait confondre le problème en examen à celui de l'absence de juge de droit commun dans l'ordre international : la « chance » de voir une norme coutumière ou conventionnelle appliquée y est limitée mais il n'y a là aucune impossibilité logique ou juridique.

160. C. Santulli, *op. cit.* note 4, p. 89.

161. G. Scelle, *op. cit.* note 93, p. 1015.

162. Cette constatation n'exclut pas l'existence, dans la société internationale, de règles matériellement, voire formellement, « constitutionnelles » – mais celles-ci s'appliquent dans l'ordre juridique international et n'ont pas valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique national. Sur la problématique de la « Constitution mondiale », v. les actes du colloque du CEDIN, *La Charte des Nations Unies, « Constitution mondiale » ?*, Pedone, Paris, 2006, 226 p.

163. D. Alland, *op. cit.* note 74, p. 1101.

dualisme<sup>164</sup>. Le « triomphe » du droit international serait encore « contingent » : il résulterait « d'une décision librement prise par l'État et librement révocable, et non pas d'une exigence extrinsèque au système juridique étatique »<sup>165</sup> :

– les normes d'origine internationale ne seraient applicables en droit interne que du fait de cette disposition constitutionnelle et seulement pour autant qu'elle demeurerait en vigueur ;

– c'est elle qui assignerait leur place aux normes internationales dans la hiérarchie des règles internes ; et

– les juges nationaux continueraient à ne tirer leur compétence pour appliquer les normes en question que de la Constitution.

44. – Contrairement à ce que le « bon sens », peut-être, pourrait donner à penser, il n'existe pas, « en réalité, entre le monisme pur et le dualisme parfait (...) une gamme de solutions qui combinent dans des proportions variables des éléments empruntés aux deux systèmes »<sup>166</sup>. Le monisme « n'est pas susceptible de degrés »<sup>167</sup> ; il relève tout simplement d'une impossibilité logique. Construction doctrinale idéale, il peut « inspirer » certains constituants ; il ne peut jamais et nulle part s'imposer dans la pratique des États. Le monisme peut être une aspiration légitime ; la dure réalité de l'interétatisme « souverainiste »<sup>168</sup> renvoie inéluctablement au dualisme et le juge français garde, comme jadis, « le sentiment très aigu de dépendre exclusivement de son statut constitutionnel national »<sup>169</sup>, alors que le juge international, directement investi par le droit des gens, est, légitimement, indifférent aux impératifs du droit interne. « Il faut alors bien conclure que la Constitution de la V<sup>e</sup> République n'est pas moniste<sup>170</sup>. »

45. – Ceci ne revient certainement pas à dire que l'« inspiration » constitutionnelle moniste ne présente pas des avantages par rapport au dualisme constitutionnel rigide.

164. Ceci est vrai *a fortiori* du deuxième alinéa de l'article VI de la Constitution des États-Unis (*supremacy clause*) selon laquelle « La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui seront faites en conséquence et tous les traités faits sous l'autorité des États-Unis constitueront la loi suprême du pays et seront obligatoires pour tous les juges dans chaque État, et ce nonobstant des dispositions contraires insérées dans la Constitution ou dans les lois de l'un quelconque des États » ; il ne s'agit que d'affirmer la prééminence du droit fédéral (y compris des traités conclus par le pouvoir central, placés sur un pied d'égalité – et non de supériorité – avec la loi) sur celui des États.

165. Jean Combacau, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1996, *Le système juridique*, p. 94.

166. R. Abraham, *op. cit.* note 5, p. 196.

167. D. Alland, *op. cit.* note 74, p. 1104.

168. Que l'idéalisme scellien et l'abstraction kelsénienne (cf. *op. cit.* note 154, p. 280-284) s'accordent (un peu facilement) à nier.

169. P. Reuter, *op. cit.* note 6, p. 23.

170. D. Alland, *op. cit.* note 97, p. 1670.

46. – Le « dualisme tempéré »<sup>171</sup> à la française a, en pratique, de grands mérites. Et d'abord en ce qu'il facilite l'application des normes d'origine internationale sans que les juges dépendent, pour leur mise en œuvre, de la bonne volonté ou de la vigilance de l'exécutif. De ce fait, il assure (ou devrait assurer<sup>172</sup>) une exécution plus complète des obligations de la France en vertu du droit international et lui éviter d'engager sa responsabilité internationale du fait d'une impossibilité interne de les respecter<sup>173</sup>. En outre, il garantit (ou devrait garantir) aux ressortissants étrangers un meilleur respect des droits qu'ils tiennent des traités ou d'autres sources du droit international.

47. – L'avantage comparatif du prétendu « monisme » par rapport au « dualisme » constitutionnel est d'autant plus appréciable que l'on assiste à une internationalisation croissante des rapports sociaux et du droit qui les encadre, qui se traduit par une densité de plus en plus grande de décisions juridictionnelles faisant place aux normes d'origine internationale et, par la même occasion, clarifiant leurs rapports<sup>174</sup>. L'inspiration moniste de la Constitution française (et d'autres) facilite la « banalisation »<sup>175</sup> de leur mise en œuvre et « l'efficacité interne du droit international opposable à la France »<sup>176</sup>. Par là même elle limite les risques d'une impossibilité juridique pour la France de respecter les règles du droit international alors que l'exigence d'une transcription spéciale du droit conventionnel dans un texte législatif « constitue un obstacle de taille à l'application du droit international »<sup>177</sup>. En revanche, comme l'a relevé Roger Pinto, « [l]a situation élégante où la France se trouve de faire appliquer immédiatement les traités internationaux sans les incorporer dans un texte interne, présente certains inconvénients »<sup>178</sup> qui tiennent notamment à la moindre diffusion des traités que des lois et à l'obligation dans laquelle se trouvent les juges français d'opérer eux-mêmes la conciliation du droit antérieur avec les normes conventionnelles nouvelles.

48. – Selon Kelsen, « [p]our l'homme primitif, le monde du droit et de l'État finit aux confins de sa propre patrie<sup>179</sup>. » Dans l'état actuel des relations internationales, toujours dominées par l'idée de souveraineté, les États sont des « hommes primitifs » ; la France n'échappe pas à cette condition.

171. C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *op. cit.* note 53, p. 102.

172. La France n'est pas, à en juger par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme, particulièrement respectueuse des règles de la Convention de Rome de 1950...

173. V. *supra*, par. 43 et note 141.

174. V. D. Alland, « Le juge français... », *op. cit.*, note 138, p. 48 ou J. Combacau, *op. cit.* note 152, p. 85-86.

175. J. Combacau, *ibid.*, p. 86.

176. *Id.*, p. 92. V. aussi les développements consacrés à l'« originalité du système français », in Conseil d'État, *op. cit.* note 3, p. 33-35.

177. C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, *op. cit.* note 53, p. 106.

178. Commentaire préc., note 91, de l'article 55, p. 1072.

179. *Op. cit.* note 154, p. 278.