



HAL
open science

Nationalisation' du droit international et particularismes constitutionnels français

Alina Miron, Alain Pellet

► **To cite this version:**

Alina Miron, Alain Pellet. Nationalisation' du droit international et particularismes constitutionnels français. D'Argent, Pierre and Bonafè, Beatrice I. and Combacau, Jean and Verhoeven, Joe. Les limites du droit international: essais en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, pp.325-347, 2015, 978-2-8027-4291-3. hal-01783249

HAL Id: hal-01783249

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01783249v1>

Submitted on 28 Aug 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les limites du droit international
Essais en l'honneur de Joe Verhoeven

The limits of international law
Essays in honour of Joe Verhoeven

Sous la coordination de
Pierre d'Argent, Béatrice Bonafé et Jean Combacau

A handwritten signature in blue ink, consisting of a long horizontal line on the left, followed by a series of loops and a final vertical stroke on the right.

bruylant

**« NATIONALISATION » DU DROIT INTERNATIONAL
ET PARTICULARISMES CONSTITUTIONNELS FRANÇAIS**

Alina MIRON

*Doctorante à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Membre du Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)*

et

Alain PELLET

*Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Ancien Directeur du Centre de Droit international de Nanterre (CEDIN)
Membre de l'Institut de droit international*

1. Il est des sujets inépuisables et celui des relations entre les ordres juridiques en fait indéniablement partie. Les controverses doctrinales sont régulièrement nourries et encouragées par la jurisprudence qui alterne touches de continuité et éléments de rupture. Il y a aussi des études qui éclaireront durablement la matière, du moins certains de ses aspects. Celle sur l'applicabilité directe du droit international, publiée par le dédicataire de ces lignes il y a trente-cinq ans, à la *Revue belge de droit international* (1), se range assurément au rang de celles-ci. Par la clarté, l'objectivité analytique et l'esprit de synthèse qui la caractérisent, elle fournit des repères durables.

2. Une étude cursive de la jurisprudence récente des juridictions françaises relative au droit international, à la lumière de cet article séminal de Joe Verhoeven confirme nombre de ses constats. Et, si elle en infirme d'autres, c'est précisément sur les points où la pratique judiciaire se départit des solutions qu'il avait dégagées qu'elle prête le plus le flanc à la critique.

3. L'article de 1980 annonçait déjà l'appétence de son auteur pour « les considérations sur ce qui est commun » (2), dans un domaine où pourtant le relatif est le maître-mot, tant les rapports de systèmes sont imprégnés par les particularismes de l'ordre juridique d'accueil. Au nombre des « banalités partagées » (3) qui illustrent les particularismes nationaux, Joe Verhoeven en avait lucidement identifié deux :

(1) J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Revue belge de droit international*, 1980-2, pp. 243-264.

(2) J. VERHOEVEN, « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *R. C.A.D.I.*, vol. 334, 2008, pp. 9-434.

(3) « Pourquoi des considérations sur ce qui est “commun” ? Le qualificatif peut paraître

- les conditions d'introduction du droit international dans les ordres internes reflètent avant tout les particularités de l'organisation interne des pouvoirs au sein de l'État. C'est à la lumière de cette vérité, aussi banale qu'occultée par les analyses techniques, qu'il convient d'appréhender les conditions d'incorporation du droit international dans les ordres internes :

« Il sied [...] de rappeler qu'avant toutes constructions théoriques sur les rapports entre le droit international et les droits internes, ces mécanismes d'introduction reflètent des préoccupations domestiques assez élémentaires liées à une distribution interne des pouvoirs. Dans des systèmes, historiquement généralisés, où la conduite des relations internationales est l'apanage du chef de l'État alors que le pouvoir de faire le droit relève normalement d'un pouvoir législatif qui en est distinct, même s'il y est associé, il se comprend aisément en effet que l'on ait eu souci de contrôler des comportements internationaux lorsque des effets de droit devaient en être tirés dans des relations internes qui leur sont normalement étrangères » (4).

- la seconde de ces banalités porte sur la « nationalisation » de l'effet direct, selon laquelle cette question serait exclusivement régie par le droit interne, car « l'exécution interne du droit international tombe dans le domaine réservé des États » (5) – ou plutôt sur les limites de ce principe. Exemples jurisprudentiels à l'appui, Joe Verhoeven nuancait ce constat et se montrait fort critique à l'égard des doctrines qui sacralisaient ce point de vue, en faisant de l'applicabilité directe une question de souveraineté nationale (6). Il plaidait pour une approche internationaliste, selon laquelle l'effet direct de la norme internationale serait une affaire d'interprétation du traité : « Soumettre l'applicabilité directe au droit international, c'est [...] préciser la portée d'une obligation internationale ; ce n'est pas en préjuger les modalités d'exécution », écrivait-il (7).

4. Sur ce point, la pratique n'a pas suivi et la jurisprudence a conforté le courant favorable aux particularismes nationaux : l'effet direct est aujourd'hui un instrument du contrôle de l'application du droit international dans l'ordre interne. Mais au prix d'un désordre absolu quant aux conditions dans lesquelles une norme se voit reconnaître un effet direct, et d'une confusion persistante entre les conditions (constitutionnelles) d'introduction du droit international et celles (jurisprudentielles) d'invocabilité par les particuliers des normes internationales devant les juges internes, au point qu'on a pu écrire, en référence au seul ordre juridique français, qu'« il n'y a guère de question plus embrouillée que celle de l'effet direct des traités internatio-

étrange. Il n'y a pas lieu d'y découvrir le signe de desseins obscurs. Le mot est pris dans le (double) sens qui est habituellement le sien : 'banal' et 'partagé' » (*ibid.*, p. 28).

(4) J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, note 1, p. 250.

(5) A. BLECKMANN, « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Colloque de l'Institut d'études européennes, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 91.

(6) J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, note 1, pp. 257-260 en particulier.

(7) *Ibid.*, p. 258.

« Nationalisation » du droit international et particularismes 355

naux » (8). Ce serait *a fortiori* le cas si on se hasardait à s’intéresser à l’effet direct au-delà d’un ordre interne spécifique. Joe Verhoeven s’était engagé avec succès dans une étude comparative (et admirablement concise) ; nous ne nous hasarderons pas à suivre son exemple et nous limiterons au seul cas de l’ordre juridique français.

5. C’est donc à la seule lumière – peut-être vaudrait-il mieux parler de clair-obscur ? – des évolutions jurisprudentielles françaises que nous décrirons le renforcement du contrôle par le juge des conditions constitutionnelles d’incorporation des règles d’origine internationale dans le droit interne (I) et de leur efficacité interne (II).

I. – UN CONTRÔLE RENFORCÉ DES CONDITIONS CONSTITUTIONNELLES D’INCORPORATION

6. On a coutume de considérer la place du droit conventionnel dans l’ordre interne français essentiellement à travers le prisme de la valeur supra-législative que lui reconnaît l’article 55 de la Constitution (9). Cette disposition n’est toutefois que la dernière du Titre VI de la Constitution, entièrement dévolu aux traités et accords internationaux. Les articles 52, 53 et 54 qui la précèdent détaillent les rôles respectifs des organes constitutionnels dans le processus d’entrée en vigueur d’un traité international à l’égard de la France. À cet égard, ils relèvent des mécanismes constitutionnels d’agencement des pouvoirs internes, au même titre que ceux du Titre V (*Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement*), avec la cette différence essentielle qu’ils interviennent dans un domaine où la prééminence de l’Exécutif (et du Président en particulier) est acquise. Ces dispositions sont indéniablement tournées vers l’ordre international mais leurs effets se produisent principalement dans la sphère juridique nationale : à supposer que la Constitution n’ait pas prévu de dispositions relatives à la conduite des affaires internationales, l’État français n’en serait pas moins lié par son consentement exprimé par ses représentants au plan international.

(8) R. ABRAHAM, « Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français », in Société française pour le droit international, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 287. Nous tenons ici pour synonymes les expressions d’effet direct et d’applicabilité directe, qu’il convient en revanche de distinguer de celle d’application immédiate, qui recouvre toute hypothèse d’application judiciaire interne d’une norme internationale, « sans [que cette dernière soit] soumise à des formalités d’introduction qui en conditionnent l’efficacité interne » (J. VERHOEVEN, « La notion d’applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, note 1, p. 250). L’effet direct est la qualité d’une norme internationale qui « confère à son destinataire le droit de s’en prévaloir en justice » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 413*). La question de l’effet direct se pose lorsque le particulier-destinataire se prévaut d’une norme internationale devant le juge interne (voy. en ce sens, (A. Nollkaemper, « The Duality of Direct Effect of International Law », *EJIL*, 2014, p. 109).

(9) « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie ».

A. – Un contrôle sans conséquence sur l’entrée en vigueur du traité

7. Le titre VI de la Constitution prévoit les modalités de l’engagement international de la France, qu’il faut toutefois distinguer des conditions d’entrée en vigueur d’un traité, à la fois objective et subjective (10), qui sont établies par l’ordre international et codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités.

8. La jurisprudence interne a longtemps été réticente pour assurer le respect des dispositions du Titre VI de la Constitution, au nom de la déférence due à l’Exécutif en matière internationale. Elle s’engage désormais dans la voie d’un contrôle de plus en plus poussé du respect des pouvoirs reconnus au Parlement par l’article 53 de la Constitution (11). Le Conseil d’État considère que « la publication d’un traité ou accord relevant de l’article 53 de la Constitution ne peut intervenir légalement que si la ratification ou l’approbation de ce traité ou accord a été autorisée en vertu d’une loi » (12). Ce contrôle est en soi une avancée au regard du principe de l’État de droit, mais ses modalités, mettent à mal la tradition constitutionnelle moniste de réception automatique des traités.

9. C’est que l’acte déferé au contrôle juridictionnel n’est pas l’instrument de ratification, mais le décret de publication du traité international. La cohérence positiviste de cette solution ne s’impose pas comme une évidence. En effet, l’intervention du Parlement est une acte-condition du décret de ratification, lequel est le point de départ de l’entrée en vigueur du traité à l’égard de la France. Ainsi, si le Parlement avait dû être saisi avant que le décret de ratification soit signé, c’est alors ce dernier qui serait illégal, et non pas le décret de publication. Celui-ci n’intervient logiquement qu’après que le traité est entré en vigueur à l’égard de la France (13). Mais le juge administratif ne s’attaque pas (encore ?) au décret de ratification. Plusieurs

(10) Cette distinction terminologique établie avec beaucoup de clarté par Evelyne Lagrange est bienvenue. L’entrée en vigueur *objective* renvoie à l’accession du traité au statut de norme en vigueur dans l’ordre juridique international, résultant de la réunion d’un certain nombre de ratifications ou approbations, alors que l’entrée en vigueur *subjective* est synonyme d’opposabilité du traité à un État particulier et résulte de l’expression de son consentement à être lié (E. LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l’ordre international : une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 375-376).

(11) C.E., Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d’activités de Blotzheim*, n° 181249, *Leb.*, p. 484 ; *R.F.D.A.*, 1999, p. 315, concl. G. BACHELIER ; voy. aussi le commentaire par O. DANIC, in A. PELLET et A. MIRON (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Paris, Dalloz, à paraître. Voy. aussi C.E., Ass., 13 juillet 1965, *Soc. Navigator*, *Leb.*, p. 423 ; C.E., 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, *Leb.*, p. 260.

(12) C.E., Ass., *SARL du parc d’activités de Blotzheim*, précité, note 11.

(13) La Circulaire du 30 mai 1997 relative à l’élaboration et à la conclusion des accords internationaux le précise d’ailleurs expressément : « La publication de l’accord ne peut se faire avant l’entrée en vigueur de celui-ci afin d’éviter l’introduction dans l’ordre interne de dispositions dépourvues de portée juridique sur le plan international. Mais il importe qu’elle intervienne le plus vite possible après l’entrée en vigueur. Le ministre des Affaires étrangères est chargé de veiller à ce que la publication soit quasi simultanée de l’entrée en vigueur et qu’en tout état de cause le délai n’excède pas un mois. » (*JORF*, n° 0125 du 31 mai 1997, p. 8415).

« Nationalisation » du droit international et particularismes 357

raisons l'expliquent : en premier lieu, la fidélité à une jurisprudence centenaire (14) selon laquelle « l'acte portant publication d'une convention internationale est détachable de la convention elle-même et peut ainsi être compétemment déféré au juge administratif, contrairement à l'acte de ratification » (15). Mais des justifications moins conformistes s'y ajoutent : il n'est pas certain que le décret de ratification appartienne à la catégorie des actes qui font grief, du moins aux justiciables, qui pourraient ainsi exciper de son inconstitutionnalité devant le juge administratif. Par ailleurs, l'entrée en vigueur (internationale) d'un traité peut également se réaliser par le biais de la signature de traités. Aucun décret de ratification n'est alors appelé à intervenir. Or la signature est effectivement difficilement détachable de la conduite des relations internationales. De son côté, le décret de publication n'a de portée que dans l'ordre interne.

10. Le contrôle portant sur le décret de publication apparaît ainsi comme la solution la plus cohérente. Mais c'est une cohérence acquise au prix d'un accroc au principe moniste d'incorporation automatique des traités, car le contrôle de régularité au regard de l'article 53 aboutit à conditionner à un acte juridique interne non pas l'entrée en vigueur du traité, mais son efficacité dans l'ordre juridique français. La distinction entrée en vigueur (internationale) et efficacité interne est ainsi posée, même si la terminologie jurisprudentielle ne lui est pas toujours fidèle (16).

11. Ce constat s'impose au regard de la nature même du contrôle : le juge s'interroge sur le respect, des formalités constitutionnelles, et non pas des règles substantielles de validité des traités, arrêtées par la Convention de Vienne :

« [L]es conditions d'introduction [du traité dans l'ordre interne] ne mettent pas en cause la validité internationale de la règle concernée, laquelle demeure exclusivement régie par le droit des gens. [...] L'on dit fréquemment qu'étrangères à la validité internationale d'une règle, ces conditions en déterminent la validité interne. Le terme est inapproprié, qui paraît suggérer deux appréciations distinctes de validité soumises à des ordres juridiques différents ; seule est en cause l'*efficacité interne* d'une règle internationale » (17).

12. Par ailleurs, la date et les modalités d'entrée en vigueur du traité sont fixées par l'ordre international :

« Considérant que si, par application des stipulations de son article K, la charte sociale européenne révisée est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999, cette dernière date régit uniquement les effets de ce traité dans l'ordre international » (18).

Sur ce point, jurisprudences interne et internationale s'accordent à considérer que l'entrée en vigueur d'un traité n'est pas déterminée par l'accom-

(14) C.E., 5 février 1926, *Dame Caraco, Leb.*, p. 125.

(15) F. DONNAT et D. CASAS, « Les limites du contrôle du juge administratif sur l'acte de publication d'un engagement international dont la ratification a été autorisée en vertu d'une loi », *Act. jur. D.A.*, 2002, p. 1005.

(16) Voy. *infra*, § 26.

(17) J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *op. cit.*, note 1, pp. 249-250, italiques dans l'original.

(18) C.E., 7 juin 2000, *Fédération nationale des associations tutélares*, n° 213461, *R.G.D.I.P.*, 2001, p. 240.

plissement des procédures internes de ratification, mais par la notification du consentement à être lié au niveau international. Telle est la solution retenue par une sentence arbitrale, injustement ignorée des analystes, rendue en 1997 dans un litige opposant l'Italie au Costa Rica. Ce dernier invoquait la nullité du traité bilatéral, fondement des réclamations italiennes, en raison de l'inaccomplissement des formalités de ratification prescrites par la constitution costaricienne (19). En empruntant à la terminologie utilisée par la doctrine française, le tribunal arbitral a donc été conduit à examiner les conséquences internationales des « ratifications imparfaites » (20). À cette fin, il établit une distinction nette entre les actes accomplis sur le plan international et ceux relevant du plan interne :

« On rappellera d'abord que la ratification *en tant qu'acte international*, comme expression du consentement de l'État, *must be distinguished from parliamentary or other domestic ratification (or approval) of a treaty : although such ratification may be connected with the international act of ratification, they are separate procedural acts carried out on different places* » (21).

13. Dans le même esprit, la Cour internationale de justice a considéré que « la question de la validité et de la portée [d'un décret relatif au retrait des réserves à la compétence de la Cour] dans l'ordre juridique interne rwandais est différente de celle de sa portée dans l'ordre juridique international. Il convient en effet de distinguer clairement entre la décision prise dans l'ordre juridique interne d'un État de retirer une réserve à un traité et la mise en œuvre de cette décision dans l'ordre juridique international par les autorités nationales compétentes, qui ne peut s'opérer que par la notification du retrait de ladite réserve aux autres États parties au traité concerné » (22).

14. La plus haute juridiction administrative française a également confirmé avec force que la date d'entrée en vigueur d'un traité à l'égard de la France est déterminée par la date du dépôt de l'instrument de ratification, et non par celle de la parution au *Journal Officiel* de la loi autorisant la ratification du traité en cause, comme le requérant l'arguait :

« Considérant que cette argumentation procède d'une confusion entre l'acte par lequel le législateur, dans le cas où son intervention est requise en vertu de l'article 53 de la Constitution, autorise la ratification d'une convention internationale, et l'acte par lequel l'exécutif ratifie cette convention ; qu'ainsi, l'unique moyen de la requête n'est, à l'évidence, pas de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du décret contesté et de la mention relative à son entrée en vigueur publiée au Journal Officiel » (23).

15. L'annulation interne du décret de publication n'est pas sans soulever des questions sur le respect par la France de ses obligations internationales.

(19) Not. l'acceptation tardive du Parlement, postérieure à l'acte de ratification par le Président, et le non-respect de la majorité requise dans ces circonstances.

(20) Décision du 26 juin 1998, *Contrat de prêt entre l'Italie et le Costa Rica (litige portant sur un recouvrement de crédit)*, R.S.A., vol. XXV, pp. 21-82, p. 37, § 16.

(21) *Ibid.*, p. 37, § 18, citant R. JENNINGS et A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, London/New York, Longman, 1992, 9e éd., vol. 1, p. 1226, § 602 – italiques dans l'original.

(22) C.I.J., arrêt, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, *Rec.*, 2006, p. 25, § 41.

(23) C.E., 6 juin 2005, n° 281138, non publié.

« Nationalisation » du droit international et particularismes 359

Ce n'est pas une hypothèse d'école, comme le montrent les jurisprudences *Bamba Dieng* (24) et *Cavaciuti* (25). Dans ce dernier cas, le Conseil d'État a annulé « le décret du 26 avril 1947 relatif à l'exécution de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies [au motif qu'il était] intervenu sans que la ratification de cette convention ait été autorisée par la loi ». Pour sortir de ce mauvais pas, le gouvernement français a aussitôt tenté de régulariser la situation, d'une manière pour le moins cavalière, en introduisant, dans le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, un article 2 prévoyant :

« Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée ayant statué au fond, est validé le décret du 26 avril 1947 relatif à l'exécution de la convention sur les privilèges et immunités des Nations unies en tant que sa légalité serait contestée par le moyen tiré de ce que la ratification de ladite convention devait être autorisée par la loi » (26).

Cette validation législative à effet rétroactif visait à préserver les effets *internes* déjà produits par la Convention mais ne pouvait avoir aucun effet sur l'entrée en vigueur subjective sur le plan international. Celle-ci est et demeure déterminée en l'espèce par la date du dépôt par la France de son instrument d'adhésion (27).

16. La rétroactivité d'une telle régularisation peut cependant heurter certaines exigences constitutionnelles, notamment si le traité en question intervient en matière pénale. À ce sujet, le Conseil d'État a déjà dénoncé les risques attachés à l'application provisoire des traités :

« [L]e Conseil d'État [...] a rappelé au Gouvernement le caractère critiquable de la pratique consistant à prévoir une application à titre provisoire d'une convention internationale ou d'un accord à compter de la date de sa signature, et non de celle de sa ratification lorsqu'elle est requise. Outre qu'elle préjuge, pour les accords qui entrent dans le champ d'application de l'article 53 de la Constitution, la délibération du Parlement, une telle pratique confère un caractère rétroactif à la ratification ou à l'approbation, alors que ces conventions ou accords peuvent être de nature à affecter les droits et obligations des particuliers et qu'une telle rétroactivité peut être inconciliable avec les exigences constitutionnelles » (28).

17. La question de l'effet rétroactif de la régularisation interne des ratifications imparfaites a également posé problème au plan international. À ce sujet le tribunal arbitral de l'affaire du *Contrat de prêt* a noté qu'

« 25. En ce qui concerne la *date de l'entrée en vigueur*, une question discutée se pose, celle de l'*effet rétroactif ou non* de la ratification et cette question a fait l'objet de décisions dans des sens différents si bien qu'on ne saurait la considérer comme résolue aujourd'hui de façon certaine. [...] »

28. [V]u les contradictions de la pratique [...], le Tribunal estime qu'il ne peut se fonder sur une règle suffisamment certaine lui permettant d'attribuer à la ratification par le

(24) C.E., 23 fév. 2000, *Bamba Dieng et autres*, concl. SEBAN, n° 157922, *Leb.*, p. 72.

(25) C.E., 16 juin 2003, *M. Cavaciuti*, n° 246794, *Leb.*, p. 249.

(26) Loi n° 2003-1367 du 31 décembre 2003.

(27) Voy. la section 32 de l'art. final de la Convention.

(28) C.E., Rapport public 2012, p. 213 à l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la Brigade franco-allemande.

Parlement du Costa Rica un *effet rétroactif* » (29).

18. À vrai dire, cette conclusion ne s'imposait pas au regard de la pratique examinée par le tribunal, qui concernait non pas l'effet de la ratification parlementaire au plan international, mais la rétroactivité des dispositions conventionnelles, en vertu d'une clause du traité lui-même (30), et la ratification implicite, résultant du comportement ultérieur des parties (31). Cette dernière hypothèse, identifiée par le tribunal comme étant celle des ratifications tacites (32), est en vérité d'application courante en droit international (33). Il est communément admis que celles-ci ont un effet rétroactif, et que c'est d'ailleurs là leur mérite principal. Il s'ensuit que la jurisprudence internationale n'impose pas la validation rétroactive, puisque toute expression du consentement au traité, opérée sur le plan international, peut effacer les irrégularités éventuelles de ratification. D'évidence, elle s'embarrasse encore moins de la tardiveté de la ratification parlementaire, comme le montre une décision arbitrale du XIX^e siècle entre le Nicaragua et le Costa Rica :

« The argument now presented by Nicaragua is twofold, and raises two points, first, that the Treaty is invalid because ratifications were exchanged before approval by the Assembly; and second, that it is invalid because such approval was given more than forty days after signature. [...] As to the first of these points, it would perhaps be enough to say that Nicaragua can not now seek to invalidate the Treaty on any mere ground of irregularity in the order of its own proceedings. If its Legislature did in fact approve the Treaty, that is enough for the present purpose. Whether such approval was expressed before or after the exchange of ratifications is an immaterial matter now. But it does not appear that there was any real irregularity in these proceedings ... [T]he fact of the subsequent approval of the Treaty by the Assembly is satisfactory proof that that body approved [...] the terms of the instrument » (34).

19. Les ratifications parlementaires implicites, mêmes tardives, produisent ainsi leur plein effet sur le plan international sans égard pour leur éventuelle irrégularité interne. Encore faut-il qu'elles soient réellement nécessaires, ce qui n'est le cas que si elles remédient à une violation manifeste d'une règle de droit interne d'importance fondamentale, seule cause de nullité (internationale) du traité ancrée dans l'ordre interne admise par la Convention de Vienne de 1969 (35). Compte tenu de son interprétation fluctuante par les juridictions internes, le respect de l'article 53 de la Constitution ne semble

(29) Sentence préc. note 20, pp. 39-40, §§ 25 et 28.

(30) Hypothèse de l'arrêt de la Cour de cassation française, 16 février 1965, *Cader c. Cader*, *A.F.D.I.*, vol. 12, 1966, p. 851 et *I.L.R.*, vol. 47, 1965, p. 92, cité au § 26 de la sentence.

(31) Cour suprême du Canada, *Château-Gai Wines Ltd. v. Institut National des Appellations d'Origine*, *I.L.R.*, vol. 69, 1974, p. 284, cité *ibid.*

(32) Sentence préc. note 20, p. 40, § 39.

(33) Voy. en ce sens, C.I.J., arrêt du 10 octobre 2002, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, *Rec.*, 2002, p. 461, § 267 (confirmation de la validité d'un traité antérieur, par le biais d'un acte ultérieur qui s'y réfère). Voy. aussi sentence arbitrale du 24 juillet 1930, *Shufeldt (États-Unis c. Guatemala)*, *R.S.A.*, vol. II, 1949, p. 1094.

(34) Cité dans *Contrat de prêt*, sentence précitée note 20, p. 46, § 47, souligné par nous.

(35) Cf. l'art. 46 « Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ».

« Nationalisation » du droit international et particularismes 361

pas se situer parmi ces règles dont la violation serait manifeste (36). En outre, l'État qui entend se prévaloir de cette cause de nullité doit avoir notifié à l'autre Partie la teneur des dispositions internes en cause (37).

20. De son côté, la jurisprudence interne admet également la possibilité de ces ratifications implicites, qui effacent les irrégularités au plan interne (38). Au demeurant, il ne faut pas se méprendre sur la *ratio legis* et la portée respectives de ces contrôles : le juge international est un gardien de la réalité et de la régularité du consentement étatique. Ceci explique qu'il accorde peu d'importance aux formalités internes et qu'il déduit souvent la réalité du consentement de la conduite ultérieure de l'État. Pour sa part, le juge interne est le garant de la distribution et de l'agencement des pouvoirs internes tels qu'ils résultent de la Constitution (39), question sur laquelle le droit international n'a rien à dire.

B. – La multiplication jurisprudentielle des conditions d'efficacité interne

21. Bien que rédigé comme une clause de supériorité des traités sur les lois, le célèbre article 55 de la Constitution est d'abord analysé comme une « clause de réception » du droit conventionnel dans l'ordre juridique français (40). Dès lors, les conditions de publication et de réciprocité qu'il formule comme conditionnant la supériorité des traités sur les lois ont été interprétées en jurisprudence comme des exigences supplémentaires à laquelle est subordonnée l'efficacité interne de la norme conventionnelle.

(36) Voy. en ce sens O. DANIC, in A. PELLET et A. MIRON (dir.), *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, *op. cit.*, note 11, § 9.

(37) « La Cour relève à ce propos qu'un État n'est pas juridiquement tenu de s'informer des mesures d'ordre législatif ou constitutionnel que prennent d'autres États et qui sont, ou peuvent devenir, importantes pour les relations internationales de ces derniers. » (C.I.J., *Cameroon c. Nigéria*, précité, note 33, p. 430, § 266).

(38) Voy. C.E., Ass., 5 mars 2003, *Aggoun* : « Considérant toutefois qu'en adoptant la loi du 29 octobre 2002 autorisant l'approbation du troisième avenant à l'accord du 27 décembre 1968, le législateur a nécessairement entendu autoriser l'approbation de l'ensemble des stipulations de l'accord initial et de ses deux premiers avenants dont ce nouvel avenant n'est pas séparable, y compris celles de ces stipulations qui, exprimant tout autant que les autres la commune intention des parties, comportaient une date d'entrée en vigueur ; qu'ainsi, à la suite de la publication du troisième avenant au Journal officiel de la République française le 26 décembre 2002, l'accord et ses deux premiers avenants doivent être regardés, selon leurs termes mêmes, comme étant entrés en vigueur à la date de leur signature. » (préc. note 41). Voy. aussi, d'une manière plus incertaine, C.C., Décision n° 75-60 DC du 30 décembre 1975, Loi de finances pour 1976 et notamment ses art. 41-III et 47, dans lequel le Conseil constitutionnel semble reconnaître la validité d'une approbation parlementaire a posteriori de deux accords conclus avec le *Chili*, relatifs à la consolidation des dettes commerciales, du fait du vote par le Parlement des crédits en découlant.

(39) Le juge administratif s'interdit évidemment de vérifier le respect des règles constitutionnelles d'un État autre que celui du for (voy. CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, n° 239366, *Leb.*, p. 260 et commentaire par S. MILLAN, in *op. cit.*, note 11). Son contrôle n'est donc pas un contrôle de validité au regard de l'art. 46 de la Convention de Vienne.

(40) Cf. C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, Paris, Pedone, 2001, p. 91.

S’agissant de ces deux conditions, la jurisprudence la plus récente évolue dans des directions diamétralement opposées.

22. La jurisprudence récente montre ainsi un affermissement sensible de la condition de la publication. Le juge administratif attache désormais une importance décisive à l’acte de publication mentionné à l’article 55 de la Constitution, dont la fonction serait de permettre « l’introduction [du traité] dans l’ordre juridique interne » (41). Cette formule reproduit celle de la Circulaire de 1997, relative à l’élaboration et à la conclusion des accords internationaux, selon laquelle : « La publication a pour objet : - de rendre public le contenu de l’accord ; - d’introduire l’accord dans l’ordre juridique national ». Autant la première fonction ainsi identifiée est indiscutable, autant la seconde prend nettement le contrepied du postulat moniste d’incorporation automatique, acquise au bénéfice de l’article 55 de la Constitution. Il cadre aussi mal avec l’article 53, qui précise *in fine* : « [Les traités] ne prennent effet qu’après avoir été ratifiés ou approuvés ».

23. Cette position est critiquable à maints égards. Cette condition ne résulte pas explicitement des termes de la Constitution. On peut y voir la manifestation d’une tendance peu libérale consistant à restreindre la portée de l’introduction automatique et réinventant la condition traditionnelle de promulgation, aussi peu compatible soit-elle avec l’esprit du « monisme constitutionnel à la française » (42).

24. En outre, cette position conduit à perdre de vue la fonction dont est investie la publication dans tous les ordres juridiques, dont le français, qui est de refléter, comme l’avait noté Joe Verhoeven, un principe général de droit :

« S’il est certain que la publication du traité en conditionne normalement l’applicabilité interne, il ne paraît pas qu’elle en constitue une condition spécifique d’introduction. Il est plus exact sans doute de considérer qu’il y a là l’expression d’une exigence d’opposabilité inhérente à tout acte juridique, soumis à une publicité à la mesure de l’effet qu’il entend produire » (43).

25. La fonction inhérente de la publication est de faire connaître la norme à ceux qui sont censés ne pas l’ignorer. La sanction de l’absence de publication devrait être en rapport avec cette fonction inhérente : l’acte non publié ne saurait être invoqué à l’encontre des personnes privées ; mais il est peu logique que celles-ci ne puissent s’en prévaloir à l’encontre de l’administration, dont l’incurie crée cette anomalie juridique. En outre, on voit mal le

(41) C.E., Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, n° 242860, *Leb.*, p. 77. Voy. aussi C.E., 7 juin 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, précité note 18. Il s’agit là d’un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure : C.E., 27 juin 1969, *Sté Savana*, *Leb.*, p. 703 ; C.E., Ass., 8 avril 1987, *Procopio*, *Leb.*, p. 137 ; Cass. civ. 1, 16 février 1965, *J.D.I.*, 1965, p. 628 ; Cass. civ. 1, 15 mai 1984, *Tran Tho Dong*, *Bull.*, p. 135.

(42) Voy. A. PELLET, « Vous avez dit “monisme” ? – Quelques banalités de bon sens sur l’impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L’architecture du droit – Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.

(43) J. VERHOEVEN, « La notion d’*applicabilité directe* du droit international », *op. cit.*, note 1, p. 251.

« Nationalisation » du droit international et particularismes 363

juge arguer de l'absence de publication à l'encontre d'un État étranger ou d'une organisation internationale qui pourrait être partie à un procès interne.

26. Cette approche fondamentaliste de la condition de publication entraîne un risque de confusion, du moins terminologique, entre conditions d'entrée en vigueur et conditions d'efficacité interne, comme le montre la jurisprudence du Conseil d'État :

« Considérant que si, par application des stipulations de son article K, la charte sociale européenne révisée est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1999, cette dernière date régit uniquement les effets de ce traité dans l'ordre international et ne saurait être confondue avec l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne, laquelle est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication » (44).

27. Cette sévérité accrue dans l'appréciation de la condition de publication tranche avec l'évolution jurisprudentielle à l'égard de l'exigence de réciprocité. Énoncée dans l'article 55 de la Constitution, qui attribue aux traités une autorité supérieure à celle des lois « sous réserve, pour chaque [...] traité de son application par l'autre partie », cette condition connaît en effet d'importants assouplissements. À l'instar de la condition de publication, celle de réciprocité déterminait, selon une jurisprudence traditionnelle *l'existence* du traité dans l'ordre interne : « les stipulations [d'un accord de coopération culturelle entre la France et l'Algérie] ne pouvaient être regardées comme ayant été en vigueur à la date de la décision attaquée dès lors que, à cette date, la condition de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution n'était pas remplie » (45). Il résultait de cette approche que l'existence juridique d'un traité dans l'ordre interne serait une condition contingente et susceptible de changements dans le temps, en fonction de son application par l'autre Partie, qui est sujette à fluctuation, par la force des choses. Cette jurisprudence administrative s'enracine dans la célèbre décision *IVG* du Conseil constitutionnel selon laquelle « la supériorité des traités sur les lois [...] présente un caractère [...] contingent, tenant [...] 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 » (46).

28. Le Conseil constitutionnel lui-même a pourtant expliqué la véritable fonction de l'exigence de réciprocité dès 1980 : elle

« n'a d'autre portée que de constituer une réserve mise à l'application du principe selon lequel les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois » (47).

(44) C.E., *Fédération nationale des associations tutélaires*, précité note 18. La Cour de cassation est plus scrupuleuse dans le choix des termes : l'absence de publication en France d'une convention internationale la rend « inapplicable » par les tribunaux internes (voy. Cass. comm., 2 mai 1972, n° 68-12561, Bull., n° 124, p. 126).

(45) C.E., Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, n° 180277, *Leb.*, p. 115.

(46) C.C., *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, cons. 4, *Rec.*, p. 19.

(47) C.C., *Loi de finances pour 1981*, n° 80-126 DC, cons. 6.

Il précisait à juste titre que cette règle « affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois » (48) et non leur entrée en vigueur dans l'ordre interne.

29. L'appréciation « existentialiste » de la condition de réciprocité était d'autant plus problématique qu'elle octroyait *de facto* au gouvernement le dernier mot en termes d'applicabilité d'un traité dans l'ordre français. En effet, avant le revirement de jurisprudence de 2010, le Conseil d'État estimait qu'« il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la Constitution » (49). En conséquence, il posait une question préjudicielle au ministre des Affaires étrangères, et s'estimait lié par la réponse. Cette jurisprudence a été sinon remise en cause, du moins considérablement assouplie.

30. L'arrêt d'assemblée du 9 juillet 2010, *M^{me} Cheriet-Benseghir* marque un double infléchissement : le premier, radical et manifeste, concerne l'office du juge. Dans la droite ligne de la jurisprudence *GISTI* du 29 juin 1990 (50), dans laquelle le juge administratif s'était reconnu le pouvoir d'interpréter lui-même les conventions internationales, le Conseil d'État admet enfin, par un considérant dépourvu d'équivoque, « qu'il appartient au juge administratif [...] de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie » (51). Un second infléchissement ne peut être relevé qu'avec prudence tant la formulation retenue par la Haute juridiction est ambiguë et indirecte. En se référant au principe *pacta sunt servanda*, « qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi », la décision précitée semble reconnaître que l'entrée en vigueur d'un traité et la persistance de sa validité est une question de droit international et rompre avec la théorie selon laquelle la réciprocité dans l'application du traité conditionnerait son incorporation même dans le droit français. Dès lors, si le juge considérait que la condition de réciprocité n'est pas remplie dans un cas d'espèce, l'effet d'une telle conclusion serait simplement de suspendre l'*invocabilité* du traité considéré en cas de contrariété avec une loi, sans pour autant exclure celui-ci de l'ordre juridique français. Si un tel infléchissement se confirme, il serait salutaire, et en consonance avec l'extrême réticence du juge international à suspendre l'applicabilité d'un traité sur le fondement du principe *exceptio non adimpleti contractus* (52).

(48) Ibid.

(49) C.E., Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, n° 15092, *Leb.*, p. 220 ; C.E., *Chevrol-Benkeddach.*, précité note 45.

(50) C.E., Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, n° 78519, *Leb.*, p. 171 (et commentaire par D. LOCHAK, in *op. cit.* note 11).

(51) C.E., Ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, n° 317747, *Leb.* p. 251.

(52) L'existence même de cette clause de suspension a été vivement discutée dans l'affaire de l'*Application de l'Accord Intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)*, arrêt du 5 décembre 2011, *Rec.*, p. 644. La Cour s'est bien gardée de se prononcer sur l'existence de ce principe général de droit ; pour une négation virulente, voy. l'opinion individuelle de B. SIMMA, *ibid.*, p. 695.

« Nationalisation » du droit international et particularismes 365

31. L'évolution jurisprudentielle la plus lourde de sens tient toutefois à la constatation de l'inapplicabilité de la condition de réciprocité aux traités ou obligations conventionnelles de nature « intégrale » (53). L'exception d'inexécution en droit international n'est envisageable que dans le cadre de traités imposant des obligations synallagmatiques, ce qui n'est évidemment pas les cas des dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire. Cette évidence a conduit le Conseil constitutionnel à considérer qu'eu égard à l'objet particulier du traité établissant la Cour pénale internationale, qui crée une juridiction internationale destinée à protéger les droits fondamentaux : « les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu d'exister » (54). De la même manière, les « conventions internationales pour lesquelles la non-application par l'une des parties est sanctionnée par un mécanisme prévu par le traité lui-même (traités européens, par exemple), [...] justifie la mise à l'écart du jeu de l'exigence de réciprocité » (55).

32. Cette évolution de la conception de la réciprocité est importante car elle conduit à faciliter l'application interne des « traités-lois », dont la fonction première n'est pas de créer des liens contractuels entre les États-parties, mais bien de poser des règles de nature générale et impersonnelle qui octroient ou reconnaissent des droits subjectifs aux particuliers, ou encore de poser des règles générales ou de créer des mécanismes institutionnels pour la défense des intérêts collectifs de la communauté internationale. Mais cela ne va pas sans difficultés : si la « législation par traité » apparaît ainsi comme une alternative à la législation parlementaire, les assemblées ne participent pas à l'élaboration de ces instruments, si bien que « [l]e parlement national, et avec lui la représentation nationale, a perdu son rang de législateur exclusif dans l'action normative de l'État, au profit de l'exécutif » (56).

(53) F. Coulée définit les obligations intégrales comme « des obligations conventionnelles non réciproques visant non pas la satisfaction d'intérêts opposés, mais la protection d'un intérêt commun » (« À propos d'une controverse autour d'une codification en cours/ les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 502). Pour B. Simma, il s'agit de « those multilateral treaties the rights and obligations of which are integral in the sense that they constitute an indivisible whole and have to be performed by every party vis-à-vis every other party » (« From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 250, 1994-VI, p. 351).

(54) C.C., 22 janvier 1999, *Statut de Rome*, n° 98-408-DC, cons. 12 – voy. le commentaire d'O. DE FROUVILLE in *op. cit.*, note 11. Voy. aussi Cass. civ. 1, 15 novembre 1989, Sieurs Lalanne et Sulter, *J.D.I.*, 1990, p. 611 ; *C.E.*, 22 mai 1992, *Dame Larachi*, n° 99475, *Leb.*, p. 203.

(55) J.-Fr. LACHAUME, note sous *C.E.*, *Cheriet-Benseghir*, *R.F.D.A.*, 2010, p. 1149.

(56) R. RIVIER, « Les maîtres 'dualistes' et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation ? À propos du dualisme des 'origines', de ses dérivés, de ses applications », in *Unité et diversité du droit international. Écrits en l'honneur du Professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 344. Dans le même sens, voy. aussi E. LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *R.C.A.D.I.*, t. 356, 2011, p. 259.

33. Il reste qu'en se plaçant sur le terrain non plus de l'incorporation du traité dans l'ordre interne, mais de son applicabilité, le juge prend une position plus conforme à la philosophie du monisme constitutionnel dont se réclame l'ordre juridique français et favorise le respect du principe *pacta sunt servanda* dont le Conseil constitutionnel a admis qu'il avait « valeur constitutionnelle » (57). Du même coup, en constitutionnalisant l'un des principes fondateurs du droit international, il limite les inconvénients résultant de la double appartenance des traités aux ordres juridiques interne et international.

II. – LES LIMITES DE L'APPLICABILITÉ INTERNE DES TRAITÉS

34. On retrouve le même genre de problématique – et de dichotomie – lorsque l'on passe des conditions d'entrée en vigueur et d'efficacité interne du traité à celles de sa mise en œuvre. Et, ici encore, on constate que le juge français ne se contente pas de faire prévaloir la Constitution sur toute autre source – ce qui est, si l'on peut dire, « dans l'ordre des choses » (A.) ; il s'arroge en outre un pouvoir de contrôle sur l'application effective des normes d'origine internationale par le biais de la théorie de l'effet direct, qui lui permet de tenir en échec l'application de celles-ci, quand bien même on ne saurait douter de leur caractère juridiquement contraignant au plan international (B.).

A. – La Constitution, limite indépassable de l'internationalisation du droit⁵⁸

35. L'autonomie constitutionnelle de l'État est sans aucun doute l'un des principes qui justifie ce qu'il y a de moins « commun » entre les membres de la société des États : chacun peut s'y organiser comme il l'entend. Sans doute, *pacta sunt servanda* et, au-delà, *jus gentium est servandum* – ce qui implique que toutes les obligations découlant du droit international doivent être respectées par leurs destinataires, y compris les États souverains, quelle que soit leur source, sauf à engager leur responsabilité internationale (59). Mais chaque État est libre d'assurer la réception et la mise en œuvre des règles du droit international à sa guise (60). Il peut le faire selon

(57) C.C., 9 avril 1992, *Maastricht I*, *Rec.*, p. 55.

(58) Les développements de cette section sont en partie empruntés à A. PELLET, « Vous avez dit “monisme” ? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, *op. cit.*, note 42, pp. 842-846.

(59) Cf. l'art. 12 (*Existence de la violation d'une obligation internationale*) des art. de la C.D.I. sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexés à la Résolution 56/83 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 décembre 2001.

(60) Voy. C.I.J., arrêt, 19 janvier 2009, *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, *Rec.*, pp. 17-18, § 44. Plus récemment, la Cour a insisté sur ce libre choix des moyens d'exécution interne des obligations internationales : « En revanche, la défenderesse a le droit de choisir les moyens qui lui paraissent les mieux adaptés en vue d'atteindre le résultat qui

« Nationalisation » du droit international et particularismes 367

les modalités qu’il fixe librement et qui conduiront la doctrine à le rattacher au système dualiste ou moniste – étant entendu qu’il existe entre les deux modèles extrêmes une gradation et des nuances nombreuses.

36. Il est connu que, depuis 1946, la France se réclame du monisme – c’est-à-dire de la doctrine qui 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 qui constatent l’imperméabilité de deux ou plusieurs ordres juridiques les uns par rapport aux autres. Mais il faut immédiatement relativiser : ce n’est pas de « monisme tout court » qu’il s’agit, mais, inévitablement, de monisme *constitutionnel*, en ce sens que, si les règles juridiques d’origine internationale sont reçues et appliquées (notamment par le juge) dans l’ordre juridique français, elles le sont *en vertu* de la Constitution et *dans la mesure où* celle-ci le prévoit.

37. 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 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 » (61). 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 » (62).

38. Par voie de conséquence logique, le juge français – lorsqu’il s’estime

doit être obtenu. Ainsi, elle a l’obligation d’atteindre ce résultat par la promulgation d’une législation appropriée ou par le recours à toute autre méthode de son choix également capable de produire cet effet. » (C.I.J., arrêt, 3 février 2012, Immunités juridictionnelles de l’État (*Allemagne c. Italie, Grèce (intervenant)*), § 137) ; voy. aussi J. VERHOEVEN, *Cours général*, précité, note 2, p. 121.

(61) Sur la jurisprudence hésitante du Conseil d’État avant 1946, voy. cependant R. ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette supérieur, 1989, pp. 35-36 ; voy. aussi C.E. Ass., 6 juin 1997, *Aquarone, Leb.*, p. 206 ; concl. G. BACHELIER, *R.G.D.I.P.*, 1997, p. 859, et l’intervention de G. BACHELIER in « 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*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2001, p. 71.

(62) J. COMBACAU, « Conclusions », *ibid.*, p. 89.

compétent (63) – fera imperturbablement prévaloir la norme supérieure de son propre ordre juridique sur celle d’origine internationale (fût-elle incorporée dans le droit interne conformément à la Constitution (64)). 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* (65), dans une formulation reprise par la Cour de cassation (66), « la suprématie [...] conférée aux engagements internationaux [par l’article 55] ne s’applique pas, dans l’ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle » (67). C’est que, dans le droit français, seul applicable par les juges français, les traités tirent leur valeur supra-législative de la Constitution, pas du droit international.

39. Rien n’illustre mieux cette limite à l’internationalisation du droit français que le contraste existant entre la manière dont le juge fait respecter les normes coutumières d’une part et les règles conventionnelles d’autre part.

40. S’agissant de ces dernières, l’article 55 de la Constitution fournit le fondement constitutionnel permettant aux juges d’assurer effectivement la supériorité du traité sur la loi, même postérieure. Ils ne s’y sont pas trompés :

- dès sa décision *IVG* 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 » (68) ;
- dans son arrêt fondateur du 24 mai 1975, dans l’affaire *Société « Cafés Jacques Vabre »*, la Chambre mixte de la Cour de Cassation a 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 » (69) ;

(63) Ce sont les hésitations des juges « non-constitutionnels » à interpréter l’article 55 de la Constitution comme leur donnant *compétence* pour faire prévaloir le traité sur la loi qui expliquent les atermoiements antérieurs au franchissement du Rubicon par les arrêts *Société « Cafés Jacques Vabre »* (Cass., ch. Mixte, 24 mai 1975, *Bull.*, p. 6 ; *D.*, 1975.497, concl. TOUFFAIT et commentaire par J. DUPENDANT in *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, *op. cit.*, note 11) et *Nicolo* (C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Leb.*, p. 748, concl. Frydman et commentaire par A. Pellet, *ibid.*).

(64) De ce fait, comme l’a remarqué R. ABRAHAM (*Droit international, droit communautaire et droit français*, *op. cit.*, note 61, p. 71), on peut aussi bien inverser la formule et parler de « droit international d’origine interne ».

(65) C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et as.*, *Leb.*, p. 368 (et commentaire de V. CHAMPEIL-DESPLATS, in *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, *op. cit.*, note 11).

(66) Ass. plénière, 2 juin 2000, *Fraisse*, *Bull.*, p. 813 (et commentaire par M. FORTEAU, *ibid.*). Voy. aussi Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l’immigration*, *Rec.*, p. 224.

(67) Italiques ajoutées. Voy. aussi D. ALLAND, « Le juge français et le droit d’origine internationale », in *op. cit.*, note 61, p. 50.

(68) C.C., 15 janvier 1975, *IVG*, n° 74-54 DC, *Rec.*, p. 19.

(69) Cass., ch. Mixte, 24 mai 1975, *Société « Cafés Jacques Vabre »*, *Bull.*, p. 6 ; *D.*, 1975.497, concl. TOUFFAIT ; la solution est d’autant plus significative que, dans ses conclusions,

« Nationalisation » du droit international et particularismes 369

- par sa décision *Barbie* du 6 octobre 1983, 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 » (70) ; et
- pour sa part, le Conseil d’État, s’est d’abord borné à viser, dans son arrêt *Nicolo*, « la Constitution, notamment son article 55 » (71) – « disposition conventionnelle providentielle » dans laquelle le commissaire du gouvernement Frydman voyait « une habilitation donnée implicitement aux juges » (72), 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 » (73).

41. Par contraste, faute de disposition constitutionnelle la prévoyant, le juge français se garde de reconnaître la même primauté aux normes internationales non écrites (74). Il n’en éprouve pas moins le besoin – fort significatif – de rechercher dans la Constitution une habilitation lui permettant de faire application des normes coutumières internationales. Et il la trouve dans le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « [l]a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international » (75). Toutefois, comme l’a relevé le commissaire du gouvernement Bachelier dans l’affaire *Aquarone*, « 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 » (76)

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.

(70) Cass. crim., 6 octobre 1983, *Bull.*, p. 610.

(71) C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Leb.*, p. 748, concl. FRYDMAN.

(72) Conclusions préc., *R.F.D.A.*, 1989, p. 817. Comme le relève D. de BÉCHILLON, « [il] n’y a de contrôle de la Loi *que* parce que l’article 55 le commande » (*Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l’État*, Paris, Economica, 1996, p. 440 – italiques dans le texte).

(73) C.E., 20 décembre 2000, *Géniteau*, *Leb.*, p. 463.

(74) Sous réserve cependant de l’approche incohérente du Conseil constitutionnel qui se refuse à assurer le respect de l’article 55 de la Constitution, mais semble admettre que le principe de *pacta sunt servanda* relève du bloc de constitutionnalité par la grâce – incertaine – de l’alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946 (voy. A. PELLET, « Vous avez dit “monisme” ? – Quelques banalités de bon sens sur l’impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L’architecture du droit – Mélanges en l’honneur de Michel Troper*, op. cit., note 42, pp. 846-847).

(75) Voy. C.E. Ass., 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, n° 327663, *Leb.*, p. 268 (et commentaire par S. GROSBON, in *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, op. cit., note 11). Voy. aussi C.E., Ass., *Aquarone*, précité note 61.

(76) Concl. G. BACHELIER (*Leb.*, 1997, p. 206), qui mentionnaient les constitutions allemande (art. 25), italienne (art. 10) et grecque (art. 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 »).

et d'ajouter : « C'est cette *habilitation* [de l'article 55] qui fait défaut pour la norme non écrite du droit international » (77) ; « 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 » (78). Endossant cette position, le Conseil d'État, a confirmé la position de la Cour administrative d'appel de Lyon (79) et considéré que ni l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « 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 » (80).

42. Le simple fait que le Conseil d'État reconnaisse 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 confirme que c'est bien la Constitution et non le droit international qui gouverne la matière et, à vrai dire, il n'y a pas là la « consécration d'un paradoxe » (81), mais, simplement, la conséquence logique et inévitable de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique français.

43. Il ne fait aucun doute que l'« harmonieuse unité du droit » (82) s'en trouve compromise : la conséquence inévitable de cette situation est qu'un traité peut parfaitement être valide, applicable et obligatoire dans l'ordre in-

(77) G. BACHELIER, *op. cit.*, note 61, p. 41 – italiques ajoutées. Dans ses conclusions, 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 » (sur C.E. Sect., 18 avril 1986, Les mines de potasse d'Alsace, *Leb.*, 1986, p. 116).

(78) G. BACHELIER, *ibid.*, p. 42.

(79) C.A.A. Lyon, Plénière, *Aquarone, Leb.*, p. 439.

(80) C.E., Ass., *Aquarone*, préc. note 61. Voy. aussi C.E., 28 juillet 2000, Paulin, *Leb.*, p. 317 ; D., 2000, p. 411, qui reprend la même formule en l'étendant aux « principes généraux de droit international », qui, à vrai dire, ne sont pas autre chose (dans ce contexte) que des normes coutumières de caractère général. Plus récemment, le juge administratif a eu l'occasion d'appliquer la règle de l'immunité d'exécution des États après avoir constaté que « l'article 1er de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution prévoit que l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ; qu'il en résulte que la règle coutumière du droit public international d'immunité d'exécution des États, qui n'est écartée ni par cette loi ni par aucune autre disposition législative, s'applique dans l'ordre juridique interne » (C.E. sect., 14 octobre 2011, Mme Om Hashem Saleh et alii, n° 329788, *Leb.*, R.F.D.A., 2012, p. 46, concl. C. Roger-Lacan).

(81) Voy. D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *R.F.D.A.*, 1998, p. 1097.

(82) H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1926-IV, vol. 14, p. 280.

« Nationalisation » du droit international et particularismes 371

ternational sans l'être en France. Une norme coutumière peut s'imposer à la République et être contredite par une loi, susceptible d'engager la responsabilité de la France. 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 (83) : qu'il le soit ou non, il oblige la France dans ses rapports internationaux (84), alors que, s'il ne l'est pas, il ne produit aucun effet dans l'ordre juridique interne – démenti éclatant à l'illusion moniste.

B. – L'effet direct comme condition d'incorporation

44. Le démenti est d'autant plus cinglant que le juge français a tendance à analyser systématiquement l'effet direct, initialement conçu comme un problème d'applicabilité de la norme internationale dans un contentieux impliquant des personnes privées, comme une condition d'efficacité interne du traité. Ainsi conçue, la théorie jurisprudentielle de l'effet direct (ou de la nature *self-* (ou *non self-*) *executing*) de l'acte international) introduit une condition supplémentaire, non prévue par la Constitution, à l'application immédiate des normes internationales.

45. Bien que le concept d'effet direct ait régulièrement fait surface dans la jurisprudence administrative et judiciaire, ce n'est que dans un arrêt de 2012 que le Conseil d'État en a enfin formulé une définition générale et complète :

« Considérant que les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ; que, sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers » (85).

46. Cet arrêt est instructif à plusieurs égards :

(83) Cf. Cass. fr. (civ.) 3, 6 avril 1976, *Agent judiciaire du Trésor c. Fauran*, Bull., p. 105 ; C.E., 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et de produits artisanaux*, Leb., p. 374 ; *García Henriquez*, Leb., p. 148 ; C.E., Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et autres*, Leb., p. 294, Cass. fr. (civ.) 1, 10 mars 1993, *Le Jeune*, Bull., p. 69 ; C.E., 23 avril 1997, *GISTI*, Leb., p. 142, concl. ABRAHAM, *R.F.D.A.*, 1997, p. 585, concl. *A.J.D.A.*, 1997, p. 482, chron. CHAUVAUX et GIRADOT ; – voy. le point très complet sur la question par D. ALLAND, « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *R.G.D.I.P.*, 1998, pp. 203-244.

(84) 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).

(85) C.E. Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326, Leb., p. 142, concl. G. DUMORTIER (et commentaire par F. LATTY in *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, op. cit., note 11).

- a) il clarifie et systématise les critères de l’effet direct (86) ;
- b) il affirme la compétence du juge administratif pour se prononcer sur le caractère *self-executing* ou non d’une norme conventionnelle – ce qui relève de la compétence d’interprétation du juge et peut sembler logique, eu égard à l’origine jurisprudentielle du concept ;
- c) il préserve le cas du droit de l’Union, et la compétence ultime de la Cour de Luxembourg pour en apprécier l’effet direct (87) ;
- d) en outre, l’un des éclaircissements les plus salutaires résultant de l’arrêt *GISTI* de 2012 est d’avoir rattaché l’appréciation de l’effet direct à l’interprétation du traité et non à des considérations de droit constitutionnel (88) : doivent être pris en considération l’intention exprimée des parties, l’économie générale du traité, le contenu et les termes du traité, autant d’éléments qui évoquent l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il y a là une confirmation éclatante de la thèse de Joe Verhoeven, selon laquelle «[a]ffirmer l’applicabilité directe est ainsi habituellement le produit d’une interprétation élucidant la volonté des auteurs de la règle internationale » (89).

47. De ce point de vue, on peut croire le Conseil d’État plus internationaliste que la Cour internationale de justice elle-même, qui semble ne voir dans l’effet direct qu’une modalité d’exécution interne des obligations internationales de l’État. Certes la Cour mondiale a toujours admis que l’

« 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 » (90).

Mais, la Cour de La Haye paraît s’en remettre exclusivement à l’ordre interne pour la reconnaissance de l’effet direct des dispositions conventionnelles, et considérer, par voie de conséquence que ce caractère relève de l’autonomie constitutionnelle des États :

«[L]’arrêt laisse aux États-Unis le choix des moyens d’exécution, sans exclure l’adoption, dans un délai raisonnable, d’une législation appropriée, si cela est jugé nécessaire en vertu du droit constitutionnel national. *L’arrêt Avena n’empêcherait pas davantage*

(86) Pour une analyse, voy. F. LATTY, *ibid.*

(87) Le Conseil d’État la qualifie à tort d’exclusive, puisque les juges internes sont les premiers appelés à se prononcer à cet égard.

(88) Comme c’est le cas aux États-Unis où la jurisprudence se fonde presque exclusivement sur des concepts constitutionnels internes (voy. S.D. MURPHY, « Does International Law Obligate States to Open Their National Courts », in D. SLOSS (dir.), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement : A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 63-85).

(89) J. VERHOEVEN, *Cours général*, *op. cit.*, note 1, p. 260 ; voy. aussi note 2, p. 123.

(90) Avis du 3 mars 1928, *C.P.J.I.*, *Rec. des Avis consultatifs, Série B*, n° 15, pp. 17-18. Ce *dictum*, habituellement interprété comme la reconnaissance potentielle de l’effet direct, n’est cependant pas exempt de contradictions, puisqu’il semble renvoyer à l’incorporation législative ou réglementaire des dispositions conventionnelles intéressant les personnes privées (voy. C. SANTULLI, *Le statut international de l’ordre juridique étatique – Étude du traitement du droit interne par le droit international*, *op. cit.*, *supra*, note 40, pp. 99-105).

« Nationalisation » du droit international et particularismes 373

une exécution directe de l'obligation en cause, si un tel effet était permis par le droit interne » (91).

48. Au demeurant, si l'on ne peut qu'approuver l'approche du juge français lorsqu'il se fonde sur le traité pour en dégager l'effet direct, sa position appelle davantage de réserves s'agissant des conséquences dans l'ordre juridique français – ou, plutôt, de l'absence de conséquence interne – d'un traité dépourvu d'effet direct : le juge administratif n'en envisage en effet aucune – et c'est sur ce point que l'arrêt de 2012 est, à juste titre, le plus critiqué (92). La Haute juridiction semble en effet assimiler effet direct et effet juridique « tout court » (ou normatif) dans l'ordre interne.

49. En particulier, le Conseil d'État considère que les stipulations dépourvues d'effet direct non seulement ne pouvaient pas constituer le fondement direct d'un droit individuel et fournir la solution du litige, mais aussi et surtout qu'elles ne sauraient servir de référence à un contrôle de conventionnalité d'un décret ou d'une loi. Et pourtant, comme la rapporteure publique Gaëlle Dumortier le soulignait, la norme internationale dépourvue d'effet direct n'en est pas moins susceptible de « contrain[dre] les pouvoirs publics et les autorités administratives, soit à faire – à abroger les lois ou règlements contraires à leur engagement ou à prendre les mesures auxquelles les engagerait un traité –, soit au moins à ne pas faire – à ne pas prendre de mesure contredisant cet engagement » (93). En négligeant ces mises en garde, le Conseil d'État semble exclure les normes dépourvues d'effet direct du bloc de conventionnalité pouvant se réclamer du bénéfice de l'article 55 de la Constitution.

50. Pour sa part, la Cour de cassation n'a pas défini sa méthode d'appréciation de l'effet direct, dont on peut penser qu'elle est distincte de celle du Conseil d'État puisque les deux hautes juridictions peuvent arriver à des conclusions radicalement contraires au regard de la même convention internationale (94), le juge judiciaire admettant en général l'effet direct des dispositions conventionnelles avec plus de générosité que celui du Palais Royal. On peut même considérer qu'à la différence du Conseil d'État, la Cour de cassation applique une présomption positive d'effet direct des traités (95).

51. À vrai dire, les différences d'appréciation des deux ordres de juridictions illustrent la double fonction de l'effet direct : épée lorsque le juge en-

(91) C.I.J., arrêt *Avena* précité, note 60, § 44. On mesure ainsi la distance qui sépare La Haye et Luxembourg, puisque la Cour de justice de l'Union européenne a toujours considéré que l'applicabilité immédiate était une qualité inhérente de l'ordre juridique de l'Union, dans ses rapports avec les ordres nationaux, et que l'effet direct était une qualité présumée de la plupart des normes européennes.

(92) Voy. F. LATTY, *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, *op. cit.*, note 85.

(93) Concl. G. DUMORTIER, préc. note 85, § 4.

(94) C'est not. le cas de la Convention pour les droits de l'enfant (voy. à ce sujet le commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2005, n° 02-20613, *Bull.*, n° 212, p. 180 par C. PAPINOT, *op. cit.* note 11).

(95) Voy. le Rapport annuel de la Cour de cassation 2013.

« Nationalisation » du droit international et particularismes **505**

tend renforcer la protection des droits fondamentaux à l'encontre des pouvoirs étatiques, et de l'administration en particulier (96), l'effet direct fonctionne également comme un bouclier, comme le montre la jurisprudence du Conseil d'État. Dans ce cas, «[i]t can justify the non-application of international law by the courts, and thereby protect domestic political organs and, more generally, domestic values, from review based on international law » (97).

52. D'une façon générale, les États s'emploient à s'assurer la maîtrise des modalités de réception et d'application des normes internationales dans leur ordre juridique national. Et si, partout, « international law is part of the law of the land » selon la fameuse formule Blackstone (98), il ne l'est que dans les limites posées par le droit interne. Le cas de la France est d'autant plus parlant qu'elle fut le premier État à introduire des aspirations et une terminologie monistes dans sa Constitution. Mais, justement, elle le fit par le biais de dispositions constitutionnelles qui constituent le passage obligé de la nationalisation du droit international et la limite absolue de l'internationalisation du droit interne. Et comme l'a remarqué le dédicataire de ces mélanges, « le droit n'est pas seulement la lettre de la loi [il] est aussi la lecture qu'en a donné la pratique judiciaire ou administrative... » (99) ; or, en la matière, celle-ci s'est montrée frileuse – notamment en ce qui concerne la place des normes coutumières internationales dans l'ordre juridique français –, sourcilleuse – comme le montre le contrôle de plus en plus poussé du respect des formalités constitutionnellement prévues en vue de l'intégration des traités dans le droit français –, et inventive – ainsi qu'en témoigne l'excommunication juridique dont sont frappées les dispositions conventionnelles que le juge décrète n'être pas *self-executing*.

53. « Il n'y a rien que le droit international puisse véritablement faire pour remédier à cette situation. Ce qui est en cause tient en effet fondamentalement à une organisation interne des pouvoirs qui relève du droit de l'État à disposer de lui-même, qu'il protège fondamentalement » (100). Cette prédominance du particulier sur ce qui est commun est ... commune en ce sens qu'elle caractérise la place du droit d'origine internationale dans tous les États.

(96) « The term refers to a process whereby international rights or obligations pierce the shield of the national legal order. [...] This sustains the idea that there is a close relationship between the protection of individual rights, on the one hand, and the piercing of the shield between the international and the national legal orders, on the other » (A. NOLLKAEMPER, « The Duality of Direct Effect of International Law », *op. cit.*, *supra*, note 8, pp. 112-113).

(97) A. NOLLKAEMPER, *ibid.*, p. 115.

(98) High Court (King's Bench), 2 mai 1764, *Triquet v. Bath*, S.C. 1 Black. 471, 3 Burr. 1478 ; aux États-Unis, voy. Cour suprême, April term 1793, *United States v. Ravara*, 2 U.S. (2 Dall.) 297.

(99) J. VERHOEVEN, *Cours general*, *op. cit.*, note 2, p. 118.

(100) *Ibid.*, p. 122.