

Repenser les rapports entre les ordres juridiques ? *oui, mais pas trop...*

Alain PELLET¹

*Professeur émérite de l'Université Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense
Ancien président de la Commission du Droit international des Nations Unies
Membre de l'Institut de Droit international*

I. SOUVERAINETÉ QUAND TU NOUS TIENS...

La notion de rapports de système(s) n'a plus la cote, distancée qu'elle est par des concepts (ou serait-ce des recettes ?) plus à la mode qui prétendent la « dépasser » mais ne sont souvent que des explications parcellaires qui ne rendent compte que de certains aspects de la question des relations qu'entretiennent – ou non – entre eux les ordres juridiques. On a beau parler d'« interactions normatives », d'« interprétation conforme », de « protection équivalente » ou de « dialogue des juges », ces nouveautés, qui n'en sont pas toutes et relèvent parfois du « fourre-toutisme » ou de l'« indifférentisme », risquent de détourner les regards de l'essentiel : la réalité demeure et elle est celle de l'irréductible souveraineté.

Avec toutefois deux *caveat* :

1° la souveraineté n'est pas une notion absolue donnant à l'État licence de faire n'importe quoi – ou tout ce qu'il *veut* ; elle est la marque de sa soumission au droit international qui impose au moins un devoir fondamental à tout État : le respect de la souveraineté égale de tous les autres ; certes, l'État n'a pas de supérieur (pas même l'Union européenne [UE]...), mais il a des égaux ;

2° dire que l'ombre de la souveraineté plane sur les rapports entre le droit national et les « droits externes »² ne signifie pas que, comme dans la conception hégélienne, seul l'État crée, ou même soit, le droit ; nous savons maintenant qu'il existe des droits non étatiques : le droit canon, la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* ou *electronica* – autant de *corpores juris* qui se développent et s'organisent en dehors de l'État, voire « contre » lui ; mais ces droits ne s'en situent pas moins « par rapport à l'État » (donc à la souveraineté), ne fût-ce que pour la contourner. Et, comme tous les droits non étatiques (y compris le droit international public [DIP]), ils doivent recourir à l'État pour leur mise en œuvre ultime. Comme l'évêque Cauchon avait besoin du bras séculier anglais pour brûler Jeanne d'Arc, les arbitres internationaux et même la Cour de Luxembourg ont besoin de l'autorité étatique lorsqu'il s'agit de

1. Tous mes remerciements à A. Miron, professeure à l'Université d'Angers, non seulement pour l'assistance qu'elle m'a apportée pour les recherches nécessaires à la rédaction de cette étude, mais aussi pour nos échanges et nos désaccords amicaux et féconds sur le fond de la question.

2. Cette utile expression a été utilisée par A. Miron lors de la journée de présentation des *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* (A. MIRON et A. PELLET (dir.), Dalloz, 2015, 783 p. – cité ci-après *Grandes décisions*) organisée par le Centre de droit international de Nanterre (CEDIN) le 18 mars 2015. Elle recouvre l'ensemble des règles relevant d'un ordre juridique autre que celui du for.

passer de l'obligatoire à l'exécutoire. C'est dire, pour paraphraser la célèbre formule de Louis Henkin, que « *The Reports of the Death of [Sovereignty] Are Greatly Exaggerated* »³ !

II. MONISME, DUALISME, PLURALISME

Et ceci conduit à revenir aux « fondamentaux » – au risque d'aligner les banalités :

– il y a des ordres juridiques et chacun regarde les autres comme externes, différents et, parfois, indifférents ;

– ces ordres juridiques entretiennent certes des rapports les uns avec les autres, mais chacun se veut ou supérieur à tous les autres (et telle est la prétention qui se trouve à la base du monisme juridique⁴) ou exclusif, unique (et c'est le postulat du dualisme).

Le monisme, c'est sa définition, postule l'unité de l'ordre juridique par opposition au dualisme qui constate l'imperméabilité des ordres juridiques les uns par rapport aux autres, chacun organisant à sa façon et à sa guise la hiérarchie de ses normes⁵.

Intellectuellement, le monisme n'est pas sans attrait, ne fût-ce que parce qu'il devrait – en théorie du moins – éviter les conflits entre règles juridiques, chacune, à quelque « système » qu'elle appartienne, trouvant son fondement dans une règle supérieure jusqu'à une norme supérieure axiomatique⁶ qui permettrait de résoudre *in fine* tous les problèmes d'incompatibilité entre deux ou plusieurs règles⁷. Mais il se heurte à une impossibilité logique – au moins lorsqu'on se place dans une perspective constitutionnaliste⁸ – et il ne permet aucunement de décrire la réalité des relations entre normes de différentes origines.

Le dualisme est, assurément, plus réaliste et présente une cohérence logique que la doctrine « concurrente » n'a pas. Au surplus, gage supplémentaire de réalisme, alors qu'il est en général associé au positivisme volontariste, le dualisme n'en est pas l'apanage exclusif et peut s'accommoder d'une approche objectiviste : celle qui recherche hors du droit le fondement du caractère juridique⁹ de ses règles.

3. V. L. HENKIN, « The Reports of the Death of Article 2 (4) Are Greatly Exaggerated », *AJIL*, 1971, p. 544-548.

4. Qu'ils le veuillent ou non, les monistes acceptent l'idée de la différenciation des ensembles normatifs – les appeler « systèmes » plutôt qu'ordres juridiques ne change pas grand-chose à l'affaire.

5. L'expression « hiérarchie des normes » est usuelle ; il serait, en l'occurrence, sans doute plus exact de parler de « hiérarchie des sources ».

6. Par opposition au postulat, démontrable *ex post*, un axiome relève de la pure croyance ou, en étant généreux, de l'intuition.

7. H. Kelsen, en général présenté comme le chantre le plus cohérent du monisme, allait moins loin dans la seconde édition de sa *Théorie pure du droit* : il y admet que l'unité entre droit international et droit étatique n'est pas réalisée à l'heure actuelle, mais qu'il existe seulement « une unité scientifique de la totalité du droit ; autrement dit qu'il est possible de comprendre droit international et ordres étatiques comme un système de droit unitaire » (trad. all. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 430 ; LGD), 2^e éd., 1999).

8. V. A. PELLET, « Vous avez dit "monisme" ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 827-857.

9. Pas forcément seulement obligatoire – et l'on rejoint ici la querelle de la « normativité relative » (v. P. Weil, « Vers une normativité relative en droit international », *RGD int. publ.*, 1982, p. 5-47, et, pour un point de vue opposé : A. PELLET, « Le bon droit et l'ivraie. Plaidoyer pour l'ivraie (Remarques sur quelques problèmes de méthode en droit international) », *Mélanges Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 465-493, égal. reproduit in *id.*, *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Paris, Pedone, coll. « Doctrines », 2014, p. 183-209).

Certes, dans sa version classique, le dualisme n'est pas exempt de critiques – ne fût-ce que parce que, contrairement à ce que le mot laisse entendre, il y a non pas deux, mais un grand nombre d'ordres juridiques : d'abord autant d'ordres juridiques internes que de droits nationaux ; mais aussi les droits internes des organisations internationales (y compris celui de l'UE), des droits « a-nationaux » qui se sont affirmés hors de l'emprise de l'État, voire, peut-être, des droits « mixtes » comme « le » droit de l'investissement ou celui du Centre international de règlement des investissements (CIRDI¹⁰). Par ailleurs, si l'on y réfléchit, le « dualisme »¹¹ n'est, au fond, qu'un monisme pluriel : chacun de ces ordres juridiques se comporte comme s'il était seul au monde. Mais c'est alors de « perspectivisme » qu'il faut parler : selon que l'on se place *dans la perspective* du droit interne, ou du droit international ou du (ou des) droit(s) européen(s)¹², ou de la *lex mercatoria*, etc. ce sont les règles propres à chacun de ces ordres qui prévaudront (et que les juges, s'il en existe) devront appliquer en priorité, celle ayant d'autres origines ne trouveront à s'appliquer que si et dans la mesure où les règles propres le prévoient ou y renvoient.

III. LE « MONISME CONSTITUTIONNEL » À LA FRANÇAISE, UN SYSTÈME PRAGMATIQUE ET GLOBALEMENT SATISFAISANT

Si l'on transpose ces banalités aux relations entre le droit français et les ordres juridiques avec lesquels il entretient des rapports, il apparaît que :

1°. Les juges français sont des juges français ;

2°. Les droits externes sont des droits externes ;

3°. *Ergo* les juges français sont tenus de mettre en œuvre les droits externes si et dans la mesure (seulement si et seulement dans la mesure) où le droit français le leur impose (ou simplement le leur permet¹³) ;

4°. Et c'est aussi ce droit (français) qui établit la place des droits externes dans la hiérarchie des normes au sein de l'ordre juridique français.

Il ne s'agit pas là de propositions doctrinales, mais bien de la description du droit positif tel que les juridictions françaises l'appliquent ; tel, je pense, qu'elles ont raison de l'appliquer ; et tel aussi qu'il me paraît inévitable qu'elles l'appliquent. Et, bien sûr, si les mots ont un sens, ceci est totalement incompatible avec le prétendu « monisme » dont se réclame notre pays depuis 1946.

Moyennant quoi, force est de reconnaître que les juges français ont eu bien du mal à se plier aux règles du jeu imposées par les Constitutions de la IV^e puis de la V^e Républiques même si, vu de Sirius en tout cas, les choses sont maintenant rentrées dans l'ordre, malgré quelques étrangetés qui demeurent lorsque le Huron se rapproche du Palais-Royal¹⁴.

10. Je n'entends pas prendre position ici sur ces phénomènes intrigants.

11. Je conserve le terme puisqu'il est consacré, mais c'est bien le « pluralisme juridique » que j'entends décrire.

12. Celui découlant de la Conv. EDH est aussi, à mon sens, un ordre juridique (européen) même s'il n'attire pas autant l'attention à cet égard que celui de l'Union.

13. La nuance n'est pas négligeable ; mais au niveau de généralité auquel se place ce billet d'humeur, il n'est pas indispensable de s'y arrêter.

14. J. RIVERO, « Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., p. 37.

Il n'est pas certain que la III^e République savait qu'elle était dualiste, mais, comme ses prédécesseurs¹⁵, elle l'était, au moins à la manière de M. Jourdain. Et sans état d'âme ; certes, on y applique les traités dûment ratifiés et promulgués mais, « [à] supposer même qu'il y eût conflit [entre le traité et la loi] quel serait le devoir du juge ? Ici, aucun doute », enjoignait le procureur général Matter dans ses fameuses conclusions de 1933 dans l'affaire *Sanchez*, « vous ne connaissez ou ne pouvez connaître d'autre volonté que celle de la loi »¹⁶.

Chacun le sait : enfin Georges Scelle vint et, avec lui, l'invention du monisme constitutionnel, que le monde est censé nous envier mais dont, et je le dis sans ironie, la France peut en effet s'enorgueillir car c'est certainement le système le plus « commode », celui qui permet aux États de concilier au mieux – en tout cas le moins mal – leurs obligations internationales et leurs règles internes et, par conséquent, de limiter les risques de voir engager leur responsabilité internationale ; et l'on comprend que ce système ait été souvent imité et parfois surpassé.

De quoi s'agit-il ? De faciliter l'application de l'adage selon lequel « *international law is part of the law of the land* » d'une part, en permettant que les normes d'origine internationale – celles du « droit public international » pour reprendre l'expression scellienne qui figure dans le Préambule de 1946 – soient appliquées sans « transformation » dans l'ordre juridique national ; d'autre part, en élevant d'un cran – ou plus – leur niveau dans la hiérarchie des normes. S'agissant des traités régulièrement ratifiés et approuvés en tout cas, ils ont « force de loi » proclamait l'article 26 de la Constitution de 1946 ; « une autorité supérieure à celle des lois » dit, plus clairement, l'article 55 de celle de 1958.

On le sait : les juges ne l'entendent pas tout de suite de cette oreille. Il a fallu dix-sept ans à la Cour de cassation¹⁷ pour se résigner à donner effet à cette disposition ; et le Conseil d'État a encore fait de la résistance durant quatorze années supplémentaires¹⁸. Et, à vrai dire, nos cours suprêmes avaient bien raison d'être réticentes : ce n'est pas aux juges « ordinaires » de faire appliquer la Constitution, mais au Conseil constitutionnel. Celui-ci défaillant¹⁹, les juges judiciaires et administratifs ont dû prendre le relais. Mais ce n'est que parce que celui-ci avait tort qu'ils ont eu raison et que les jurisprudences *Café Jacques Vabre* et *Nicolo* doivent être approuvées. Il reste que, les choses étant ce qu'elles sont, on peut se demander pourquoi les juges acceptent de contrôler la conformité des lois aux traités et non à la Constitution, qui leur est pourtant supérieure.

Ceci dit, et toujours vu de Sirius, ce qui est frappant dans ce prétendu monisme, c'est qu'il est *constitutionnel*. L'expression est un pur oxymore : s'il est « constitutionnel », le système de réception des normes *externes* ne peut pas être moniste ou alors c'est du monisme à prédominance interne ce que je crois tout aussi chimérique. Ceci étant, en pratique, l'appellation n'importe guère ; le fait est que, si les règles juridiques d'origine internationale (ou européenne si cela doit être différent) sont reçues et appliquées (notam-

ment 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. C'est la Constitution qui en impose l'application ; c'est elle qui leur assigne une place dans la hiérarchie des normes. Et les trois juridictions suprêmes le rappellent à l'envi : « la suprématie (...) conférée aux engagements internationaux [par l'article 55 de la Constitution] ne s'applique pas, *dans l'ordre interne*, aux dispositions de nature constitutionnelle »²⁰. Et rien, pas même le principe de primauté du droit de l'UE, « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »²¹. Que l'on s'appuie sur l'article 55 de la Constitution ou sur l'inutile article 88-1²², ce sont eux qui justifient l'application par le juge du droit externe ; pas « le droit international » ou « le droit européen ». 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 international²³ et le fait que le Conseil constitutionnel ait « constitutionnalisé » le principe *pacta sunt servanda*²⁴ ne change rien à l'affaire. Ceci étant, si les juges français n'ont pas été rapides à se convertir au monisme constitutionnel à la française, c'est chose faite et c'est très bien ainsi.

IV. ORDRE JURIDIQUE ET NORME SUPRÊME

La position des juges français trouve des échos à l'étranger, y compris dans des États réputés très ouverts au droit international. Il suffit à cet égard de penser à la décision, très scandaleuse aux yeux des internationalistes bon teint, de la Cour constitutionnelle italienne du 22 octobre 2014, qui refuse de donner effet à un arrêt de la Cour mondiale pour cause de supériorité de la Constitution²⁵ ; ou à celle de la Cour constitutionnelle colombienne du 2 mai 2014 qui considère que la Constitution exige, pour donner effet à un autre arrêt de la Cour internationale de justice (CIJ)²⁶, l'adoption d'un traité « modifiant les frontières » de la Colombie, dont la ratification serait soumise au Parlement²⁷ ; ou même à la décision du 4 mai 2011 de la Cour constitutionnelle allemande – un bon élève

20. CE, ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et autres, Lebon*, p. 368 ; *Grandes décisions* (V. CHAMPEIL-DESPLATS), p. 276-289 ; ou Cass., ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse, Bull. ass. plén.*, p. 813 ; *Grandes décisions* (M. FORTEAU), p. 330-340.

21. CE, 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, Lebon*, p. 260 ; *Grandes décisions* (S. MILLAN), p. 352-360.

22. Dont M. Troper a relevé à bon droit qu'il consiste à affirmer que c'est « par une manifestation de sa souveraineté, en modifiant sa constitution, que le peuple français a accepté » la primauté du droit communautaire (« Le pouvoir constituant et le droit international », in R. BEN ACHOUR ET AL. (dir.), *L'internationalisation du droit constitutionnel*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2007, p. 404-405). Mais cette disposition est superflue : la même chose découle de l'article 55.

23. Cette position rejoint celles des juridictions de pays dualistissimes comme l'Angleterre (v. Chambre des lords, *International Tin Council Case, JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v/ Department of Trade and Industry*, [1990] 2 AC 418, p. 476-477, 483, 499, 500) ou l'Italie (C. const., 11 juill. 1961, n° 46, *Il Foro italiano*, 1961-I, p. 1044).

24. Cons. const., 9 avr. 1992, *Traité sur l'UE, Rec. Cons. const.*, p. 55, cons. 7 ; *Grandes décisions* (L. LAITHIER), p. 216-229 ; ou Cons. const., 22 janv. 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale, Grandes décisions* (O. DE FROUVILLE), p. 303-321.

25. C. const. (Italie), 22 oct. 2014, déc. n° 238/2014, <www.cortecostituzionale.it>. Pour ma part, je désapprouve cette décision, non pas dans son principe, mais parce que, en l'espèce, il était parfaitement possible de faire de la Constitution italienne une lecture qui eût permis de la concilier avec l'application de bonne foi de l'arrêt de la Cour.

26. CIJ, 19 nov. 2012, *Différend territorial et maritime entre Nicaragua et Colombie, Rec. CIJ*, 2012, p. 624.

27. C. const. (Colombie), 2 mai 2014, arrêt C-269/14, *Actio popularis d'inconstitutionnalité contre les articles II (en partie), V (en partie), XXXI et L de la loi n° 37 de 1961 portant approbation du traité américain de règlement pacifique (pacte de Bogotà)*, trad. fr. disponible en tant qu'annexe n° 4 des exceptions préliminaires de la Colombie, vol. II, aff. *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c/ Colombie)*, <www.icj-cij.org/docket/files/124/17165.pdf>.

15. V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1811, *Dame Champeaux-Grammont, Bull. civ.*, p. 162, qui reconnaît l'applicabilité d'un traité sur le fondement d'une disposition du Code civil (v. le commentaire de cette décision par L. HEISTEIN, *Grandes décisions, op. cit.*, p. 5, § 8-9).

16. V. Cass. 1^{re} civ., 22 déc. 1931, *Sanchez, D.* 1932-1, p. 113, concl. Paul Matter. Cet arrêt, comme la plupart de ceux auxquels est fait référence ci-après, est commenté dans les *Grandes décisions* (A. FOULATIER), p. 31-41.

17. Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société Cafés Jacques Vabre, Bull.*, n° 4, p. 6 ; *Grandes décisions* (J. DUPENDANT), p. 82-95.

18. CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo, Lebon*, p. 190 ; *Grandes décisions* (A. PELLET), p. 169-191.

19. Cons. const., 15 janv. 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, Rec. Cons. const.*, p. 19 ; *Grandes décisions* (N. HAJJAMI), p. 69-81.

de l'internationalisme pourtant – qui rappelle que la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) occupe un rang inférieur à la Loi fondamentale²⁸.

Et, pour leur part, les juges non nationaux, qui ne peuvent pourtant pas appeler la souveraineté à la rescousse, adoptent la même attitude « impérialiste ». La Cour de Luxembourg proclame selon la célèbre formule de *Costa c/ Enel* « qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit »²⁹ ; il en résulte « que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE³⁰... » ou, selon la synthèse formulée par la Cour de justice de l'UE (CJUE) dans l'avis du 18 décembre 2014 sur l'*Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme*, que « l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union »³¹. Et la Cour mondiale n'est pas en reste : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »³².

Il n'y a pas lieu de s'indigner de ceci et, en tout cas, il faut s'en accommoder. Au demeurant, le problème n'est pas de savoir qui a « théoriquement raison », mais de constater que, décidément, tout est affaire de perspective³³.

V. FOI DE HURON³⁴ : MONISME VRAIMENT ?

Autant on ne peut qu'approuver (certains diraient : « que se résigner à ») la suprématie de la Constitution lorsque l'on se place dans la perspective du droit interne autant, en revanche, les choses se gâtent un peu lorsque l'on essaie d'y aller voir d'un peu plus près : car même constitutionnel, le « monisme » trouve une expression imparfaite dans la Constitution et l'application qu'en font les juges est discutable à plusieurs égards malgré des avancées encourageantes³⁵.

28. C. const. féd. (Allemagne) (BVerfG), 4 mai 2011, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, *G et al.* ; V. aussi C. const. fed. (Allemagne) (BVerfG), 14 oct. 2004, 2 BvR 1481/04, *Görgülü*, <www.bundesverfassungsgericht.de> ; dans le même sens, C. const. (Russie), 14 juill. 2014, n° 21-II/2015 ; un résumé en anglais est disponible sur le site de la Cour, www.kstrf.ru.

29. CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Flaminio Costa c/ Enel*, EU:C:1964:66.

30. CJUE, Gde Ch., 3 sept. 2008, aff. jtes. C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I)*, Rec. CJUE, 2008, p. I-6351 (v. surtout § 285-300).

31. CJUE, ass. plén., avis 2/13, 18 déc. 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, § 170.

32. CPJI, 25 mai 1926, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19.

33. Étant remarqué que, dans des circonstances exceptionnelles, la perspective peut être équivoque – notamment lorsqu'une Constitution est d'origine internationale ; ainsi, dans son avis consultatif du 22 juillet 2010, la CIJ a relevé, à propos du Kosovo, que « [l]e cadre constitutionnel tient sa force obligatoire du caractère contraignant de la résolution 1244 (1999) et, partant, du droit international. En ce sens, il revêt donc un caractère juridique international », tout en observant « que ce cadre constitutionnel constitue en même temps l'un des rouages de l'ordre juridique spécifique, créé en vertu de la résolution 1244 (1999), applicable seulement au Kosovo et destiné à réglementer, pendant la période intérimaire instituée par cette résolution, des questions qui relèvent habituellement du droit interne plutôt que du droit international » (CIJ, avis consultatif, 22 juill. 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, § 85-91).

34. V. J. RIVERO, *op. cit.*, note 14.

35. Ainsi, on peut se féliciter des positions audacieuses prises par les juridictions des deux ordres en ce qui concerne la réciprocité comme condition non pas d'existence du traité dans l'ordre juridique français, mais comme une « simple réserve » mise à leur application (v. Cons. const., 30 déc. 1980, *Loi de finances pour 1981*,

L'affaire est entendue : c'est l'article 55 de la Constitution qui constitue le fondement de l'application immédiate (sans incorporation spéciale, ou transposition interne) des traités. Mais cela ne vaut pas pour le droit non écrit, qu'il s'agisse de la coutume ou des principes généraux de droit ou du droit international – que les juges français confondent d'ailleurs allègrement³⁶. S'agissant de ces normes non écrites, leur réception dans le droit français trouve – un peu artificiellement – son fondement dans le paragraphe 14 du préambule de la Constitution de 1946. Du coup, nos trois cours suprêmes, non sans quelques tâtonnements, ont dû s'arrêter à une solution prétorienne – qui est défendable même si elle n'est pas inéluctable : la coutume et les principes d'origine internationale (quels qu'ils soient) sont applicables dans l'ordre juridique français³⁷ et y ont une place certainement infraconstitutionnelle³⁸ et probablement égale à celle des lois³⁹.

La Constitution est tout aussi muette sur l'applicabilité en droit français des actes unilatéraux des organisations internationales (autres que l'UE⁴⁰). Il faut reconnaître que leur identification n'est pas toujours aisée et la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne contribue à celle-ci qu'assez partiellement⁴¹. Par ailleurs, si l'article 55 a servi de fondement à l'application du droit dérivé communautaire⁴², les juges sont, à tort, réticents (et c'est une litote !) à étendre cette jurisprudence aux décisions des organisations « de coopération »⁴³. Au surplus, la jurisprudence française leur dénie, par principe et de manière tout aussi discutable, tout effet direct ce qui n'est guère compatible avec le monisme dont la France se réclame⁴⁴.

Mais le problème de l'effet direct est plus général – par l'intermédiaire de ce qui s'apparente davantage à un stratagème qu'à une nécessité logique, les juges se sont arrogé une prérogative que la Constitution ne leur reconnaît pas, mais qui vide largement de sens l'orientation moniste de la Constitution : celle de décider si les dispositions d'un traité sont ou non *self-executing* et pendant longtemps ils l'ont fait au cas par cas, sans

n° 80-126 DC, Rec. Cons. const., p. 53, cons. 6. V. aussi CE, ass., 9 juill. 2010, *Cheriet-Benseghier, Lebon*, p. 251 ; *Grandes décisions* (A. SOUSSAN), p. 564-578).

36. V. not. Cass. crim., 6 oct. 1983, *Barbie*, Bull. crim., n° 239 ; *Grandes décisions* (M. EUDES), p. 145-153 ; CE, 23 oct. 1987, *Nachfolger Navigation Co.*, Lebon, p. 319 ; *Grandes décisions* (L. STEFANI), p. 154-168 ; CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone, Lebon*, p. 206 ; *Grandes décisions* (E. HENNEQUET), p. 265-275. Les principes centraux du droit international sont des règles coutumières de large portée ; expressément mentionnés à l'article 38 du Statut de la CIJ (en tant que « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »), les principes généraux de droit sont ceux qui sont communs à l'ensemble des États – ou, en tout cas, des grands systèmes de droit interne.

37. *Nachfolger Navigation Co.*, préc.

38. CE, ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, préc., p. 271-273 ; v. aussi CE, 28 juill. 2000, *Paulin, Lebon*, p. 317.

39. Il convient de rester prudent car, sauf erreur, la question d'une contrariété entre une loi et une coutume postérieure ne s'est jamais posée. V. cependant les concl. de MASSOT sur CE, sect., 23 oct. 1987, *Nachfolger Navigation Co.*, préc., dans lesquelles le commissaire du gouvernement s'interroge sur la date d'existence d'une coutume internationale (RFDA, 1987, p. 965 ; v. aussi. comm. L. STEFANI, *Grandes décisions*, p. 166-167).

40. V. Cons. const., 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*, Rec. Cons. const., p. 15 ; Cons. const., 29 avr. 1978, *Quote-part de la France au FMI*, Rec. Cons. const., p. 23 ; CE, 3 nov. 2004, *Association secours mondial de France, Lebon t.*, p. 548 ; *Grandes décisions* (A. MIRON), p. 393-406 ; Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 2006, *Dumez, Bull. civ.*, n° 202, 2006-I ; *Grandes décisions* (M. DEVERS), p. 432-445 ; Cass. crim., 17 févr. 2010, *Carré d'As IV, Bull. crim.*, n° 32 ; *Grandes décisions* (J.-M. THOUVENIN), p. 525-534 ; pour une analyse comparative de l'applicabilité des actes unilatéraux des organisations internationales de coopération, v. A. MIRON, *Le droit institutionnel international devant les juridictions internes*, thèse, université Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense, 9 déc. 2014, 660 p.

41. V. Cons. const., 19 juin 1970, *Traité de Luxembourg*, (P. DAILLIER), *Grandes décisions*, p. 63-64, § 11-16 ; Cons. const., 29 avr. 1978, *Quote-part de la France au FMI*, (B. SAMSON), *ibid.*, p. 129-132, § 21-34.

42. CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, préc.

43. V. Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 2006, *Dumez*, (M. DEVERS), *Grandes décisions*, p. 432-445.

44. *Ibid.* et A. MIRON, *Le droit institutionnel international devant les juridictions internes*, *op. cit.*, chap. 3.

que l'on puisse déterminer les critères retenus. Le Conseil d'État a quelque peu clarifié sa position dans l'arrêt *GISTI et FAPIL* de 2012⁴⁵, mais l'approche de la Cour de cassation demeure équivoque⁴⁶. 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 internes⁴⁷.

Les quelques problèmes évoqués ci-dessus ne sont pas les seuls qui accroissent les doutes que l'on peut nourrir sur la réalité du monisme à la française. On peut mentionner également le durcissement jurisprudentiel relatif à l'exigence constitutionnelle de publication des traités qui s'apparente à une réinvention de l'exigence de promulgation, en principe abandonnée depuis 1946, et crée un risque de confusion, en tout cas terminologique, entre conditions d'entrée en vigueur et conditions d'efficacité interne comme le montre la formule suivante : « l'entrée en vigueur dudit traité dans l'ordre interne (...) est subordonnée, conformément aux dispositions de l'article 55 de la Constitution, à sa publication »⁴⁸. On peut aussi penser aux incertitudes persistantes qui s'attachent à la validité constitutionnelle des accords en forme simplifiée, que l'on ne peut raisonnablement assimiler aux « accords internationaux non soumis à ratification » visés à l'article 52 de la Constitution⁴⁹ (même si telle a sans doute été l'intention des constituants⁵⁰).

Et, l'on ne peut également que regretter les hésitations coupables des juges français à consacrer la notion de *jus cogens* – même si le temps de la croisade un peu puérile de la France contre ce concept nécessaire semble révolu et si le refus de l'accueillir se fait moins catégorique. C'est que, si souveraineté absolue il y a eu, il n'est certainement plus acceptable – en admettant que ça l'eût été dans le passé – de considérer que le concept occupe toute la scène juridique internationale. À côté, au-delà, de l'État souverain, il y a des notions fondatrices et explicatrices du droit international, qui transcendent la juxtaposition des souverainetés et, progressivement – même si encore marginalement, les notions d'humanité et de communauté internationale ont commencé à produire des effets juridiques concrets dans le droit positif international. Et ce ne sont pas les discours français obstinés – mais heureusement aujourd'hui un peu assourdis – dans les enceintes internationales qui peuvent empêcher cet affleurement bienvenu, même si l'on ne peut que regretter que les juridictions françaises soient encore si hésitantes pour consacrer cette notion – malgré quelques frémissements récents, surtout du côté de la Cour de cassation⁵¹. Ce n'est pas là une bonne manière d'honorer la fière proclamation du préambule

45. V. CE, ass., 11 avr. 2012, *GISTI et FAPIL*, *Lebon*, p. 142, *Grandes décisions* (F. LATTY), p. 674-695.

46. Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 2005, *M. François X.*, *Bull.*, n° 212, *Grandes décisions* (C. PAPINOT), p. 407-419.

47. A. PELLET et A. MIRON, « "Nationalisation" du droit international et particularismes constitutionnels français », in P. D'ARGENT ET AL. (dir.), *Les limites du droit international. Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, p. 325-354.

48. CE, 7 juill. 2000, *Fédération nationale des associations tutélaires*, *Lebon t.*, p. 821. 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 (v. Cass. comm., 2 mai 1972, *Bull.*, n° 124, p. 126).

49. CE, ass., 13 juill. 1965, *Société Navigator*, *Lebon*, p. 423, *Grandes décisions*, (A. BEN MANSOUR), p. 49-59.

50. V. COMM. A. PELLET, art. 53, in F. LUCHAIRE et G. CONAC (dir.), *La Constitution de 1958*, Economica, 2^e éd., 1987, p. 1005-1038.

51. V. Cass. crim., 13 mars 2001, *Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Association SOS Atteints et autres* ; Cass. 1^{re} civ., 9 mars 2011, *La Réunion aérienne, Groupement d'intérêt économique et autres c/ Jamabiriyah arabe libyenne, populaire et socialiste*, *Grandes décisions* (C. BORIES), p. 610-620 ; Cass. crim., 19 mars

de la Constitution de 1946 selon laquelle « [l]a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Le *jus cogens*, les normes impératives du droit international général, sont le cœur, le noyau dur et humaniste du droit international – il n'est pas digne de la République de le répudier.

VI. UNE AFFAIRE DE PERSPECTIVE

Voici qui atténue quelque peu les considérations initiales de ce billet d'humeur, qui peut paraître bien étriqué, peu internationaliste, peut-être même – *horresco referrens!* – « souverainiste » : ayant choisi de décrire la jurisprudence française relative au droit international public (DIP), il m'a fallu me placer dans le cadre de l'office du juge français qui est d'appliquer le droit français, fût-il d'origine externe. Ceci dit, je serais arrivé à la conclusion, à la fois même et inverse, si j'avais décrit l'attitude du juge international vis-à-vis des droits nationaux : légitimement et inévitablement, il applique le droit international dont il affirme la supériorité sur toutes autres règles tandis qu'il ne recourt à ces autres règles que si le droit qu'il a la charge d'appliquer y renvoie et en s'assurant que ces autres règles sont compatibles avec celui-ci. Et il en va de même lorsque le juge européen – de Luxembourg ou de Strasbourg – fait prévaloir les règles posées par le (ou issues du) traité qui le crée sur toutes les normes ayant une autre origine.

Charbonnier est maître chez lui, et toute juridiction fait, *in fine* et légitimement, prévaloir la loi suprême de l'ordre juridique au sein duquel elle œuvre. Ni monisme, ni dualisme donc, mais « perspectivisme ».

2013, *Mme Lydienne X.*, *Bull. crim.*, n° 65, p. 123 ; v. aussi concl. J. BOUCHER sur CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandryne de Brito Paiva*, *Lebon*, p. 635 ; *Grandes décisions* (A. PELLET), p. 652-673.