

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Faculté de droit et des sciences économiques

La force obligatoire du droit international en droit interne

Etude de droit constitutionnel comparé

Thèse présentée
à la Faculté de droit et des sciences économiques
de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de Docteur en droit

par

PIERRE LARDY

1966
Imprimerie Kreis & Cie, S.A.
Bâle

Qu'il nous soit permis de remercier ici la Direction de la
BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX,
particulièrement Monsieur Antonio d'AROMA, Secrétaire Général,
et Monsieur Henri GUIBAN, Conseiller Juridique,
de leur bienveillance et des facilités qui nous ont été accordées
pour nous permettre d'achever ce travail.

**LA FORCE OBLIGATOIRE
DU DROIT INTERNATIONAL
EN DROIT INTERNE**

**ÉTUDE DE DROIT CONSTITUTIONNEL
COMPARÉ**

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Faculté de droit et des sciences économiques

Le Conseil de la Faculté de droit et des sciences économiques autorise la publication de la thèse de doctorat de M. Pierre Lardy, intitulée:

LA FORCE OBLIGATOIRE DU DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE;

Etude de droit constitutionnel comparé

sans assumer de responsabilité à l'égard des opinions qui y sont énoncées.

Neuchâtel, le 23 septembre 1965

Le doyen:
J.-F. Aubert

A mes parents
A ma femme

INTRODUCTION

Le problème des relations du droit international et du droit interne n'est certes pas nouveau et a fait l'objet de vives controverses doctrinales. Depuis que LABAND dans son ouvrage consacré au droit public allemand¹ esquissa pour la première fois une théorie des rapports des deux ordres, les juristes n'ont cessé de s'affronter sur le problème de l'autorité du droit international en droit interne. Ces controverses sont encore loin de s'éteindre, et tant que l'ordre international n'aura pas pris le caractère d'une organisation superétatique, munie de moyens de contrainte et possédant ses propres agents d'exécution, il sera toujours loisible aux uns de prétendre que la souveraineté étatique est imperméable aux injonctions du droit des gens, et aux autres d'affirmer que le droit international, régissant les relations entre Etats, doit avoir priorité sur les normes étatiques et s'imposer directement aux organes nationaux.

Il n'est pas dans notre intention d'entrer dans le vif de ce débat doctrinal ni d'apporter une contribution nouvelle aux études théoriques entreprises sur ce sujet. Notre propos, dans le travail qui va suivre, sera, en nous en tenant à l'observation de la réalité juridique, d'examiner quelles solutions le droit positif apporte actuellement au problème qui nous occupe. Dès l'abord, une constatation s'impose: l'ordre international, privé d'organes centralisés et ne disposant pas des moyens nécessaires pour faire respecter directement ses injonctions, a recours à la collaboration des Etats. Ainsi, par une sorte de délégation de compétences, les organes étatiques se trouvent investis de la fonction de mettre en œuvre le droit international. De la bonne volonté de ces organes dépend donc, en fin de compte, la réalisation concrète de la primauté du droit des gens. Il s'ensuit que pour connaître l'état actuel des relations entre le droit international et le droit interne, il est essentiel de rechercher comment les différents Etats s'acquittent de leur mission ou, en d'autres mots, quelles sont les mesures de droit public interne prises pour réaliser la mise en œuvre du droit international au niveau de l'application aux individus. Or, il apparaît, à cet égard, que depuis la fin de la deuxième

¹ P. LABAND: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876-1882.

guerre mondiale une évolution se dessine: les Etats ont de plus en plus tendance à introduire dans leurs constitutions des dispositions concernant l'application du droit international par les autorités nationales et définissant leur force obligatoire par rapport aux normes étatiques. Cette tendance s'est essentiellement manifestée en Europe occidentale où la République fédérale d'Allemagne, l'Autriche, la France, l'Italie et les Pays-Bas réglementent dans leurs nouvelles constitutions la question de l'application du droit des gens.

Alors qu'au lendemain du conflit mondial les espérances s'orientaient vers la création d'une organisation mondiale qui serait en mesure «par le haut» d'imposer aux Etats le respect des normes du droit international, il semble à présent que la coordination des relations entre Etats a tendance à se réaliser au niveau décentralisé des constitutions étatiques. Nous nous proposons dans cette étude d'examiner cette intéressante évolution du droit positif et de mesurer la portée pratique de cette tendance. Il s'agira tout d'abord de décrire les solutions qui ont été adoptées par les constituants, ainsi que leur application par le législateur, l'administrateur ou le juge. Nous comparerons entre elles les réglementations de différents pays et tenterons d'en apprécier les mérites respectifs.

Notre choix a porté sur les réglementations de quatre pays européens, à savoir celles de la République fédérale d'Allemagne, de la France, des Pays-Bas et de la Suisse. Cette sélection peut paraître arbitraire et l'on nous objectera que, par exemple, l'Autriche et l'Italie connaissent également des dispositions constitutionnelles récentes en matière d'application du droit international et que, par ailleurs, parmi les réglementations décrites, celle de la Suisse est purement jurisprudentielle et n'a pas fait l'objet de modifications récentes. Si, parmi les réglementations constitutionnelles nouvelles, nous avons retenu celles de l'Allemagne, de la France et des Pays-Bas, c'est qu'elles sont particulièrement innovatrices et se placent à l'avant-garde des tendances modernes en matière d'application du droit international. On ne peut pas en dire autant des dispositions constitutionnelles autrichiennes et italiennes qui continuent pratiquement une jurisprudence établie.

Quant à la Suisse, nous l'avons choisie tout d'abord parce qu'il nous a paru intéressant d'opposer aux pays ayant opté pour une réglementation constitutionnelle expresse un Etat qui a laissé à la jurisprudence le soin de dégager les principes applicables en ce domaine; ainsi, nous pourrions opérer des comparaisons et tirer des conclusions quant au

système le plus favorable à la mise en œuvre harmonieuse du droit international; une seconde raison de retenir la Suisse (plutôt que la Grande-Bretagne, par exemple, qui connaît également une réglementation jurisprudentielle) a été que, ressortissant suisse, nous avons particulièrement à cœur de confronter la pratique suivie par nos tribunaux avec les tendances modernes d'autres Etats et d'apprécier si une révision de cette pratique s'imposait ou non.

Notre étude n'aspire pas à couvrir l'ensemble du sujet, mais constituera une simple approche du problème, une tentative de mesurer l'importance de l'évolution en cours à la lumière d'un certain nombre d'exemples particulièrement révélateurs. Quant à la méthode à suivre, nous avons choisi d'étudier les réglementations par pays, et non par matière. Sans doute étions-nous tentés d'examiner dans un premier chapitre les différentes réglementations concernant le droit international coutumier, puis d'analyser dans un autre chapitre les solutions adoptées en matière d'application des traités et ainsi de suite. Ce procédé aurait permis des comparaisons plus systématiques. Si nous nous sommes néanmoins ralliés à la solution d'une étude par pays, c'est que cette méthode présentait l'avantage, essentiel à notre avis, de mieux dégager l'esprit de chacun des systèmes nationaux. D'ailleurs, ainsi qu'on le constatera dans notre étude, les différents Etats considérés n'ont pas mis l'accent sur les mêmes aspects du problème: les uns, comme l'Allemagne, s'attachent principalement à réaliser la primauté des règles générales du droit international; d'autres, comme la France, consacrent leur réglementation à l'application des traités; des rapprochements par secteur conduiraient donc à des conclusions moins intéressantes que des comparaisons générales portant sur les différentes réglementations nationales considérées dans leur ensemble.

Les questions particulières soulevées par les relations entre les droits nationaux et le droit des communautés européennes seront évoquées dans le cadre des chapitres consacrés aux différents Etats. En effet, au stade actuel, l'application des règles communautaires paraît encore largement influencée par les conceptions nationales traditionnelles en matière de mise en œuvre du droit international conventionnel.

Nous avons relevé plus haut que nous resterions dans la mesure du possible à l'écart des controverses doctrinales. Cependant, pour une meilleure compréhension du sujet, il nous paraît important, avant d'examiner les solutions du droit positif, de passer en revue les principales

théories concernant la question des relations entre le droit international et le droit interne. Car toute réglementation concrète est la résultante de confrontations d'idées, d'oppositions doctrinales et de discussions théoriques; en d'autres mots, la règle positive réalise en quelque sorte une «idée du droit». Toute action a le caractère d'un passage de l'abstrait au concret, de la réflexion à la construction. Nous ne saurions dès lors nous abstenir de faire une incursion dans le domaine des théoriciens, si nous ne voulons pas passer sous silence les motifs qui ont inspiré le constituant, le législateur ou le juge. Nous éviterons cependant de nous engager dans le débat doctrinal et de prendre position, notre intention étant de laisser au droit positif le soin d'éclairer le débat à la lumière des faits.

PARTIE I

LES SOLUTIONS DOCTRINALES

LES SOLUTIONS DOCTRINALES

Ainsi que nous l'avons relevé plus haut, les théories portant sur les relations entre le droit international et le droit interne se groupent pour l'essentiel en deux tendances que nous évoquerons tour à tour : le dualisme et le monisme.

Les écoles en présence se fondent principalement, pour justifier leurs développements théoriques, sur une observation de la pratique suivie par les Etats, mais il est frappant de constater que, de part et d'autre, ce sont les mêmes faits qui sont invoqués à l'appui de conclusions diamétralement opposées. Le véritable débat paraît donc se situer au niveau de l'appréciation des circonstances concrètes de la vie juridique internationale, les solutions variant selon que l'accent est mis sur tel phénomène plutôt que sur tel autre¹. Chaque école attribue évidemment aux faits observés la signification qui est la plus favorable à la position théorique qu'elle a adoptée a priori.

La discussion entre dualistes et monistes se complique encore du fait que les adversaires en présence ne parlent pas toujours le même langage ; les uns se cantonnent dans une observation statique du droit positif actuel, alors que les autres s'efforcent de décrire l'évolution des relations entre le droit international et le droit interne vers une meilleure harmonie et ont tendance parfois à confondre leurs espoirs avec la réalité du présent.

En un certain sens l'on se trouve en présence d'un « dialogue de sourds », puisque les arguments avancés par les uns ne sont jamais de nature à convaincre les autres, et que les deux parties ont à la fois tort et raison, selon la perspective dans laquelle on se place pour apprécier leurs points de vue.

CHAPITRE I - LE DUALISME

La théorie dualiste se fonde sur l'idée qu'il existe une scission absolue entre l'ordre international et l'ordre interne. Il s'agirait de deux systèmes ayant chacun sa validité propre, mais qui ne relèveraient pas d'un

¹ H. WAGNER: *Monismus und Dualismus; eine methodenkritische Betrachtung zum Theorienstreit*, AöR 1964, pp. 212ss, p. 214.

ordre supérieur qui leur soit commun : ils se trouveraient juxtaposés sans pourtant se recouper.

Cette théorie a été esquissée pour la première fois par le publiciste allemand P. LABAND², mais ce ne fut que sous l'impulsion de H. TRIEPEL³ que la nouvelle doctrine s'élabora sur des bases théoriques solides. Approfondie et précisée, elle connut un grand rayonnement au début du siècle et de nombreux juristes, notamment en Allemagne et en Italie, s'en font encore les défenseurs⁴.

Section I – Exposé de la doctrine dualiste

Le droit des gens et le droit interne ne sont pas seulement des parties distinctes du droit, mais constituent aussi et surtout des systèmes juridiques séparés. «Ce sont deux cercles qui sont en contact intime, mais qui ne se superposent jamais.»⁵ Cette coupure a pour conséquence que les normes d'un ordre n'ont aucune influence sur celles de l'autre, de sorte qu'une loi interne doit être considérée comme un fait par le droit international et réciproquement. Chaque ordre, possédant son fondement séparé, trouve en lui-même son caractère obligatoire.

Les auteurs qui ont énoncé cette distinction l'ont fondée sur certaines considérations théoriques et de fait :

- 1) différence des rapports régis ;
- 2) différence des sources ;
- 3) certains faits de la vie juridique.

§ 1. *Distinction basée sur la différence des rapports régis par les deux ordres*

La règle juridique a essentiellement pour but de régler les relations sociales. Deux ordres juridiques sont différents quand ils régissent des rapports sociaux de nature différente et s'adressent à des sujets différents⁶.

Le droit interne règle, d'une part, les rapports entre individus qui sont soumis à sa souveraineté, et définit, d'autre part, les rapports entre les

¹ *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876-1882, p. 126.

² *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

Le droit international et le droit interne, traduction R. Brunel, Paris, 1920.

³ ANZILOTTI, CAVAGLIERI, DROST, MORELLI, OPPENHEIM, QUADRI, BALLADORE PALLIERI, PERASSI, ROSS, WALZ, WENGLER, etc.

⁴ TRIEPEL : *Le droit international et le droit interne*, p. 110.

De même K. STRUPP : *Éléments de droit international public*, 2^e éd., Paris, 1930, p. 21.

⁵ TRIEPEL : *Le droit international et le droit interne*, p. 12.

individus et l'Etat lui-même. Le droit international, par contre, régit uniquement les relations entre Etats. Ceux-ci sont les seuls sujets du droit international, à l'exclusion des individus qui ne peuvent être que l'objet de ses règles. Les particuliers voient souvent leurs droits et leurs obligations définis par l'ordre international, mais ils ne sont jamais sujets de cet ordre car celui-ci ne s'adresse pas directement à eux⁷.

Les dualistes relèvent que les relations entre Etats concernent des sujets égaux et sont donc bien différentes du rapport de subordination des individus vis-à-vis de l'Etat en droit interne, qu'il s'agisse de droit privé ou de droit public.

§ 2. Distinction basée sur la différence des sources des deux ordres

La seconde distinction entre les deux ordres résiderait dans la différence des sources dont ils découlent. TRIEPEL entend par source juridique « la volonté dont la règle juridique dérive », et marque par là l'orientation volontariste qu'il donne au droit. La nature de cette volonté, source de droit, ne serait pas la même en droit interne et en droit international.

En droit interne, elle est exclusivement celle de l'Etat et ne s'impose qu'aux sujets subordonnés à l'imperium étatique. La source du droit international par contre ne peut résider dans la volonté étatique, car la règle internationale lie plusieurs Etats et il est inconcevable que la volonté d'un seul d'entre eux puisse s'imposer aux autres: « Ni la loi d'un Etat par elle seule, ni, dès lors, les volontés concordantes de plusieurs Etats n'ont qualité pour imposer aux membres égaux de la communauté internationale des règles obligatoires de conduite. »⁸ Ainsi seule une volonté commune, « Gemeinwille », peut être source de normes internationales. Emanant de volontés étatiques distinctes qui se confondent, elle constitue une forme nouvelle de volonté, que TRIEPEL nomme « Vereinbarung »; celle-ci n'est pas issue d'intentions opposées et complémentaires, comme dans le cas d'un contrat, mais bien déclaratives du désir d'un même résultat⁹.

⁷ R. MASTERS: *International Law in National Courts*, New York, 1932, p. 15.

⁸ TRIEPEL: *Le droit international et le droit interne*, p. 29.

⁹ ANZILOTTI (*Cours de droit international public*, traduction Gidel, Paris, 1929, I, p. 44), qui se rattache lui aussi à l'école dualiste, n'admet pas la notion de « Vereinbarung » comme source du droit international; il lui substitue le principe « pacta sunt servanda », qu'il place à la base de tout l'ordre juridique international.

§ 3. *Distinction basée sur les faits de la vie juridique*

La distinction des ordres selon les auteurs dualistes se révélerait encore en deux constatations de fait.

1. *La différence de structure des ordres juridiques*

Il existerait une différence de structure des deux ordres juridiques. Dans l'ordre interne, le droit se trouve muni d'un système complet d'organes d'élaboration et d'application des normes, et dispose de la contrainte pour les imposer. Tel n'est pas le cas dans l'ordre international. Celui-ci est incomplet et ne possède pas d'organisation superétatique capable d'imposer l'exécution des normes internationales. Par ailleurs, ces normes ne forment pas un ensemble cohérent, à la façon du droit interne, mais apparaissent plutôt comme une juxtaposition de règles particulières, devant régir certaines situations déterminées¹⁰. Ces règles doivent souvent être concrétisées par des normes d'exécution étatiques. Alors que l'ordre interne peut s'appliquer d'une façon autonome, le droit international reste absolument impuissant sans une collaboration active des Etats auxquels il s'adresse.

2. *La validité des normes internes contraires au droit des gens*

La doctrine du dualisme s'appuie sur une autre constatation pour étayer sa thèse: celle de la validité des normes internes contraires au droit international. Il arrive qu'en droit interne des règles soient créées qui ne répondent pas aux conditions formelles et matérielles de validité posées par l'ordre international. Ces normes internes, irrégulières selon le droit international, demeurent cependant valables. Leur non-conformité au droit international n'a pas pour conséquence de les rendre nulles, car les autorités internes continuent à les appliquer. Les dualistes voient dans ce fait la confirmation de la séparation des ordres eux-mêmes.

Section II – Conséquences pratiques de la séparation des ordres

Ainsi, les deux droits apparaissent comme des ordres juridiques autonomes: leurs zones de compétences sont distinctes, puisqu'ils ne s'adressent pas aux mêmes sujets et, par conséquent, ne régissent pas les

¹⁰ G. BURDEAU: *Traité de science politique*, Paris, 1946/49, I, p. 193.

mêmes rapports. Leurs sources sont différentes; il en résulte que l'existence de normes internes contraires au droit international ne constitue pas une violation d'une norme supérieure, mais est un fait dont l'ordre international pourra tenir compte. Les deux ordres sont étanches et exercent leurs effets dans des domaines distincts, de sorte qu'aucun conflit n'est possible entre eux. On ne peut pas en effet se trouver dans une situation telle que des normes contraires de ces deux ordres s'appliqueraient à une même situation ou aux mêmes sujets¹¹. Et il serait aussi faux de parler d'un conflit en ce cas que dans celui de divergences entre deux droits nationaux. « Il n'y a pas là conflit de normes mais simplement diversité d'appréciation du même fait dans des ordres juridiques différents. »¹²

§ 1. Une norme internationale ne peut être obligatoire dans l'ordre interne

La norme internationale s'adresse en effet à l'Etat et non pas aux organes qui appliquent le droit étatique et aux particuliers destinataires des normes internes. Les organes d'exécution de l'ordre interne relèvent de la législation nationale. Ils ne pourront pas appliquer une injonction de l'ordre international, car celle-ci n'est qu'un fait pour le juge national. Les tribunaux internes ne jugeront que sur la base du droit interne, en exécution des normes de l'ordre dont ils dépendent¹³; il en découle que la règle de droit international ne peut jamais devenir une règle de droit interne¹⁴. Inversement, un Etat ne pourrait pas invoquer l'existence d'une norme interne pour se dégager d'une obligation internationale, car l'argument tiré du droit interne ne peut déployer d'effets juridiques que dans l'ordre dont ce droit relève¹⁵.

§ 2. Un ordre ne peut déterminer la validité des normes de l'autre ordre

Un ordre ne peut pas déterminer la validité des normes de l'autre ordre, car s'ils sont distincts par leurs sources, ils le sont aussi par leurs effets.

Cette étanchéité n'est cependant pas absolue: TRIEPEL a lui-même reconnu la possibilité et la nécessité de rapports entre les deux ordres. Si

¹¹ ANZILOTTI: p. 57.

¹² ANZILOTTI: p. 59.

¹³ STRUPP: p. 22.

¹⁴ TRIEPEL: *Le droit international et le droit interne*, p. 110.

¹⁵ ANZILOTTI: p. 55.

le droit international adresse des injonctions aux Etats seuls, ceux-ci devront, en principe, s'y conformer. Les Etats sont tenus d'édicter les normes internes nécessaires à l'exécution de l'obligation internationale. Ainsi il apparaît que l'ordre international, indirectement sans doute, tend à influencer l'ordre interne. L'Etat constitue en tant que sujet simultané des deux ordres la charnière de leurs rapports. A lui de recevoir l'injonction du droit international et d'adapter son ordre juridique interne à cette injonction.

§ 3. *La nécessité d'une transformation*

Il résulte de ce qui précède que les normes juridiques internationales doivent être transformées en normes internes avant d'être appliquées dans la sphère juridique nationale. L'Etat réalise cette transformation en recevant la règle internationale dans sa législation interne, en la revêtant de l'imperium étatique. C'est ce que TRIEPEL appelle le phénomène de la «réception», en vertu duquel le droit international, coutumier ou conventionnel, peut se réaliser au niveau des individus sans qu'une brèche soit faite dans la cloison étanche séparant les deux ordres juridiques¹⁶. La réception de la norme internationale ne se fait pas sans que celle-ci se trouve modifiée dans sa nature et, dans une certaine mesure aussi, dans son contenu. La transposition n'est pas intégrale, car la norme internationale en passant dans l'ordre national doit être adaptée à son nouveau contexte selon les méthodes de la législation interne¹⁷.

Selon quelle forme la transformation doit-elle intervenir? Il importe peu qu'elle soit législative ou non, expresse ou tacite, pour autant qu'elle assure effectivement l'introduction de la disposition internationale et son assimilation aux règles internes. Parfois la simple reprise dans un texte législatif des clauses du traité ou de l'énoncé de la coutume internationale ne sera pas suffisante; la transformation véritable nécessitera, selon les circonstances, des dispositions d'application internes allant au-delà des termes de la règle internationale, et qui viendront préciser celle-ci.

La réception peut être postérieure à la naissance de la norme internationale; elle peut aussi être anticipative et introduire globalement, par

¹⁶ H. TRIEPEL: *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RCADI 1923, I, p. 92.

¹⁷ N. VALTIOS: *Conventions internationales du travail et droit interne*, RCDIP 1955, pp. 251 ss, pp. 257 ss.

avance, toute une catégorie de normes internationales, ou même toute norme internationale existante ou à venir. Telle serait selon les auteurs dualistes la signification à donner au principe anglo-saxon énoncé par Blackstone, selon lequel «the law of nations is part of the law of the land.»¹⁸ Quelle que soit la forme de la transformation, elle serait toujours un acte juridique interne, une modalité de la législation étatique dont les effets sont en tous points assimilables à ceux d'une loi interne.

Selon la doctrine dualiste, la norme internationale, une fois transformée en droit interne, ne prime pas les autres normes de l'ordre interne. Elle a même force qu'une loi puisqu'elle est de même nature¹⁹. On voit la conséquence de cette conception : toute loi postérieure peut abroger une norme de droit international transformée, et la règle «lex posterior derogat priori» s'applique. Il devient donc possible à l'État de suspendre par une décision unilatérale l'effet interne d'obligations internationales auxquelles il est soumis. Il reste maître de sa compétence, jusque dans l'exécution des obligations qu'il a assumées.

CHAPITRE II – LE MONISME

Section I – Le principe de l'unité

«Un système cohérent et conséquent avec lui-même ne se conçoit que si l'ordre juridique international et l'ordre juridique étatique sont des composantes du même ordre juridique.»²⁰ Les auteurs monistes, considérant que la validité simultanée de deux normes contraires s'appliquant parfois aux mêmes sujets était logiquement inacceptable, ont tenté de démontrer que les différents ordres se trouvent englobés dans un système unique, selon un rang hiérarchique déterminé.

Cette thèse trouve son fondement dans la théorie générale du droit élaboré par M. H. Kelsen²¹ selon laquelle toutes les normes du droit se réfèrent nécessairement à une règle fondamentale commune, la «Grundnorm». D'après M. Kelsen²², l'ensemble du droit formerait

¹⁸ ANZILOTTI: p. 61.

¹⁹ Voir TRIEPEL: *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, p. 91.

²⁰ P. GUGGENHEIM: *Traité de droit international public*, Genève, 1953, I, p. 24.

²¹ H. Kelsen: *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, RCADI 1926, IV, pp. 227ss. *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Vienne, 1960.

²² *Reine Rechtslehre*, p. 197.

ainsi, pour la science juridique, un système unique de normes situées à des degrés différents et reliées hiérarchiquement entre elles: toute règle juridique tirerait donc sa validité d'une norme qui lui serait supérieure, par un jeu de références d'étage en étage. Tout le raisonnement kelsénien tend ainsi à établir l'unité du droit et à imposer un principe de solution aux prétendus conflits entre les systèmes subordonnés à la règle commune²³. Si une norme inférieure est en opposition avec une règle supérieure, cela ne signifie pas qu'il y ait une contradiction logique entre elles, mais que la norme inférieure peut être annulée ou que l'organe responsable de la création de cette norme peut faire l'objet d'une sanction²⁴.

Les auteurs monistes, appliquant le principe de l'unité du droit au problème des relations entre le droit international et le droit interne, affirment que ces deux catégories de normes font partie d'un même système juridique et qu'elles émanent d'une même source. Sans doute reconnaissent-ils que l'ordre international ne dispose pas encore des moyens de coercition dont bénéficient les législations internes et que le droit international est fragmentaire, incomplet. Mais il ne s'agirait là que de différences de degré, non de nature²⁵.

Quelle est, à l'intérieur de l'ordre juridique universel, la nature des rapports entre le droit international et le droit interne? La plupart des auteurs monistes affirment, comme M. KELSEN, que cette relation doit être de subordination, sinon il n'y aurait pas de critère pour résoudre les conflits de normes²⁶. S'il y a donc subordination, au profit de quel ordre le rapport hiérarchique doit-il s'établir? M. KELSEN énonce que, sur le plan de la théorie pure du droit, la primauté de l'un ou l'autre des ordres juridiques est concevable, car la «Grundnorm» commune qui doit servir de point de départ à l'ordonnement général, étant de caractère hypothétique, elle peut être constituée par le principe à la base soit de l'ordre international, soit d'un ordre étatique²⁷. Ces deux solutions seraient «également correctes, également justifiées», et il serait impossible d'opérer un choix tant qu'on se maintient sur le plan du raisonnement juridique pur²⁸. Cet «indifférentisme scientifique»,

²³ *Reine Rechtslehre*, pp. 209ss.

²⁴ *Théorie du droit international public*, RCADI 1953, III, pp. 188, p. 194.

²⁵ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 25.

²⁶ *Reine Rechtslehre*, pp. 329/330.

²⁷ *Reine Rechtslehre*, pp. 221ss.

²⁸ *Reine Rechtslehre*, p. 345.

comme M. ROUSSEAU l'appelle²⁹, n'est évidemment pas satisfaisant sur le plan pratique et n'apporte pas d'éléments pour la solution effective des conflits de normes. Aussi plusieurs auteurs, tels MM. KRABBE³⁰, KUNZ³¹ ou GUGGENHEIM³², se sont-ils efforcés de déterminer objectivement la norme fondamentale et, dans cette recherche, ont abouti à la conclusion de la primauté des normes du droit international.

Cependant, M. KELSEN est toujours resté fidèle à l'indétermination de son développement théorique, en réaffirmant à maintes reprises que seuls des motifs extrajuridiques, qu'ils soient moraux ou politiques, pourraient justifier une option.

Dans le cadre du monisme, les thèses de la primauté du droit international et de celle du droit interne ont été soutenues tour à tour. Nous les examinerons rapidement ci-après.

Section II – La primauté du droit interne

§ 1. Le dogme de la souveraineté

Le dogme de la souveraineté, tel qu'il fut exprimé au XIX^e siècle par l'école hégélienne³³, amena de nombreux auteurs à se prononcer en faveur de la primauté du droit étatique sur le droit international. Dans la mesure où l'on reconnaît en effet qu'en vertu de sa souveraineté l'Etat ne peut être soumis à une autorité supérieure, il devient difficile d'admettre que l'ordre interne puisse être hiérarchiquement subordonné à des normes interétatiques dont la validité n'est pas conditionnée par la volonté nationale. Selon cette théorie, l'Etat doit être situé au centre logique de l'élaboration du droit, comme étant la seule volonté capable de créer une norme juridique³⁴. L'Etat, étant la plus haute organisation et ne pouvant dès lors tolérer une autre puissance qui lui soit supérieure, détiendrait l'ultime compétence d'édicter des normes obligatoires pour les particuliers. Appliquée aux rapports du droit international et du droit interne, cette conception tend à soumettre les normes internatio-

²⁹ CH. ROUSSEAU: *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944, I, p. 64.

³⁰ H. KRABBE: *Die moderne Staatsidee*, La Haye, 1919.

³¹ J. L. KUNZ: «*Landesrecht und Völkerrecht*» dans *Wörterbuch des Völkerrechts*, 1ère éd., Berlin, 1924, I, pp. 787 ss.

La primauté du droit des gens, RDILC 1925, pp. 556 ss, p. 589.

³² GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, pp. 26 ss.

³³ G. HEGEL: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 3e éd., Leipzig, 1830.

³⁴ G. JELLINEK: *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Vienne, 1882, p. 34.

nales elles-mêmes à la volonté nationale, de sorte que cette volonté devient la condition essentielle de leur validité. Portée à ses dernières conséquences, la primauté étatique aboutit à faire du droit international un secteur particulier du droit national.

§ 2. *Le principe de l'autolimitation*

Le juriste allemand G. JELLINEK constate que la volonté de l'Etat se trouve en fait limitée, et qu'elle ne s'étend pas arbitrairement au-delà des bornes du domaine de la souveraineté intérieure. Cherchant la raison de cette limitation, il aboutit à la conclusion que l'Etat, créateur du droit, restreint librement par les règles qu'il élabore lui-même, indépendamment de toute contrainte supérieure, son pouvoir absolu de créer des normes obligatoires³⁶. Cette limitation n'a pas d'autre cause que la volonté des organes internes, désireux pour des raisons d'opportunité de délimiter leur champ d'activité. L'Etat s'engage ainsi, envers lui-même, à n'exercer son imperium qu'à l'intérieur des barrières qu'il s'est créées, à «autolimiter» ses propres compétences. JELLINEK doit recourir pour fonder la nécessité d'une telle autolimitation à des considérations éthiques, en l'absence desquelles le droit serait un «château de cartes qui s'effondrerait au moindre souffle»³⁶. Cette restriction de la souveraineté se manifeste à l'intérieur par des normes constitutionnelles qui délimitent les compétences des organes étatiques dans le domaine de la législation intérieure. Les autorités chargées d'élaborer et d'appliquer le droit doivent en vertu de ces règles constitutionnelles s'abstenir d'exercer leurs pouvoirs à l'intérieur d'une zone réservée aux libertés individuelles. Le même processus s'applique aux normes du droit international qui, elles aussi, sont issues de la volonté étatique, source unique du droit. L'Etat entend, dans ce domaine également, soumettre ses relations avec d'autres Etats à des règles émanant de ses propres organes, qu'il entend placer au-dessus de sa législation interne. Le droit des gens apparaît ainsi comme un droit étatique relatif aux rapports interétatiques³⁷.

³⁶ G. JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., Berlin, 1921, pp. 479ss.

³⁶ JELLINEK: *ibid.*

³⁷ Egalement partisans de la théorie de l'autolimitation:

M. WENZEL: *Juristische Grundprobleme*, Berlin, 1920, I, pp. 344ss.

A. DECENCIÈRE-FERRANDIÈRE: *Considérations sur le droit international dans ses relations avec le droit de l'Etat*, RGDI 1933, pp. 64ss.

La théorie de l'autolimitation met ainsi le droit international à la merci des fluctuations du système juridique interne: celui-ci lui accorde sa validité et peut en tout temps la lui retirer. Que reste-t-il alors du caractère impératif, pour les Etats, de l'injonction internationale?

§ 3. *Le système kelsenien de la reconnaissance du droit international par le droit interne*

Nous avons vu que dans le cadre de la théorie moniste qu'il développe M. Kelsen n'a pas tranché la question de savoir lequel des ordres juridiques en présence était hiérarchiquement supérieur, et a admis que la théorie de la primauté du droit interne était logiquement défendable. Selon cette hypothèse, l'ordre juridique international tirerait sa validité du fait de sa reconnaissance par un Etat: la volonté de l'Etat procédant à cet acte serait le fondement de la validité du droit international³⁸. La «Grundnorm» commune au droit international et au droit interne serait donc constituée par la règle à la base du système constitutionnel de l'Etat ayant ainsi reconnu le droit international³⁹. Il découle de ce raisonnement que le droit international ne pourrait être ni indépendant du droit national de l'Etat qui l'a reconnu, ni supérieur à celui-ci: il ferait partie intégrante de ce droit et aurait le caractère d'une sorte de «droit public externe» comprenant l'ensemble des normes étatiques qui règlent ses relations avec les autres Etats⁴⁰. Mais, de même que la validité du droit international trouve sa source dans sa reconnaissance par un Etat, l'existence juridique des autres Etats dépend de leur reconnaissance par l'ordre national pris comme point de départ de l'ordonnement général. Il y aurait ainsi un rapport de délégation entre cet ordre et les autres Etats, ce qui conduit à la conclusion logique de l'existence d'un système juridique universel «fondé sur la primauté d'un droit national jouant le rôle d'un ordre juridique suprême»⁴¹. Dans un monde où une multitude d'Etats souverains se côtoient, chacun pourrait, semble-t-il, revendiquer la place centrale d'un ordre suprême conditionnant tout à la fois la validité du droit international et l'existence des autres Etats.

³⁸ Kelsen: *Reine Rechtslehre*, p. 333, p. 339.

³⁹ *Reine Rechtslehre*, p. 221.

⁴⁰ Kelsen: *Théorie du droit international public*, p. 189.
Reine Rechtslehre, p. 335.

⁴¹ Kelsen: *Théorie du droit international public*, p. 190.
Reine Rechtslehre, p. 329.

Mais la théorie moniste de la primauté du droit interne est logiquement incompatible avec la notion d'une pluralité d'Etats souverains, car elle implique nécessairement l'existence d'une seule norme suprême et commune. En d'autres termes, on aboutit par ce raisonnement à la négation même du droit international.

Section III – La primauté du droit international

§ 1. La construction juridique de Kelsen

Rappelons l'effort kelsénien qui s'inscrit dans le cadre d'une théorie pure du droit, sans ambitions pratiques, et aboutissant à la double proclamation de l'unité et de la hiérarchie des normes. Si, comme nous venons de le voir, KELSEN admet la possibilité logique d'un système fondé sur la primauté du droit interne, il reconnaît qu'un raisonnement donnant au droit international la place suprême dans l'ordonnement des ordres juridiques est tout aussi valable⁴². Rien n'empêcherait donc le juriste d'adopter un système de référence fondé sur l'ordre international et d'énoncer que les entités juridiques nationales sont subordonnées à celui-ci. La validité des ordres juridiques étatiques ne dépendrait plus d'une norme fondamentale propre à chacun d'eux, mais de la norme du droit international fondée sur le principe dit de l'effectivité⁴³, selon laquelle tout Etat est légitimé au point de vue du droit international s'il est en mesure d'imposer durablement les normes qu'il édicte. En vertu de ce principe, l'ordre international conférerait aux ordres étatiques leurs pouvoirs, par délégation, et délimiterait leur domaine de validité au point de vue territorial, personnel et temporel. Les Etats seraient ainsi des ordres juridiques « partiels », relevant du droit international et remplissant des fonctions internationales dans la mesure où ils participent à la création des normes de ce droit. On ne pourrait parler d'une véritable souveraineté des Etats, car ceux-ci ne seraient habilités à édicter des règles que dans les domaines où le droit international ne s'en serait pas déjà arrogé la compétence.

⁴² *Reine Rechtslehre*, pp. 221ss, pp. 336ss.

⁴³ *Reine Rechtslehre*, pp. 221 et 340.

KELSEN avait précédemment désigné comme norme fondamentale la règle « *pacta sunt servanda* » (*Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, p. 301) mais il y renonça par la suite (*Reine Rechtslehre*, p. 223, note).

Il ne pourrait y avoir de contradiction logique entre les normes émanant de l'ordre international et celles édictées par les Etats, car selon le rapport de subordination qui les régit, il existerait nécessairement un principe de solution à leurs conflits éventuels. KELSEN reconnaît que des cas d'opposition apparents peuvent se présenter, mais il ne s'agirait, selon lui, que de « cas spéciaux de l'opposition qui peut exister entre une norme supérieure et une norme inférieure »⁴⁴, analogues aux conflits que l'on rencontre également au sein des systèmes juridiques nationaux. Notre auteur avait initialement porté le principe de la hiérarchie des normes jusqu'à ses ultimes conséquences, en soutenant qu'une règle de l'ordre subordonné qui dérogerait à une norme hiérarchiquement supérieure serait nulle ab initio⁴⁵, mais dans ses ouvrages plus récents KELSEN s'est rallié à une solution plus conforme à la réalité du droit positif: la norme inférieure contraire n'est pas nulle d'emblée, mais la contradiction se résoud par l'application des règles prévues à cet effet par l'ordre supérieur. Il peut s'agir d'une annulation selon une procédure spéciale, ou encore aussi de l'application d'une sanction à l'organe responsable de l'acte illicite. Cela n'empêcherait cependant pas la norme inférieure de rester valable et d'être appliquée jusqu'à son annulation ou même indéfiniment si une telle annulation n'est pas prévue par l'ordre international⁴⁶.

Tout en maintenant que, sur le plan de la science juridique, aucun choix n'était possible entre la primauté du droit interne et celui du droit international, KELSEN a laissé entendre que pour des raisons extra-juridiques ses préférences allaient à cette dernière solution, parce qu'elle était plus conforme à sa conception objectiviste du monde⁴⁷.

§ 2. *La construction sociologique de Scelle*

Une autre synthèse moniste a été élaborée selon une étude sociologique des rapports internationaux. C'est le mérite de l'école française représentée essentiellement par G. SCELLE d'avoir su dégager de l'étude de la société internationale un principe d'unité du droit. La définition que

⁴⁴ *Théorie du droit international public*, p. 193.

⁴⁵ *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2^e éd., Tübingen, 1928, p. 113.

⁴⁶ *Théorie du droit international public*, p. 194.

⁴⁷ *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, pp. 325/326; *Reine Rechtslehre*, pp. 343-345.

SCELLE donne du droit international «Le droit international est l'ordre juridique normatif, constructif et institutionnel de la société internationale»⁴⁸ marque l'étroite liaison qu'il entend établir entre les rapports juridiques, d'une part, et la réalité sociale qui en constitue la base, de l'autre. Selon cette méthode, on pourrait constater que la société internationale ne se distingue pas des autres formes sociales et que elle est constituée, comme les entités étatiques, d'individus et de sociétés subordonnés. Ces différentes composantes seraient placées dans de constants états «d'interdépendance matérielle»⁴⁹, ayant pour effet de faire sauter les barrières et de rendre tous les ordres juridiques et sociaux perméables les uns aux autres. La société internationale se trouverait ainsi dans le prolongement normal des sociétés étatiques qui auraient une tendance à se grouper sur un plan plus large. Le passage du national à l'international serait insensible parce qu'aucune différence de nature n'existerait entre ces deux niveaux d'organisation. «L'Etat n'est qu'un moment de l'évolution: phénomène étatique et phénomène intersocial sont deux aspects concomitants de l'effort humain vers l'organisation politico-juridique.»⁵⁰ A toute société correspondrait nécessairement un ordre juridique selon le postulat «ubi societas, ibi jus».

L'extension des ordres juridiques suivrait fidèlement celui de l'ordre social, de sorte qu'à mesure que de nouveaux rapports sociaux surgissent, on verrait automatiquement apparaître des règles juridiques pour régir ces rapports⁵¹. La société internationale et la société interne, entre lesquelles il n'existerait pas de différence fondamentale, seraient donc les sources semblables de la gamme des différentes normes qui trouveraient ainsi une base commune dans le fait social⁵². Cette constatation permettrait d'affirmer que l'une et l'autre se trouvent prises dans le cadre d'une unité sociale: L'ordre international correspondrait en fait à une collectivité «composée»⁵³ et primerait nécessairement les ordres juridiques des collectivités étatiques composantes.

⁴⁸ G. SCELLE: *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, 1943, p. 18.

⁴⁹ G. SCELLE: *Manuel*, p. 19.

⁵⁰ G. SCELLE: *Précis de droit des gens*, Paris, 1932/34, I, p. 30.

⁵¹ G. SCELLE: *De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités*, RDP 1952, pp. 1012ss, p. 1015.

⁵² G. SCELLE: *Précis*, p. 31: «La source du droit international découle des rapports internationaux comme la source du droit (interne) des rapports individuels.»

⁵³ G. SCELLE: *Manuel*, p. 21.

De cette hiérarchie SCELLE tire la conclusion extrême que non seulement le droit international prime le droit interne, «mais qu'il l'abroge automatiquement pour autant qu'il soit incompatible avec lui»⁵⁴; la vie juridique est encore loin de confirmer cet effet de la primauté.

Dans son examen de la société internationale, SCELLE reconnaît cependant la «carence institutionnelle» qui la caractérise⁵⁵, et qui se manifeste par l'absence apparente d'organes législatifs, judiciaires ou exécutifs, ou du moins par leur précarité. Pour remédier à cette lacune et pour procurer à l'ordre international les instruments nécessaires à son application, il recourt à la loi du dédoublement fonctionnel⁵⁶: en l'absence d'organes propres, l'ordre international confierait aux Etats la fonction de mettre en œuvre ses normes.

Les organes étatiques seraient ainsi investis d'une double fonction: une fonction originaire étatique et, d'autre part, celle qui leur est imposée par l'ordre international. Ces rôles seraient parfaitement distincts, de sorte que, dans l'accomplissement de la fonction internationale qui leur est confiée, les fonctionnaires du droit interne seraient agents du droit international, et à ce titre ne relèveraient d'aucun impératif étatique, mais seraient directement investis du pouvoir de dire et d'appliquer le droit par l'ordre international lui-même⁵⁷. Le dédoublement ne serait évidemment qu'un pis-aller⁵⁸, car il contiendrait en germe un risque de conflit, dans la mesure où les organes étatiques agissent unilatéralement sur le plan international et entrent, faute d'une coordination de leurs volontés respectives, en opposition les uns avec les autres. La coopération des organes étatiques serait cependant, dans l'état actuel de l'évolution de la société internationale, le seul moyen d'assurer l'effectivité du droit international et constituerait un élément essentiel de l'agencement des rapports entre les deux systèmes, mais il serait souhaitable qu'à cette collaboration étatique précaire se substitue une «hiérarchie des institutions» venant confirmer la hiérarchie des normes, déjà existante, car le dédoublement fonctionnel demeurerait un «succédané dangereux de l'organisation institutionnelle défaillante»⁵⁹.

⁵⁴ SCELLE: RDP 1952, p. 1016.

⁵⁵ SCELLE: *Manuel*, p. 52.

⁵⁶ SCELLE: *Manuel*, pp. 21 ss.

⁵⁷ L. KOPELMANAS: *La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit du conflit des lois*, Etude en l'honneur de G. SCELLE, Paris, 1950, II, pp. 752 ss.

⁵⁸ SCELLE: *Manuel*, p. 22.

⁵⁹ SCELLE: *Manuel*, p. 22.

§ 3. *Le monisme tempéré*

La construction de SCELLE, satisfaisante pour l'esprit dans l'application rigoureuse qu'elle fait de la hiérarchie des normes, est cependant difficile à admettre dans toutes ses conséquences. La réalité juridique contredit en particulier l'affirmation de l'annulation automatique des normes contraires au droit international; de même la négation de toute opposition de nature entre l'ordre interne et l'ordre international, au nom de leur confusion au sein d'un «ordre intersocial unifié», paraît excessive, lorsqu'on constate les grandes différences de technique et d'application qui subsistent entre les deux ordres⁶⁰.

Certains auteurs comme MM. VERDROSS⁶¹, LAUTERPACHT⁶², GUGGENHEIM⁶³ et DAHM⁶⁴ ont tenté de tracer les lignes générales d'un monisme dit «modéré». Cette tendance doctrinale cherche à s'aligner de plus près sur l'expérience et sur la pratique, tout en tenant compte de la nécessité logique de l'unité des systèmes. Il est nécessaire en effet de reconnaître que le droit international est encore incomplet et se trouve loin d'avoir atteint le stade d'évolution du droit interne. Si les normes des deux droits sont de même nature et ont même source, ils ne s'adressent pas de la même façon aux individus. Le droit international n'atteint ceux-ci que par l'intermédiaire de l'organisation étatique; il se contente en effet de régler un certain comportement de l'État et ne peut imposer en principe des obligations directement aux particuliers. La constatation déjà faite par SCELLE de l'absence d'organes internationaux et du recours nécessaire aux autorités étatiques pour l'application du droit international révèle suffisamment le fossé qui sépare encore les deux ordres⁶⁵.

Par ailleurs, force est d'admettre que les normes internes contraires au droit international ne sont pas nécessairement et automatiquement abrogées, du simple fait du conflit qui surgit⁶⁶; les organes internes continuent à les appliquer, aussi longtemps qu'une procédure interna-

⁶⁰ ROUSSEAU: *Principes*, p. 100.

⁶¹ A. VERDROSS: *Völkerrecht*, 5^e éd., Vienne, 1964, pp. 111 ss.

⁶² H. LAUTERPACHT: *Oppenheim's International Law*, 8^e éd., Londres, 1955, I, p. 45.

⁶³ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, pp. 26 ss.

⁶⁴ C. DAHM: *Völkerrecht*, Stuttgart, 1958, I, pp. 53 ss.

⁶⁵ VERDROSS: *Völkerrecht*, p. 114.

L. DELBEZ: *Les principes généraux du droit international public*, Paris, 1964, p. 32, N° 4.

⁶⁶ VERDROSS: *Völkerrecht*, p. 62.

tionale d'abrogation n'a pas abouti, ou que l'ordre interne n'a pas suspendu lui-même la norme, en vertu de principes constitutionnellement énoncés. Ainsi une norme de droit international coutumier ou conventionnel peut être violée par une norme interne, sans que cette dernière soit invalide ab initio⁶⁷. Toutefois, comme le relève VERDROSS, le conflit de normes n'est jamais que provisoire, car tôt ou tard la contradiction est levée, soit par l'abrogation de la règle interne, soit par l'engagement de la responsabilité de l'Etat fautif⁶⁸.

Il faut cependant relever que le droit international conventionnel prévoit souvent, dans le cadre des conventions conclues au sein des organisations internationales, certaines procédures d'annulation de normes qui lui sont contraires ou éventuellement des satisfactions correspondantes. C'est en particulier le cas du contrôle de l'exécution des conventions de travail par l'Organisation internationale du Travail⁶⁹; de même, dans le cadre du Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne, des sanctions peuvent être requises contre un Etat membre qui ne remplirait pas ses obligations⁷⁰, notamment dans le cas où ses tribunaux appliqueraient une loi interne dérogeant au droit communautaire⁷¹.

Il n'en reste pas moins que le principe de l'abrogation automatique par des décisions d'organes internationaux ne s'est pas généralisé: on peut considérer qu'aujourd'hui encore la validité des normes contraires au droit international n'est pas contestée dans la pratique. Un conflit demeure toujours possible, et il est contraire aux faits de la vie juridique d'affirmer que toute opposition se dissout automatiquement par l'effacement de la norme la plus faible. Il n'existe en effet aucune règle internationale qui impose l'obligation à un tribunal national de refuser d'appliquer une norme interne contraire au droit international. Il ne faut cependant pas en conclure, à la façon des auteurs dualistes, que les deux systèmes sont cloisonnés et qu'aucun rapport n'existe entre leurs normes.

⁶⁷ GUOGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 32.

⁶⁸ VERDROSS: *Völkerrecht*, p. 115.

DAHM: I, p. 56.

⁶⁹ G. SCHELLE: *L'Organisation internationale du Travail et le Bureau international du Travail*, Paris, 1930, pp. 186ss.

⁷⁰ Articles 169-171.

⁷¹ F. BATAILLER: *Le juge interne et le droit communautaire*, AFDI 1963, pp. 735ss, p. 778.

CHAPITRE III – L'IMPORTANCE RELATIVE DE LA CONTROVERSE DOCTRINALE

Après avoir fait le tour des théories en présence concernant les relations entre le droit international et le droit interne, on en vient à se demander si des conclusions constructives pourront jamais être dégagées de ce grand débat doctrinal et si la controverse ne se situe pas en marge des véritables questions à résoudre. En d'autres termes, ne s'agit-il pas d'une «vaine controverse»⁷² portant davantage sur le sens des mots que sur la portée des principes? Car enfin, lorsque les dualistes parlent de «réception anticipative et globale» et les monistes d'«immédiateté d'application», ne désignent-ils pas le même phénomène du droit positif? De nombreux auteurs ont tenté de se dégager de l'impasse doctrinale en cherchant une issue dans le sens d'une étude de la pratique des Etats et ont dénoncé l'inutilité d'une discussion qui se prolonge sans avoir prise sur les faits⁷³. D'ailleurs, par-delà leurs divergences d'opinion, tous les auteurs, qu'ils se rattachent aux écoles dualistes ou monistes, s'entendent en fait sur certaines vérités régissant à l'heure actuelle les relations entre les deux ordres.

1. L'ordre international, dans l'état actuel de son évolution, ne dispose pas d'une organisation capable d'imposer directement aux individus, le cas échéant à l'encontre de la volonté des Etats, l'application des normes qu'il édicte. Il doit s'en remettre aux différents Etats pour la mise en œuvre de ses injonctions, et ce sont les organes nationaux qui sont chargés d'appliquer le droit international.

⁷² ROUSSEAU: *Principes*, p. 74.

⁷³ J. SPIROPOULOS: *Théorie générale du droit international*, Paris, 1930, p. 80.

A. MESTRE: *Les traités et le droit interne*, RCADI 1931, IV, pp. 237ss.

B. MIRKINE-GUÉTZEVITCH: *Droit international et droit constitutionnel*, RCADI 1931, IV, pp. 311ss.

J. L'HUILLIER: *Éléments de droit international public*, Paris, 1950, pp. 12ss.

F. BERBER: *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich, 1960, p. 94.

I. SEIDL-HOHENVELDERN: *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, ICLQ 1963, pp. 88ss.

WAGNER: *Monismus und Dualismus*, AöR 1964, pp. 212ss.

K. J. PARTSCH: *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht – Überprüfung der Transformationslehre*, Bericht über die Arbeiten der I. Kommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe, 1964, pp. 24/25, 33, 173/174 (Ci-après «Rapport Partsch»).

2. L'ordre international n'est pas en mesure de contraindre les Etats à suspendre l'application des règles internes contraires aux normes du droit international. Les lois violant le droit international restent en vigueur et s'appliquent tant qu'elles ne sont pas abrogées par l'Etat dont elles relèvent.
3. Le droit international a une vocation à la primauté, puisqu'il coordonne les relations entre Etats. En définitive, les Etats doivent respect aux injonctions du droit des gens. Cependant, en l'état actuel de son développement, l'ordre international laisse aux différents ordres nationaux le soin de réaliser, chacun dans sa sphère, la mise en œuvre des normes internationales; il s'en remet à eux quant à la méthode à suivre et ne s'intéresse qu'au résultat.
4. Chaque Etat, dans le cadre de sa constitution et de ses lois, de sa jurisprudence et de sa pratique administrative, est donc libre de déterminer les conditions de l'application des règles internationales dans l'ordre interne, les organes qui seront chargés de réaliser cette mise en œuvre et les critères dont il sera tenu compte pour résoudre les conflits de normes, en d'autres termes d'opter pour le système qui lui paraît le plus opportun (transformation, ordre interne d'exécution globale ou spécifique, application immédiate)¹⁴.
5. La violation d'une règle internationale par un Etat n'est pas sanctionnée par l'abrogation de la norme interne contraire ou par une contrainte exercée sur les organes étatiques. Cependant, la primauté du droit international trouve finalement sa consécration dans l'engagement de la responsabilité des Etats. Cette sanction indirecte n'est pas de nature à empêcher les conflits de se produire, mais a pour but de réparer le tort causé par la violation et d'inciter l'Etat fautif à prendre les mesures nécessaires pour prévenir toute nouvelle violation.
6. Cependant, toujours faute pour l'ordre international de disposer des moyens de contrainte nécessaires pour imposer réparation aux Etats dont la responsabilité est engagée, cette forme de sanction est souvent plus théorique que réelle. Il n'en ira autrement que le jour où l'ordre international disposera de la force et d'une organisation propre.

¹⁴ Voir *Rapport Partsch*, pp. 14-31, pp. 172-175.

A la lumière des considérations qui précèdent, il apparaît que la question des relations entre le droit international et le droit interne est avant tout d'ordre pratique et qu'elle se pose essentiellement au niveau des différents Etats, puisque ceux-ci sont encore investis de la fonction d'appliquer le droit international. Si l'on veut connaître le mécanisme de la mise en œuvre du droit des gens, l'étude devra porter sur les mesures prises par les Etats dans le cadre de leurs droits publics respectifs. Il s'agira donc d'entreprendre un travail de droit public comparé. Selon que l'on constatera que les dispositions prises par les Etats sont favorables ou non à l'application du droit international, l'on pourra juger si, dans la situation actuelle de la vie juridique, la primauté du droit international est une réalité ou une simple espérance des théoriciens.

Telle est l'étude que nous voulons entreprendre dans les pages qui vont suivre.

PARTIE II

LES SOLUTIONS DU DROIT POSITIF

TITRE I

LES SOLUTIONS DU DROIT ALLEMAND

Le constituant de Bonn n'a pas voulu faire œuvre complètement originale, mais s'est placé dans la perspective des traditions de la République de Weimar. Sans doute, les circonstances nouvelles issues de la deuxième guerre mondiale imposaient-elles un profond remaniement de la constitution républicaine en vigueur avant l'avènement de Hitler. La Grundgesetz de 1949 s'est cependant largement inspirée des principes de Weimar, dont elle s'est efforcée, dans nombre de ses dispositions, à faire revivre l'esprit. C'est ainsi que l'on retrouve à la base de la nouvelle Constitution les notions de démocratie, républicanisme et internationalisme, déjà énoncées par la Constitution de 1919. Cette continuité apparaît très clairement à la lecture des travaux de l'Assemblée constituante¹, où se reflète le souci de suivre l'exemple qui s'offrait, tout en tirant la leçon des expériences faites.

Cette filiation est particulièrement frappante en ce qui concerne la réglementation des rapports entre le droit international et le droit interne, objet de notre étude. Lors de l'élaboration de l'article 25 de la Grundgesetz concernant l'incorporation des règles générales du droit international, le texte de Weimar fut fréquemment évoqué comme base de discussion, et a occupé une place centrale dans les confrontations d'opinions. A ce titre, il mérite notre attention².

SOUS-TITRE I

LA CONSTITUTION DE WEIMAR

CHAPITRE I - LA COUTUME

La doctrine dualiste de la séparation des deux ordres juridiques avait trouvé au début du siècle un terrain de développement particulièrement

¹ Délibérations: JöR 1951.

² Bibliographie: M. FLEISCHMANN: *Die Einwirkung auswärtiger Gewalten auf die deutsche Reichsverfassung*, Berlin, 1925.

G. ANSCHÜTZ: *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 13^e éd., Berlin, 1930.

R. MASTERS: *International Law in National Courts*, New York, 1932.

G. A. WALZ: *Völkerrecht und staatliches Recht*, Stuttgart, 1933.

favorable dans la doctrine allemande. Des auteurs comme P. LABAND³ et H. TRIEPEL⁴ s'étaient faits, avant la première guerre mondiale déjà, les défenseurs du principe de la transformation selon lequel toute norme internationale, avant d'être appliquée aux individus, doit nécessairement faire l'objet d'une réception par l'ordre juridique interne. Cette conception juridique répondait à l'idée que l'Allemagne s'était faite de la souveraineté et du rôle prédominant de l'Etat. Positivisme et hégélianisme se rejoignaient pour faire du droit un instrument au service de la souveraineté de l'Etat. La Constitution de Weimar en 1919 fut néanmoins la première à réglementer l'incorporation automatique des règles générales du droit international dans le sens des théoriciens monistes. Il est vrai que le droit positif allemand, et en particulier la jurisprudence d'avant 1914, n'avaient pas suivi les théoriciens de la transformation. Sous Bismarck, l'application du droit conventionnel international dépendait de l'existence d'une loi interne opérant réception des dispositions du traité, alors que la coutume et les règles générales bénéficiaient déjà d'un traitement plus favorable. La jurisprudence consacrait en fait le principe anglo-saxon de l'incorporation automatique⁵.

La Constitution de Weimar, lorsqu'elle énonçait à son article 4 que «les règles généralement reconnues du droit international valent comme partie intégrante du droit du Reich allemand»⁶, n'était donc pas en rupture avec les solutions jurisprudentielles antérieures, mais confirmait et précisait une tendance qui s'était déjà manifestée. Sa nouveauté résidait dans le fait que pour la première fois le principe de l'incorporation se trouvait énoncé dans un texte constitutionnel et soustrait par là aux aléas des interprétations jurisprudentielles⁷.

La formule de l'article 4 répondait à des préoccupations politiques du moment: la jeune République entendait témoigner de l'esprit internationaliste qui l'animait et voulait convaincre le monde qu'elle resterait fidèle aux injonctions de l'ordre international. Cependant cette disposition, dans l'idée de M. Hugo Preuss, l'artisan de la nouvelle

³ *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876-1882.

⁴ *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.

⁵ Par exemple: RGZ vol. 62, pp. 165-167 du 12. 12. 1905.

⁶ Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts gelten als bindende Bestandteile des deutschen Reichsrechts.

⁷ W. JELLINEK: *Kritische Betrachtung zur Völkerrechtsklausel in den deutschen Verfassungs-urkunden*, Festgabe für E. Kaufmann, Stuttgart/Cologne, 1950, pp. 181ss.

Constitution, devait représenter davantage qu'une simple profession de foi; elle devait avoir une véritable portée juridique: celle d'assurer la perméabilité de l'ordre interne aux règles générales du droit international, en imposant au juge l'obligation de les appliquer directement aux individus.

Certains auteurs ont vu dans l'incorporation automatique la confirmation du principe de l'unité des deux ordres juridiques et de l'interpénétration de leurs règles respectives⁸. Les auteurs dualistes⁹ ont, au contraire, soutenu que la Constitution de Weimar n'infirmait en rien la doctrine de la transformation. Selon eux, l'article 4, en tant que règle juridique interne, opérait une transformation globale et substituait une forme de réception à une autre. En soi, l'article 4 ne contenait pas d'éléments permettant de choisir entre ces deux interprétations, puisqu'il ne s'exprimait pas sur la nature constitutive ou confirmative de sa réglementation.

A première vue, on aurait pu penser que le juge allemand se serait cru autorisé à appliquer aux individus les règles générales dont il aurait constaté la validité sur le plan international. Mais l'article 4 allait décevoir ceux qui en attendaient un alignement du droit interne sur le droit international. Si l'article 4 témoignait d'une évidente bonne volonté vis-à-vis du droit international, l'ambiguïté de ses termes en limitait considérablement la portée pratique. Sans doute, en proclamant que les règles «généralement reconnues» du droit international font partie intégrante du droit allemand, la disposition de Weimar consacrait-elle le principe de l'incorporation immédiate du droit international; elle autorisait le juge à appliquer directement certaines normes de l'ordre international. Cependant, l'imprécision de la formule «allgemein anerkannte Regeln» allait permettre à la jurisprudence de neutraliser la disposition en faisant dépendre l'incorporation de deux conditions préalables:

1. Une reconnaissance émanant de la grande majorité des Etats civilisés.
2. Une reconnaissance expresse ou tacite de l'Allemagne elle-même.

⁸ A. VERDROSS: *Le fondement du droit international*, RCADI 1927, I, p. 273.

⁹ H. TRIEPEL: *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, RCADI 1923, I, p. 81.

La première de ces conditions correspond à celle que le droit international pose lui-même à la création d'une norme coutumière. En revanche, la notion selon laquelle les Etats ne sont liés par une coutume internationale que dans la mesure où ils l'admettent eux-mêmes est d'essence dualiste. En refusant l'application par les tribunaux internes des normes que l'Allemagne n'aurait pas assumées, la jurisprudence soumettait en fait la mise en œuvre du droit international à la volonté étatique et neutralisait l'effet de l'immédiateté que la Constitution entendait consacrer.

Selon cette jurisprudence, la reconnaissance par l'Allemagne pouvait être tacite ou expresse¹⁰. Elle devait cependant émaner d'un organe qualifié pour élaborer ou manifester la volonté de l'Etat sur le plan international : à savoir l'exécutif ou le législatif. La forme légale a souvent été employée pour confirmer une coutume internationale, mais d'autres formes de reconnaissance, tacites ou expresse, étaient également admises, telles une déclaration faite par le Ministère des Affaires Etrangères ou certains actes concluants du Gouvernement par lesquels la norme internationale était effectivement mise en œuvre. La doctrine admit que la réception expresse d'une coutume pouvait être retirée en tout temps, pour autant que ce retrait fut réalisé par l'effet d'une loi.

Pas plus qu'elle n'assurait l'introduction automatique des règles générales, la Constitution de Weimar n'en réalisait la suprématie sur les autres lois internes¹¹. Une fois introduite en tant que «*allgemein anerkannte Regel*», c'est-à-dire reconnue par l'Allemagne, la norme coutumière devenait règle interne et, à ce titre, était assimilée au droit allemand. Elle acquérait force de loi, ni plus ni moins¹². Mais le législateur pouvait, par une simple loi, révoquer la reconnaissance acquise antérieurement et anéantir l'effet de l'introduction. Ainsi, la règle introduite devait s'incliner devant toute loi postérieure contraire en vertu du principe «*lex posterior derogat priori*»¹³.

¹⁰ RFH vol. 7, p. 97 (102). G. DAHM: *Völkerrecht*, Stuttgart, 1958, I, p. 64.

¹¹ R. STÖDTER: *Grundgesetz und Völkerrecht*, DöV, II, 1949, p. 266.

F. A. MANN: *Völkerrecht im Prozess*, JZ 1950, pp. 547ss.

JELLINEK: pp. 181-182.

¹² ANSCHÜTZ: p. 67.

F. MÜNCH: *Droit international et droit interne d'après la Constitution de Bonn*, RIFDG 1950, pp. 5ss.

¹³ L'antériorité de la coutume sur la loi s'appréciait naturellement selon la date de la reconnaissance étatique. RFH vol. 24, p. 69 (73).

CHAPITRE II - LES TRAITÉS

L'article 4 ne portait que sur la mise en œuvre du droit international coutumier, à l'exclusion du droit international conventionnel. Certains auteurs tentèrent néanmoins d'asseoir la primauté et l'immédiateté des traités internationaux sur le principe «pacta sunt servanda», considéré comme règle généralement reconnue du droit international. M. ANSCHÜTZ¹⁴ a ainsi affirmé que ce principe incorporé au droit allemand en vertu de l'article 4 interdisait au juge d'appliquer une loi contraire à un traité. Ce raisonnement ne fut pas suivi par le Reichsgericht qui s'en tint à l'exigence de la transformation préalable des traités internationaux, en vertu d'une loi d'approbation. En outre, la Cour suprême proclama l'assimilation de l'approbation parlementaire aux lois ordinaires¹⁵.

De ces considérations, il faut conclure que la réglementation weimarienne était fragmentaire, incomplète et pratiquement inefficace. Loin d'assurer véritablement l'immédiateté ou la primauté du droit international, elle consolidait en fait les positions du droit interne. Sans doute, grâce à l'article 4, les modalités de la reconnaissance étatique étaient-elles précisées et même facilitées. Il n'en restait pas moins que l'ancienne exigence de la transformation se trouvait essentiellement maintenue.

SOUS-TITRE II

LA GRUNDGESETZ DE BONN

La Constitution de Weimar cessa d'être appliquée dès 1933, et le principe de l'article 4 fut alors remplacé par une conception purement étatique de l'application interne du droit international. A la chute du III^e Reich, le problème des rapports entre le droit international et le droit interne se posa à nouveau dans toute son acuité. Fallait-il, compte tenu de l'incertitude des relations internationales et de la situation de l'Allemagne occidentale, soumise encore à l'époque à l'autorité des puissances occupantes, persister dans la prudence weimarienne? Ou devait-on, au contraire, refondre l'énoncé de l'article 4 et attribuer une primauté effective au droit international? Ces deux opinions furent défendues tour à tour devant l'Assemblée constituante de Bonn. La

¹⁴ p. 63.

¹⁵ RGStr. vol. 67, p. 130 (196).

solution plus favorable au droit international prévalut, du moins en ce qui concerne le droit coutumier, et une réglementation très originale fut mise sur pied qui allait se signaler à l'attention des milieux juridiques.

CHAPITRE I - LES RÈGLES GÉNÉRALES DU DROIT INTERNATIONAL

La Grundgesetz de Bonn ne réglemente que l'application du droit international coutumier et passe entièrement sous silence le problème de l'autorité interne des traités, restant fidèle en cela au précédent weimarien.

La solution nouvelle trouve son expression dans les deux dispositions suivantes de la Grundgesetz:

1. *L'article 25* qui énonce le principe général:

«Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.»¹⁶

2. *L'article 100/1 et 2* qui en assure le contrôle juridictionnel:

¹ «Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz handelt.»

² «Ist in einem Rechtsstreite zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen».¹⁷

¹⁶ «Les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral. Elles priment les lois et font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral.»

¹⁷ (1) «Si un tribunal estime inconstitutionnelle une loi dont la validité conditionne
(Suite p. 43)

Section I – La valeur juridique de la réglementation

Dans toute constitution écrite, il faut faire la part des dispositions qui ont un contenu proprement normatif et prétendent réglementer d'une façon positive certaines situations juridiques et celles qui ne sont que la proclamation d'intentions politiques. Qu'en est-il de l'article 25? Les rapports entre le droit international et le droit interne débordent le cadre strict du droit public interne, et l'on peut hésiter sur la signification pratique d'une réglementation purement étatique de ces relations complexes.

La doctrine allemande manifeste, à cet égard, des incertitudes. Certains auteurs, comme M. MAUNZ, ne voient dans l'article 25 qu'une déclaration d'intention politique dénuée de portée juridique concrète. Selon eux, les règles générales du droit international sont à ce point imprécises qu'un conflit les opposant à des règles internes est hautement improbable. Une réglementation tendant à résoudre des conflits aussi hypothétiques ne pourrait avoir de valeur pratique et ne serait qu'une manifestation générale de bonne volonté à l'égard du droit international¹⁷.

M. GREWE arrive à la même conclusion, mais en se fondant sur la constatation qu'en fait, depuis l'entrée en vigueur de la Grundgesetz, la Cour constitutionnelle n'a guère eu à examiner de conflits entre le droit international et le droit interne à la lumière de l'article 25 et que, par

¹⁷ (Suite)

sa décision, il devra surseoir à statuer et solliciter la décision, s'il s'agit de violation de la Constitution d'un Land, du tribunal de ce Land compétent en matière de litiges constitutionnels; s'il s'agit de violation de la présente Loi fondamentale, de la Cour constitutionnelle fédérale. Cette disposition vaut également pour les cas où il s'agit de violation de la présente Loi fondamentale par le droit d'un Land ou l'incompatibilité d'une loi d'un Land avec une loi fédérale.

- (*) «Lorsque, dans un litige, il y a doute sur le point de savoir si une règle du droit international fait partie intégrante du droit fédéral et si elle est directement constitutive de droits et d'obligations pour les particuliers (art. 25), le tribunal saisi devra s'adresser pour décision à la Cour constitutionnelle fédérale.»

¹⁷ T. MAUNZ: *Deutsches Staatsrecht*, 10^e éd., Munich/Berlin, 1961, p. 273:

«Art. 25 Satz 1 Grundgesetz hat offenbar mehr programmatische als praktische Bedeutung».

Même sens:

O. KOELLREUTER: *Deutsches Staatsrecht*, Stuttgart, 1953, p. 89.

H. v. MANGOLDT: *Das Völkerrecht in den neuen Staatsverfassungen*, JIR 1954, III, pp. 11 ss., p. 14.

conséquent, l'objet même sur lequel porte cet article n'aurait pas d'intérêt pratique¹⁹.

Citons enfin, dans cette perspective, l'opinion de M. BILFINGER²⁰. Selon lui, l'article 25 ne peut faire l'objet d'une application pratique, car il se trouverait vicié par une contradiction fondamentale: en proclamant l'immédiateté des règles générales du droit international, la disposition méconnaîtrait précisément une règle générale selon laquelle le droit international n'est pas immédiat, mais est soumis à la souveraineté des Etats. Nous n'avons pas connaissance d'une telle prohibition de l'immédiateté émanant de l'ordre international; bien au contraire, il est généralement admis que le droit international, au stade actuel de son évolution, laisse entière liberté aux Etats de réglementer la mise en œuvre de ses normes, que ce soit par le processus de la transformation ou celui de l'immédiateté.

Cependant la majorité des auteurs reconnaît que l'article 25 a une portée juridique précise et qu'il possède une efficacité pratique. Sans doute, les conflits entre la coutume internationale et le droit interne ont-ils moins de chance de se produire qu'entre traités et lois, mais cette constatation ne suffit pas à diminuer l'importance de la disposition. Au cas où un conflit devrait surgir, le droit public allemand posséderait une arme efficace pour le résoudre en faveur du droit international.

La volonté d'assurer en fait l'immédiateté et la primauté des règles générales ressort d'ailleurs clairement des travaux de l'Assemblée constituante²¹ où de nombreuses voix s'élevèrent pour préconiser une réglementation plus efficace que celle de Weimar par laquelle les tribunaux internes seraient habilités à mettre directement en œuvre le droit international. La plupart des commentateurs de la Grundgesetz se sont ralliés à cette façon de voir, et considèrent que l'article 25 représente davantage qu'un simple programme politique²².

¹⁹ W. CREWE: *Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, VVDS, cahier 12, Berlin, 1954, pp. 139ss, p. 148.

²⁰ K. BILFINGER: *Gedanken zur Lage des Völkerrechts*, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, Munich, 1955, pp. 71-73.

²¹ Délibérations de l'Assemblée constituante, Hauptausschuss, JöR 1951, pp. 229ss.

²² E. MENZEL: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, dit *Bonner Kommentar* (ci-après BK), Hambourg, 1954, ad art. 25, p. 23.

F. GIESE: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 4^e éd., Francfort, 1958, p. 54. (Seite p. 45)

Section II – Les incidences théoriques de la réglementation

L'article 25 tranche-t-il en faveur de la primauté du droit international le conflit théorique du dualisme et du monisme ? Certains auteurs comme MM. SAUER²³, KOELLREUTTER²⁴ et MANN²⁵ estiment que la réglementation nouvelle consacre la pensée moniste en assurant la primauté du droit international. Cette même opinion semble avoir été soutenue par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans un arrêt du 5 avril 1952²⁶.

MM. MAUNZ²⁷, SCHÜTTE²⁸ et FIGORSCH²⁹ ont au contraire tendance à considérer que l'article 25 serait une clause transformatrice d'orientation dualiste. L'application immédiate consacrée par la disposition ne serait qu'une conséquence de la transformation opérée. Nous croyons, au contraire, suivant en cela MM. MENZEL³⁰, KLEIN³¹, KRAUS³², GREWE³³, MOSLER³⁴ et MÜNCH³⁵, que la disposition de la Grundgesetz se situe au-delà du débat théorique et n'a pas entendu trancher les oppositions doctrinales. L'article 25 est compatible avec toutes les conceptions théoriques. Cette disposition peut en effet être considérée comme

²³ (Suite)

H. VON MANGOLDT – F. KLEIN: *Das Bonner Grundgesetz*, 2^e éd., Berlin/Francfort, 1957-1964, ad art. 25, p. 673.

W. FIGORSCH: *Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Veröffentlichungen des Instituts für internationales Recht an der Universität Kiel, Hambourg, 1959, p. 6.

²⁴ E. SAUER: *Grundlehre des Völkerrechts*, 3^e éd., Cologne, 1955, p. 23.

²⁵ «(Art. 25) . . . bedeutet den Versuch . . ., den Primat des Völkerrechts zu sichern.» (pp. 88/89).

²⁶ p. 547: «(Art. 25) stellt den Primat des Völkerrechts auf.»

²⁷ «Nachdem Art. 25 Grundgesetz allgemein den Primat des Völkerrechts vor dem innerstaatlichen Recht als Verfassungsgrundsatz der Deutschen Bundesrepublik proklamiert hat . . .» (BVerfGE, vol. 1, p. 233).

²⁸ MAUNZ: p. 273.

T. MAUNZ – G. DÜRIG: *Grundgesetz*, Munich/Berlin, 1955-1964, ad art. 25, ch. 12.

²⁹ H. SCHÜTTE: *Das Bonner Grundgesetz und das Völkerrecht*, Diss. Heidelberg, 1950, (dactyl.), p. 7.

³⁰ FIGORSCH: pp. 3/4.

³¹ BK, ad art. 25, p. 6.

³² MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 673.

³³ H. KRAUS: *Der deutsche Richter und das Völkerrecht*, Festschrift für Rudolf Laun, Göttingen, 1953, pp. 223ss.

³⁴ GREWE: p. 147.

³⁵ H. MOSLER: *Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte*, Schriftenreihe der Jurist. Studiengesellschaft, Heft 32-33, Karlsruhe, 1957, ci-après «Praxis», p. 43.

³⁶ F. MÜNCH: *Entscheidungen nationaler Gerichte in völkerrechtlichen Fragen*, ZaöRV 1959/60, pp. 186ss., p. 191.

déclarative d'une primauté imposée par le droit international lui-même; à l'opposé, il est loisible d'affirmer qu'elle opère dans la perspective dualiste une transformation constitutive de force obligatoire interne. Sans doute, l'article 25 a-t-il pour effet d'attribuer aux normes internationales une situation déterminée en droit interne et, par là, opère-t-il une incorporation selon les définitions dualistes. Mais la situation accordée à la norme introduite est privilégiée par rapport à celle des autres règles internes, ce qui tend à confirmer la notion moniste de la suprématie de la règle internationale.

En fait, l'article 25 est une disposition émanant d'un ordre juridique particulier qui s'efforce de définir les conditions pratiques de la mise en œuvre du droit international et d'en assurer l'application par le juge. La réglementation qu'il met sur pied a un aspect essentiellement technique. Elle n'a pas, sur le plan doctrinal, l'ambition de mettre fin aux controverses des théoriciens⁸⁶.

Section III — Le contenu des dispositions constitutionnelles

§ 1. L'immédiateté

I. Conditions de l'incorporation

La Constitution de Bonn n'innove pas lorsqu'elle proclame l'immédiateté de certaines normes internationales: Weimar s'y était déjà appliqué. Son originalité réside dans l'élargissement du domaine juridique affecté par cette immédiateté. Tel qu'il était interprété par la jurisprudence, l'article 4 de Weimar soumettait à des conditions très particulières la mise en œuvre du droit international. Seules les «*allgemein anerkannte Regeln*» faisaient partie du droit allemand, et seules les règles reconnues tacitement ou expressément par l'Allemagne possédaient le caractère de «*généralité*» requis. En d'autres mots, les organes exécutifs ou législatifs du Reich devaient préalablement «*recevoir*» les normes internationales destinées à être appliquées par le juge.

⁸⁶ Voir à cet égard:

K. J. PARTSCH: *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre*, Bericht über die Arbeiten der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 6, Karlsruhe, 1964, pp. 48ss. (ci-après «*Rapport Partsch*»).

L'article 25 de Bonn renonce à l'exigence d'une reconnaissance générale et pose comme seule condition à l'incorporation que la règle internationale soit «allgemein», c'est-à-dire «générale», au sens donné à ce terme par le droit des gens³⁷. Désormais, l'application des règles générales n'est soumise qu'à une seule condition: celle de leur existence sur le plan international. Le juge n'a donc plus à rechercher si la norme invoquée a fait l'objet d'une confirmation expresse ou tacite par l'Allemagne, mais il procède au seul examen de sa validité interétatique. Peu importe donc que le législateur et l'exécutif fédéral aient pris, dans un sens ou l'autre, position concernant la règle en cause. Même en l'absence de toute manifestation de volonté étatique, les tribunaux sont liés par la règle pour autant qu'elle soit généralement admise par la majorité des autres Etats³⁸.

Une modification aussi décisive n'alla pas, on s'en doute, sans longues discussions au sein de l'Assemblée constituante³⁹. Le conflit se cristallisa autour du terme «anerkannt» que les uns voulaient maintenir, les autres au contraire supprimer. A l'Assemblée, le Dr Schmid (socialiste) et le Dr v. MANGOLDT (CDU) s'affrontèrent. Celui-ci, soutenu par la fraction démocrate-chrétienne, défendit la thèse de la reprise pure et simple de la formule weimarienne. Selon lui, la notion des règles générales serait trop confuse pour qu'on puisse en laisser l'appréciation aux juges moins aptes que les organes étatiques à se prononcer sur leur existence. En l'absence de directives du Gouvernement, le juge se référerait à la jurisprudence de tribunaux étrangers et aux prises de position d'autres gouvernements. L'Allemagne serait ainsi amenée à appliquer des règles issues des cercles juridiques étrangers, en lieu et place des siennes, sans pouvoir apprécier la conformité de ces règles avec son évolution juridique et sociale propre.

Mieux valait, selon v. MANGOLDT, en maintenant le terme de «anerkannt», laisser aux autorités exécutives et, en particulier au Ministère des Affaires Etrangères, le soin de désigner les règles internationales

³⁷ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 675: «Es genügt die Allgemeinheit einer Regel des Völkerrechts und bedarf nicht deren allgemeiner Anerkennung im Sinne einer solchen auch durch die Bundesrepublik.»

³⁸ JöR 1951, pp. 230, 232, 233.

MENZEL: BK, ad art. 25, pp. 1-3.

³⁹ Stenogr. Bericht, pp. 64 et 328.

obligatoires pour l'Allemagne⁴⁰. Le Dr SCHMID fit valoir au contraire⁴¹, au nom des délégués socialistes, que la solution de Weimar avait abouti à la mise en échec du droit international. Il mit en garde tout particulièrement contre la jurisprudence d'avant-guerre qui, lorsqu'il y avait incertitude sur la reconnaissance d'une règle générale, se refusait systématiquement à l'appliquer. Dans sa méfiance à l'égard de toute restriction apparente ou réelle de la souveraineté étatique, l'exécutif, procédait rarement à la reconnaissance du droit international et contraignait les tribunaux à partager son point de vue restrictif. Il s'agissait donc de faire un pas en avant et de corriger ces imperfections, en libérant le juge, du moins en ce domaine, de sa soumission à l'égard des dictats de l'exécutif⁴².

La crainte de M. v. MANGOLDT que l'application directe du droit international conduise en fait le juge allemand à appliquer des règles d'origine étrangère n'est pas fondée. Il ne s'agit pas, en effet, de transposer les solutions jurisprudentielles nationales d'un Etat donné sur le plan juridique allemand, mais bien de dégager les règles internationales de l'ensemble des sources que la théorie du droit international reconnaît elle-même aux normes de son ordre. A ce titre, la jurisprudence étrangère n'est qu'une manifestation parmi d'autres de la validité internationale de la norme analysée. Il est donc heureux que le constituant se soit finalement rallié au point de vue du Dr SCHMID, en se contentant d'une reconnaissance générale, sans poser l'exigence de l'adhésion spécifique de l'Allemagne aux règles à incorporer.

Selon la nouvelle disposition, les règles générales s'imposent donc même en l'absence d'une reconnaissance nationale. L'article 25 rend ainsi l'incorporation tout à la fois dynamique, automatique et anticipée: *dynamique* en ce sens qu'elle permet au droit interne de suivre avec souplesse l'évolution constante de la coutume internationale. Désormais, la transformation, la création ou l'extinction des règles internationales

⁴⁰ H. v. MANGOLDT: *Das Bonner Grundgesetz, Kommentar*, Berlin/Francfort, 1953, p. 168, et JIR 1954, III, p. 15.

⁴¹ J6R p. 231.

MENZEL BK, ad art. 25, 3.

⁴² L'opinion du Dr Schmid fut reprise par le Dr Zinn (Hauptausschuss, 27^e Séance, Stenogr. Bericht, p. 330) dans les termes suivants: «Demgegenüber wollen wir erreichen, dass das innerstaatliche Recht an das allgemeine Völkerrecht schon dann gebunden ist, wenn die Allgemeinheit der Völkergemeinschaft es anerkannt hat, ohne dass der Bund es getan hat.»

se répercutent immédiatement sur le plan interne. L'incorporation est *automatique*, en ce sens qu'elle s'opère sans l'aide d'autres actes étatiques. Elle est aussi *anticipée*, parce que l'article 25 assure une fois pour toutes et par avance l'assimilation de toutes les règles générales qui viendraient à naître⁴³.

En vertu du droit international, il n'est pas nécessaire pour qu'une règle soit «générale» qu'elle ait obtenu l'adhésion unanime des Etats. La doctrine allemande se contente d'une reconnaissance émanant de la majorité prépondérante des Etats de la communauté internationale, et accordée notamment par les puissances les plus importantes⁴⁴. Elle se conforme ainsi aux principes du droit des gens en la matière, et à l'avis de la doctrine internationale⁴⁵. L'appréciation de cette reconnaissance générale est évidemment délicate et varie de cas en cas. Quels sont les Etats dont l'adhésion est décisive et quelle est la limite d'une reconnaissance suffisamment étendue?

Il faut sans doute qu'une majorité déterminante d'Etats ait apporté son adhésion, mais le critère pour apprécier cette majorité n'est pas uniquement numérique⁴⁶. Ainsi dans le domaine du droit international de la mer, la reconnaissance des Etats maritimes est par exemple décisive, et celle des puissances continentales d'importance moindre⁴⁷.

II. Notion de «règles générales»

En ce qui concerne la notion de «règles générales», la doctrine allemande estime que la Grundgesetz renvoie purement et simplement à la

⁴³ MENZEL: *BR*, ad art. 25, pp. 8/9.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, pp. 675 et 680.

PIGORSCH: p. 6.

⁴⁴ O. MODEL: *Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, 2^e éd. 1952, p. 46.

SCHÜTTE: p. 39.

PIGORSCH: p. 21.

A. HAMANN: *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1960, p. 230.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 14.

⁴⁵ P. GUGGENHEIM: *Traité de droit international public*, Genève, 1953, I, p. 49.

Statut de la CIJ, art. 38, ch. 1, lit. b: «La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui sont soumis, applique:

b) La coutume internationale comme preuve d'une pratique généralement acceptée comme étant le droit.»

⁴⁶ MENZEL: *BR*, ad art. 25, p. 7. *Völkerrecht*, Munich/Berlin, 1962, p. 63.

⁴⁷ V. MANGOLDT: *JIR* 1954, III, p. 16.

GIESE: p. 148.

définition qu'en donne l'ordre international⁴⁸, et que pour déterminer le contenu de cette notion constitutionnelle il importe de se référer aux critères du droit des gens lui-même.

Dans cette perspective, il y a lieu de relever tout d'abord que la «généralité» des règles en cause ne concerne pas leur objet, et ne doit donc pas s'interpréter par opposition aux normes dites «spéciales», c'est-à-dire d'importance particulière. Le terme de «*allgemein*» porte au contraire sur l'extension spatiale dont bénéficie la règle au sein de la communauté des Etats civilisés, et s'oppose à ce titre au terme «régional»⁴⁹.

Les règles générales sont donc celles qui, par l'étendue de la reconnaissance dont elles sont l'objet, s'imposent à tous les Etats faisant partie de la communauté internationale: ce sont les règles *universelles*. L'article 25 exclut les règles qui ne concernent qu'un groupe limité d'Etats ou portent sur des questions d'intérêt local⁵⁰ (par exemple entre les Etats d'Amérique latine, les principes concernant le droit d'asile diplomatique). Les règles générales doivent en outre avoir un caractère objectif, c'est-à-dire concerner une situation abstraite, et non pas un rapport juridique particulier et subjectif. Elles doivent encore avoir un contenu international spécifique, porter sur des relations de nature interétatique et posséder un caractère véritablement normatif⁵¹.

Quelles sont en particulier les catégories de normes comprises dans la dénomination de «règles générales» au sens de l'article 25? Ici encore le droit constitutionnel allemand s'en remet à la définition qu'en donne le droit international. Pour déterminer le contenu du concept, la doctrine s'est largement référée au Statut de la Cour internationale de Justice, notamment à l'article 38, al. 1, litt. b et c, dont il ressort que les règles générales se composent d'une part du *droit international coutumier* et d'autre part des *principes généraux du droit*.

1) *Droit international coutumier* – Il s'agit là des règles qui, indépendamment de toute manifestation expresse de la volonté des Etats, ont acquis

⁴⁸ MANN: p. 548.

MENZEL: *BK*, ad art. 25, pp. 7/8.

MOSLER: *Praxis*, p. 32.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 14 à 20.

⁴⁹ MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 12.

⁵⁰ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 675.

⁵¹ Ainsi la Déclaration des Droits de l'Homme du 10.12.1948, simple recommandation aux Etats, n'aurait pas le caractère normatif nécessaire (MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 14/15.)

par la *consuetudo* et l'*opinio juris* une force obligatoire généralisée. La doctrine est unanime à les admettre parmi les règles générales.

2) *Principes généraux du droit* – Conformément au Statut de la Cour internationale de Justice, la plupart des auteurs allemands⁵² englobent également dans les règles générales les principes généraux du droit. Il s'agit là des principes juridiques communs à différents droits internes et qui sont transposés sur le plan du droit international, tels le respect des accords conclus, la bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit.

Certains auteurs, comme M. v. MANGOLDT, estiment que les principes généraux font partie de la coutume elle-même, et qu'ils ne doivent pas être considérés comme une catégorie distincte de normes⁵³. D'autres, comme M. MOSLER⁵⁴, considèrent que les règles générales, tout en englobant les principes généraux, s'étendent à d'autres catégories de normes internationales encore, tels les principes fondamentaux du droit international. On peut cependant se demander si ces principes, vu leur évidence même, ne se confondent pas en fait avec la notion du droit international.

Quoi qu'il en soit, le Statut de la Cour internationale de Justice constitue, en l'espèce, le critère le plus objectif, et l'on ne saurait mieux se conformer au droit international positif qu'en se référant aux définitions de l'article 38. En faisant coïncider la notion allemande des règles générales avec celle en vigueur devant les juridictions internationales, on permet au juge allemand d'harmoniser directement sa jurisprudence avec celle de la Cour internationale⁵⁵.

On admettra donc, comme règles générales, la coutume et les principes généraux; les autres règles, tels les principes fondamentaux du droit international, les principes de courtoisie, la coutume régionale, seront écartées⁵⁶.

Parmi les règles susceptibles, en vertu de la définition ainsi énoncée, d'être appliquées directement par le juge allemand, sans transformation,

⁵² MÜNCH: pp. 5ss.

MENZEL: *BK*, ad art. 25, pp. 7ss.

MOSLER: *Praxis*, pp. 33ss.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 16.

⁵³ v. MANGOLDT: *Kommentar*, p. 168, qui est restrictif également en ce qui concerne les principes généraux. KRAUS: pp. 223ss.

⁵⁴ *Praxis*: p. 34.

⁵⁵ MOSLER: *Praxis*, p. 33.

⁵⁶ FIGORSCH: pp. 15-17.

citons à titre d'exemple: les principes du droit de la guerre, les règles concernant la situation juridique des envoyés diplomatiques, la souveraineté territoriale des Etats, l'exterritorialité des chefs d'Etat. M. JELLINEK cite encore dans cette liste les règles concernant la double nationalité, bien que le droit international ne soit pas très clair, à l'heure qu'il est, sur ce problème⁵⁷.

3) *Les règles générales confirmées* – Qu'en est-il du droit international contractuel? De nombreux auteurs ont énoncé que l'article 25 assurait l'introduction non seulement de la coutume internationale non écrite, mais également des règles générales qui se trouvaient dûment confirmées dans des accords internationaux⁵⁸.

Il est évident qu'une règle générale fondée sur la coutume internationale peut faire l'objet d'une confirmation conventionnelle. Un certain nombre d'Etats peuvent considérer qu'il est utile de reprendre dans un traité l'énoncé d'une coutume déjà existante et obligatoire, pour en souligner l'importance ou pour en préciser les termes. Par ailleurs, le fait qu'un grand nombre d'Etats aient adhéré à une convention peut donner aux dispositions contenues dans celle-ci caractère de règle générale. Ces conventions s'imposent alors à un double titre et selon des modalités différentes. En ce qui concerne l'Allemagne, la règle confirmée par traité s'appliquera d'une part selon la procédure de mise en œuvre des traités, en vertu de l'article 59 de la Grundgesetz, et d'autre part bénéficiera de l'immédiateté et de la primauté assurées par l'article 25. Vis-à-vis des Etats non signataires d'un traité de ce genre, les règles qu'il énonce seront obligatoires en tant que coutumes générales, et non pas en vertu de leur nature conventionnelle qui n'oblige que les parties contractantes.

En ce sens, l'article 25 peut donc régir une matière ayant fait l'objet d'une codification. Mais soulignons qu'il s'agit alors d'un accord international confirmatif d'une règle générale dont la force obligatoire était déjà établie, ou constitutif de telles règles, en raison de son caractère quasi universel⁵⁹.

⁵⁷ JELLINEK: p. 186. Voir encore MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 20.

⁵⁸ v. MANGOLDT: *Kommentar*, p. 168.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 677.

MAUNZ: p. 273.

OVG Münster, arrêt du 25. 11. 1955 (JZ 1956, p. 488).

⁵⁹ MENZEL: *BK*, ad art. 25, p. 8.

III. Effets de l'immédiateté

Selon l'article 25, les règles générales du droit international sont parties intégrantes du droit fédéral (Bestandteil des Bundesrechts). Par cette formule, la Grundgesetz reprend le vieux principe anglo-saxon de l'incorporation du droit international dans le droit interne. L'article 25, comme l'article 4 de Weimar, est une disposition constitutionnelle destinée à étendre le champ d'application de certaines règles internationales, en les rendant obligatoires non seulement dans le domaine inter-étatique, mais également à l'intérieur de l'ordre juridique allemand. Il s'agit donc d'une règle d'introduction générale et anticipée⁶⁰ par laquelle le droit interne ouvre ses portes à certaines normes de l'ordre international et les rend directement applicables par le juge national aux individus, sans qu'il y ait besoin d'autre intervention des autorités ou du législateur interne. En vertu de la nouvelle disposition, les règles générales s'imposent ipso facto et directement dans la sphère juridique de la République fédérale.

La règle internationale s'applique en vertu de sa validité sur le plan international, et non pas en raison d'une « reconnaissance », ou d'une quelconque assimilation de son contenu par les organes étatiques⁶¹. Ainsi toute modification de sa portée internationale se répercute immédiatement sur le plan interne. De même, lorsque, sur le plan international, la règle perd sa validité, elle cesse par le fait même d'être obligatoire sur le plan interne. Le droit interne suit les méandres du droit international; il s'adapte aux modifications de l'ordre supérieur, et se soumet par avance aux règles qui en émanent.

v. MANGOLDT: *Kommentar*, p. 168.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, pp. 14 à 16.

FIGORSCH: pp. 9-11.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 1126.

La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens, en étendant le bénéfice de l'article 25 à certaines conventions confirmatives des règles générales.

BGH Str. vol. 1, pp. 391 ss, du 14.11.1951.

BVerfGE vol. 6, p. 309 (362), du 26.3.1957.

Toutefois la Cour constitutionnelle a refusé d'admettre que la Convention européenne des Droits de l'Homme incorporait des règles générales. (BVerfGE vol. 4, p. 111; 6, p. 440; 10, p. 271.)

⁶⁰ MENZEL (*BK*, ad art. 25, p. 9) parle de « Gesamt-Inkorporation ». Voir aussi *Rapport Partsch*: pp. 48 ss.

⁶¹ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 679.

La jurisprudence n'a pas hésité à mettre en œuvre le principe de l'incorporation, en accordant force obligatoire interne aux règles générales dont la validité internationale est constatée. Nombreux sont ainsi les arrêts qui, en l'absence de toute confirmation législative, ont tenu compte des injonctions de l'ordre international, notamment dans le domaine du droit de la nationalité et de la succession d'Etats⁶². Ce principe d'immédiateté a notamment été confirmé par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt dit du Concordat, du 26 mars 1957⁶³, où il est affirmé sans équivoque que «les règles générales du droit international sont directement incorporées, sans loi transformatrice, dans l'ordre juridique allemand et y priment les normes internes allemandes».

§ 2. *La primauté*

I. Généralités

Les règles générales une fois introduites dans l'ordre interne, il se pose encore la question de savoir quelle place hiérarchique elles occupent par rapport aux autres normes internes. La Constitution de Weimar, s'inspirant du principe anglo-saxon de l'incorporation, s'était contentée d'assimiler globalement le droit international aux règles internes de rang légal. La règle générale s'appliquait avec force de loi.

La Grundgesetz de Bonn marque un grand progrès à cet égard en consacrant le principe de la primauté des règles générales sur les normes internes. L'article 25 énonce non seulement que ces règles font partie du droit allemand (sind Bestandteil des Bundesrechts), mais encore qu'elles priment les «lois» (gehen den Gesetzen vor). Cette innovation est sans précédent dans l'histoire constitutionnelle. Jamais un système juridique étatique n'avait manifesté d'une façon aussi claire son intention de

⁶² BGHZ vol. 3, p. 178 (185), du 4. 10. 1951.

BGHStr. vol. 9, p. 53, du 18. 1. 1956.

OLG Bavière du 1. 3. 1956 (NJW 1956, p. 1529).

OVG Münster du 16. 5. 1961 (DStV 1961, p. 621).

⁶³ BVerfGE vol. 6, p. 309 (363).

Dans une série de cas les tribunaux recherchèrent s'il existait en l'espèce une règle générale à appliquer et aboutirent à une conclusion négative:

BVerfGE vol. 4, p. 322, du 9. 11. 1955.

BVerfGE vol. 9, p. 175 (181), du 4. 2. 1959.

BVerfGE vol. 10, p. 136 (140), du 20. 10. 1959.

BVerfGE vol. 13, p. 25, du 30. 10. 1962.

BVerfGE vol. 16, p. 28, du 30. 4. 1963.

BVerwGE vol. 1, p. 206, du 30. 10. 1954.

BVerwGE vol. 3, p. 235, du 10. 4. 1956.

rendre la primauté du droit international coutumier effective pour ses tribunaux et n'avait aménagé cette suprématie d'une façon aussi explicite. Même les constitutions françaises de 1946 et de 1958, favorables pourtant au droit international, n'étendent pas au droit coutumier le bénéfice de la primauté, mais le limitent aux seuls traités.

L'article 25 de la Grundgesetz énonce très nettement que le droit fédéral devra s'incliner devant les règles générales du droit international, dans la mesure où il serait inconciliable avec celles-ci. Peu importe qu'une norme soit de création plus récente: en tout état de cause, la règle internationale doit primer et le juge est tenu d'écarter les lois internes que le législateur a élaborées en violation d'une norme du droit des gens en vigueur. De même, lorsqu'une nouvelle règle générale s'affirme sur le plan international, elle suspend l'effet des lois internes qui lui sont contraires. Il en va de même, et à plus forte raison, pour les lois des Länder et pour les dispositions fédérales de rang inférieur: règlements, arrêtés, ordonnances.

II. Les règles générales et la Constitution fédérale

La Constitution de Bonn assure-t-elle au droit international une primauté absolue sur l'ensemble du droit interne, ou seulement sur les règles légales? L'article 25 n'est pas clair sur l'étendue de la primauté qu'il énonce et laisse la voie ouverte à diverses interprétations. Six solutions différentes ont été proposées⁶⁴.

1. Les règles générales dominent l'ensemble du droit interne tant légal que constitutionnel⁶⁵.

⁶⁴ Voir G. SCHÜBBE: *Wesen und Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinn des Art. 25 GG*, Diss. Münster, 1956.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 681.

Rapport Parisch: pp. 61 ss.

H. KRÜGER: *Völkerrecht im Bundesstaat*, Festgabe für Erich Kaufmann, Cologne/Berlin, 1950, pp. 239 ss, p. 290.

⁶⁵ H. JAHRBIS: *Vom unstrittenen Völkerrecht unserer Zeit*, Recht - Staat - Wirtschaft, III, Düsseldorf 1951, pp. 181 ss, p. 196: «Diese Regulierungen 'brechen' jede deutschgeborene Norm, die hinter dem international erreichten Stand der Rechtsentwicklung zurückbleibt.»

MENZEL: *BK*, ad art. 25, p. 5 (citant v. Brentano): «Das Völkerrecht geht unter allen Umständen dem Bundesrecht und dem Bundesverfassungsrecht vor.»

Voir aussi le même auteur dans *Völkerrecht*, p. 64.

C. WEISS: *Die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Hambourg, 1954, p. 31.

(Suite p. 56)

2. Les règles générales sont assimilées à une catégorie supérieure de règles constitutionnelles, les «elementare Verfassungsgrundsätze und Grundentscheidungen», et priment les normes constitutionnelles ordinaires.
3. Les règles générales s'effacent devant les principes généraux supérieurs, mais dominent le droit constitutionnel ordinaire⁶⁶.
4. Les règles générales s'effacent devant les principes supérieurs et sont assimilées au droit constitutionnel ordinaire.
5. Les règles générales ont force de droit constitutionnel, sans distinction entre règles supérieures et ordinaires, et dominent les lois. Lorsqu'une coutume internationale ou un principe général est contredit par une autre disposition de la Grundgesetz, celle-ci s'imposerait en tant que norme du même rang, mais de création plus récente⁶⁷.
6. Les règles générales se situent entre les règles constitutionnelles et les règles légales et s'imposent à ces dernières⁶⁸.

⁶⁶ (Suite)

GREWE: p. 148.

C. F. CURTIUS: *Völkerrechtliche Schranken der Änderung des Grundgesetzes*, DöV 1953, pp. 145 ss.

FIGORSCH: pp. 52-62.

MAUNZ: p. 273.

C. F. OPHÜLS: *Rapport Partsch*, p. 61.

⁶⁸ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 681.

Cette solution repose sur une distinction entre deux catégories de règles constitutionnelles. De la confrontation systématique de différentes dispositions de la Grundgesetz se dégageraient certains principes, certaines lignes de force auxquels une autorité supérieure devrait être reconnue. Ainsi, démocratie, fédéralisme, principe de la légalité ou celui de l'égalité devant la loi (BVerfGE vol. 1, p. 14 (32-33), du 23. 10. 51, dit «Süd-West-Urteil»).

⁶⁷ STÖDYER: p. 266.

KRAUS: p. 226.

K. DOERING: *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, Cologne/Berlin, 1963, p. 185.

Rapport PARTSCH: pp. 69-71.

⁶⁸ H. P. IPSEN: *Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit*, Deutsche Verwaltung, II, 1949, pp. 486ss., p. 490.

U. SCHEUNER: *Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz*, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart/Cologne, 1950, pp. 313ss., p. 323.

W. ZEIGER: *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar*, Berlin/Francfort, 1952, p. 262.

v. MANGOLDT: *Kommentar*, p. 169.

P. GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht*, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955, p. 21.

(Suite p. 57)

Pour se prononcer sur les différentes solutions proposées et déterminer la portée véritable de la primauté, il convient de se reporter au texte même de l'article 25 pour y chercher les éléments d'une réponse. Au cas où cette analyse ne serait pas concluante, un examen des travaux préparatoires s'imposera. L'interprétation historique, en dégagant l'intention du législateur, permettra en dernier recours de trancher le débat. Nous confronterons finalement le résultat de cette analyse théorique avec la solution consacrée par la jurisprudence.

aa) *Interprétation fondée sur la lettre de l'article 25*

L'article 25 GG manque certes de la clarté souhaitable. Ses termes laissent planer un doute sur la véritable portée de la primauté qu'il énonce. En effet, la disposition à son premier alinéa consacre l'incorporation des règles générales à l'ensemble du droit fédéral (Bundesrecht) sans distinguer entre normes légales ou constitutionnelles. Par contre, à l'alinéa suivant où la primauté des règles incorporées est énoncée, c'est le terme de «Gesetz» qui est utilisé pour désigner la catégorie de normes soumises à l'autorité du droit international: «Sie (die allgemeinen Regeln) gehen den Gesetzen vor».

Si le constituant avait employé les termes «innerstaatliches Recht» ou même celui de «Bundesrecht», son intention de faire primer le droit international sur l'ensemble du droit interne eût été plus clairement exprimée. Le terme de «Gesetz» par contre prête à confusion et paraît, à première vue du moins, limiter la portée de la primauté au seul domaine des lois. Peut-on dire néanmoins que par «Gesetz» la Constitution désigne toutes les normes de l'ordre interne?

Certains auteurs comme MM. SCHÜTTE⁶⁹ et v. MANGOLDT⁷⁰ estiment que la notion de loi (Gesetz) a en droit allemand une portée spécifique

⁶⁸ (Suite)

SAUER: p. 23.

H. F. ZACHER: *Ratifizierungsgesetz und Normenkontrolle*, DVBl, 1955, pp. 649-653 et 696-697, notamment p. 651, note 32.

H. MOSLER: *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, RCADI 1957, I, pp. 691-83.

DAHM: I, p. 67.

F. BERBER: *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich/Berlin, I, 1960, p. 100.

VERDROSS: *Völkerrecht*, 5^e éd., Vienne, 1964, p. 119.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 24-25.

D. EHLE: *Verfassungskontrolle und Gemeinschaftsrecht*, NJW 1964, p. 321.

⁶⁹ SCHÜTTE: pp. 34-36.

⁷⁰ v. MANGOLDT: JIR 1954, III, 16, note 17.

et qu'elle ne concerne strictement que les normes légales ordinaires adoptées par le Parlement à la majorité habituelle. Ils excluent donc de cette dénomination les règles de rang constitutionnel. M. SCHÜRTE cite à l'appui de cette opinion certaines dispositions de la Grundgesetz (articles 56 et 61 GG) où le terme de «Gesetz» est bien employé dans le sens de loi ordinaire.

A l'appui de la thèse contraire, on peut citer l'article 2 de la loi d'introduction au BGB qui définit «Gesetz» comme «toute norme juridique» (jede Rechtsnorm). Une nombreuse doctrine se prononce d'ailleurs en ce sens. Citons en particulier M. MENZEL⁷¹ qui étend la notion de «Gesetz» à toutes les règles juridiques internes, notamment les ordonnances, la législation autonome des Länder, la coutume nationale, les actes administratifs, les lois ordinaires et enfin les lois constitutionnelles.

Il est souvent avancé contre la primauté des règles générales sur la Grundgesetz qu'une telle solution serait incompatible avec l'article 79/1 GG selon lequel la loi fondamentale ne peut être révisée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte. Nous nous référons à ce sujet à ce qui est exposé sous chiffre IV ci-après.

La doctrine est ainsi divisée sur la portée à reconnaître au terme de Gesetz. L'interprétation littérale de l'article 25 ne suffit donc pas à nous fixer sur l'étendue de la primauté. Il se justifie, dès lors, par la voie subsidiaire de l'interprétation historique, de sonder la véritable intention du constituant.

bb) Travaux préparatoires

Les commissions de la Constituante se sont longuement penchées sur le problème des relations entre règles générales et dispositions constitutionnelles. Il s'agissait d'une part d'arriver à un accord de principe sur la place à accorder aux règles générales, et de l'autre d'exprimer par la formule la plus explicite la solution sur laquelle on s'était entendu. Fallait-il, selon le texte adopté en première lecture, proclamer que les règles générales font partie du droit fédéral (Bundesrecht) ou au contraire préciser qu'elles sont incorporées à la Constitution elle-même? Le débat se cristallisa autour de cette alternative.

⁷¹ BK, ad art. 25, p. 10.

Même sens JAHREIS: p. 196.

La première opinion fut vivement soutenue par M. v. MANGOLDT et ses amis démocrates-chrétiens⁷² qui estimèrent qu'il ne fallait pas changer le caractère de la Grundgesetz en y incorporant des éléments disparates, susceptibles d'en compromettre l'unité.

MM. SCHMID et ZINN, tous deux socialistes, appuyèrent au contraire la thèse de l'assimilation des règles générales au droit constitutionnel, arguant que seulement par ce processus on assurait véritablement la primauté du droit international sur les lois ordinaires.

M. v. MANGOLDT fit alors valoir en faveur de sa thèse l'argument suivant: le terme de «Bundesrecht» est plus favorable à la primauté absolue du droit international que celui de «Bundesverfassungsrecht». Assimiler les règles du droit international aux normes constitutionnelles aurait pour résultat qu'elles ne primeraient que les règles légales ordinaires, alors qu'il s'agissait, au contraire, d'assurer leur primauté sur tout le droit interne, y compris le droit constitutionnel⁷³. M. v. BRENTANO résuma cette façon de voir dans les termes suivants: «Nach der bisherigen Fassung wäre es möglich, durch Änderung des Grundgesetzes auch Völkerrecht abzuändern. Durch die Fassung des Antrages Dr. v. MANGOLDT wird dies unmöglich gemacht. Das Völkerrecht geht unter allen Umständen dem Bundesrecht und dem Bundesverfassungsrecht vor⁷⁴.»

Ce raisonnement convainquit tous ceux qui désiraient une véritable suprématie du droit international, et l'entente se fit sur la formule proposée par M. v. MANGOLDT⁷⁵; la commission s'y rallia en 4^e lecture.

Les travaux préparatoires révèlent donc clairement que la volonté du constituant était de faire prévaloir le droit international sur l'ensemble des normes juridiques internes et d'empêcher que par une révision constitutionnelle les règles internationalement obligatoires puissent être mises en échec. Il s'agissait de rendre le droit international «verfassungsfest», étanche aux injonctions constitutionnelles contraires; et pour mieux atteindre ce résultat, le constituant retint le terme de «Bundesrecht», plus apte, selon lui, à manifester ce choix.

⁷² Hauptausschuss, 15. 12. 1948 (Stenogr. Bericht, p. 328).

⁷³ 48^e séance, Hauptausschuss, 9. 12. 1949 (Stenogr. Bericht, p. 749).

⁷⁴ JöR 1951, p. 234, 57^e séance du 5. 5. 1949 (Stenogr. Bericht, p. 749).

⁷⁵ Ibidem.

C'est à bon droit que de nombreux auteurs se fondent sur une volonté aussi clairement manifestée du constituant, pour affirmer la primauté absolue du droit international en droit allemand⁷⁶.

Au vu du texte de l'article 25, et à la lumière des travaux préparatoires, il apparaît ainsi que la Grundgesetz consacre la primauté des règles générales sur l'ensemble du droit interne, y compris le droit constitutionnel. Les règles générales doivent suspendre l'effet de toutes les dispositions de la Constitution qui leur sont contraires. En outre, une révision de la Grundgesetz ne déploierait pas d'effet dans la mesure où elle porterait atteinte à une règle générale du droit international en vigueur⁷⁷.

cc) *Jurisprudence*

La jurisprudence allemande n'a pas suivi ce point de vue et a eu tendance, surtout dans ses décisions plus récentes, à faire prévaloir les dispositions constitutionnelles de fond sur les normes du droit international.

Il est vrai qu'un certain nombre d'arrêts, se conformant à l'intention du constituant, ont incidemment énoncé la primauté absolue des règles générales. Ainsi la Chambre pénale du Tribunal fédéral a précisé, dans un arrêt du 21 janvier 1953, que l'article 16/2 de la Grundgesetz concernant le droit d'asile des réfugiés politiques trouvait sa limite dans les règles générales du droit international régissant la question⁷⁸. De même la Cour constitutionnelle, dans la cause dite des «électeurs du Schleswig-Holstein⁷⁹», a expressément reconnu que «l'article 25 GG proclamait la primauté générale du droit des gens sur tout le droit interne, comme un principe fondamental de la République fédérale d'Allemagne».

Cependant la Cour constitutionnelle dans un plus récent arrêt dit du «Concordat»⁸⁰ n'a pas suivi cette voie. Appelée à se prononcer sur le

⁷⁶ GREWE: p. 148.

MENZEL: *BK*, ad art. 25, p. 11.

CURTIUS: pp. 145-146.

PIGORSCH: pp. 56-59.

MAUNZ: p. 273.

⁷⁷ En ce qui concerne la possibilité d'une révision de l'article 25 lui-même, nous renvoyons au chiffre IV ci-après.

⁷⁸ BGHStr. vol. 3, p. 392. Même sens:

BGHStr. vol. 1, p. 394 du 10. 3. 1952.

⁷⁹ BVerfGE vol. 1, p. 208 (233).

⁸⁰ BVerfGE vol. 6, p. 309 (363) du 26. 3. 1957.

conflit opposant certaines dispositions du Concordat conclu entre le Saint-Siège et la République fédérale aux principes constitutionnels internes en matière de *compétences réservées des Länder*, conflit à propos duquel certaines règles du droit international étaient invoquées, la Cour précisa incidemment que si l'article 25 accorde aux règles générales la primauté sur le droit interne, cette primauté ne va pas jusqu'à consacrer la soumission des normes constitutionnelles au droit international.

« Art. 25 GG räumt nur den 'allgemeinen Regeln des Völkerrechts' den Charakter innerstaatlichen Rechts und den Vorrang vor den Gesetzen ein. Diese Bestimmung bewirkt, dass diese Regeln ohne ein Transformationsgesetz, also unmittelbar, Eingang in die deutsche Rechtsordnung finden und dem deutschen innerstaatlichen Recht – nicht dem Verfassungsrecht – im Range vorgehen. »

On ne pouvait énoncer plus clairement que la primauté des règles générales était relative. Quoiqu'il en soit de l'intention du constituant et de la portée théorique de l'article 25, il apparaît désormais que le droit constitutionnel s'imposera, en tout état de cause, comme loi suprême du pays, nonobstant les injonctions internationales qui pourraient lui être contraires. Par contre, celles-ci sont confirmées dans leur supériorité par rapport aux normes internes de rang légal, émanant du législatif fédéral ou des Länder.

En se ralliant ainsi à l'opinion de M. v. MANGOLDT⁸¹, le Bundesverfassungsgericht a porté un coup à la primauté du droit international consacré par l'article 25. Le dogme de la souveraineté continue, malgré les grandes évolutions politiques en cours, à régir les réactions des juristes.

L'arrêt du Concordat n'est pas de jurisprudence isolée. Déjà dans un arrêt du 4 mai 1955⁸² le Verfassungsgericht avait laissé pressentir son orientation future en déclarant: « C'est un principe constitutionnel indiscutable que tout exercice de la puissance publique dans la République fédérale est lié à la Grundgesetz. » Les arrêts du 29 juillet 1952⁸³ et du 30 juillet 1952⁸⁴ témoignaient de la même tendance.

⁸¹ *Kommentar*, p. 169 et JIR 1954, III, p. 16, note 17.

⁸² BVerfGE vol. 4, p. 157 (169).

⁸³ BVerfGE vol. 1, p. 351.

⁸⁴ BVerfGE vol. 1, p. 396.

Il y a donc tout lieu de penser qu'à l'avenir la Cour constitutionnelle continuera dans la voie de cette jurisprudence et confirmera la suprématie absolue de la Constitution.

III. Les règles générales et les lois fédérales

Conformément à l'article 25 GG, la jurisprudence a consacré la primauté absolue des règles générales du droit international sur les lois fédérales, en ce sens que toute législation fédérale, qu'elle soit postérieure ou non à la naissance de la norme internationale, cesse d'être applicable en cas de contradiction. La loi fédérale en ce cas n'est pas abrogée, mais se trouve suspendue dans ses effets tant que la règle générale demeure en force.

S'il n'y a pas à notre connaissance de cas où une loi fédérale contraire à une règle générale ait été effectivement suspendue, nombreux sont par contre ceux où le juge s'est interrogé sur l'éventuelle existence d'une contradiction qui, si elle avait été constatée, aurait conduit à écarter l'application de la loi. Ces examens de conformité aboutissent généralement à la négation de toute opposition; il ne reste pas moins qu'en procédant à cette analyse préjudicielle, le juge allemand témoigne de son souci de garantir la primauté des règles générales contre tout empiétement de la loi interne⁸⁵.

Les règles générales priment également la législation des Länder, elle-même soumise à la législation fédérale⁸⁶. Cependant la primauté des règles générales sur les lois des Länder peut être mise en échec lorsqu'elle met en cause la répartition constitutionnellement énoncée des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Ainsi dans l'arrêt dit du «Concordat»⁸⁷, la Cour constitutionnelle estima que la législation locale, constituant en l'espèce l'exercice d'une compétence constitutionnelle-

⁸⁵ En ce sens, notamment:

BVerfGE vol. 9, p. 175 (191), du 4. 2. 1959.

BVerfGE vol. 10, p. 136 (140), du 20. 10. 1959.

BVerfGE vol. 15, p. 24 (34ss), du 30. 10. 1962.

BVerfGE vol. 16, p. 27 (33ss), du 30. 4. 1963.

BVerfGE vol. 16, p. 276 (279), du 9. 7. 1963.

BVerwGE vol. 3, p. 235, du 10. 4. 1956.

BGHStr. vol. 9, p. 53, du 18. 1. 1956.

⁸⁶ Le principe en est énoncé par la Cour constitutionnelle dans une décision du 4. 5. 1952 (BVerfGE vol. 1, p. 208 [233]).

⁸⁷ BVerfGE vol. 6, p. 309, du 26. 3. 1957.

ment garantie, avait force constitutionnelle et ne pouvait dès lors être mise en cause par le droit international.

La primauté du droit des gens sur les lois des Länder ne se réaliserait que dans le domaine de la législation non réservée, c'est-à-dire celle que le Land élabore conjointement ou alternativement avec le pouvoir fédéral ou en exécution de lois fédérales. Cette interprétation est contestable car elle conduit à donner à certaines lois locales une plus grande autorité par rapport au droit international que celle des lois fédérales. Il est à souhaiter que la Cour constitutionnelle modifie cette jurisprudence quelque peu illogique.

IV. Primauté et revision constitutionnelle

Si l'on admet, comme la Cour constitutionnelle, que l'article 25 ne consacre pas la primauté du droit international sur la Constitution elle-même, mais seulement sur les lois fédérales, la force obligatoire interne des règles générales ne cause aucune difficulté quant aux modalités de la revision constitutionnelle. Par contre, si l'on retient la thèse, correcte selon nous, de la primauté absolue des règles générales, certains problèmes surgissent en ce domaine.

Quelques auteurs⁸⁸ ont objecté à la primauté absolue des règles générales que si la Grundgesetz elle-même est subordonnée aux règles de droit des gens, la naissance de toute règle générale nouvelle aurait pour effet de suspendre l'effet interne des dispositions constitutionnelles inconciliables avec elle.

On se trouverait alors en présence d'une revision indirecte de la Grundgesetz par dérogation tacite à l'une de ses normes («Verfassungsdurchbrechung»), procédure qui n'est pas admise par l'article 79/1 de la Grundgesetz, disposition définissant les conditions et les modalités de la revision de la Constitution.

On peut douter du bien-fondé de ce raisonnement. Sans doute l'article 79/1 définit-il la procédure de la revision constitutionnelle. Mais ses conditions sont-elles exhaustives? L'on ne voit pas pourquoi une autre disposition de la Grundgesetz, de même force, ne pourrait pas prévoir

⁸⁸ v. MANGOLOT: JIR 1954, III, p. 16.

BERBER: I, p. 100.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 23.

expressément ou implicitement un autre mode particulier de revision. L'article 25 serait alors le complément en ce domaine de l'article 79/1⁸⁹.

Le problème de la relation entre l'article 79 et l'article 25 se pose sous un autre aspect encore. L'article 25 constitue-t-il une limite autonome au droit de reviser la Grundgesetz dans un sens contraire à une règle générale en vigueur? L'article 79/3 dresse sans doute une liste des limites au droit de reviser, mais celle-ci n'est pas nécessairement complète⁹⁰. L'article 25, en soumettant la Grundgesetz au droit international, interdit au constituant par une revision constitutionnelle future de porter atteinte à une règle générale incorporée.

A notre avis, il n'y a pas là, à proprement parler, une limite au droit de reviser. Libre au constituant d'élaborer des normes, même contraires au droit international: ces dispositions nouvelles sont simplement suspendues dans leurs effets dans la mesure où elles heurtent une règle générale, et pour le temps de la validité de celle-ci. La règle générale, en vertu de la supériorité hiérarchique dont elle bénéficie selon l'article 25, rend simplement la règle constitutionnelle inopérante, sans l'abroger pour autant.

Enfin une dernière question dans la perspective de la revision constitutionnelle: nous avons soutenu que les règles générales bénéficient par l'article 25 d'une primauté sur l'ensemble du droit allemand. Aucune revision constitutionnelle ne pourrait les atteindre dans leur force obligatoire interne. Qu'en est-il de l'article 25 lui-même? Peut-on supprimer l'obstacle de la primauté du droit international en éliminant l'article qui la consacre? En d'autres mots, l'article 25 est-il lui-même à l'abri d'une abrogation par revision constitutionnelle? M. CURTIUS l'affirme⁹¹ en disant que si l'article 25 apporte une limite au droit de reviser, il doit logiquement être lui-même d'essence supérieure. M. EHMKE est du même avis et considère que ce caractère intangible provient d'une limitation hétéronome et transcendante⁹².

Nous ne croyons pas pouvoir suivre cette opinion. L'article 25, comme nous l'avons dit plus haut, ne consacre pas une véritable limite au droit de reviser, mais institue simplement dans la hiérarchie juridique interne

⁸⁹ MENZEL: *BK*, ad art. 25, p. 11.

FIGORSCH: p. 40, p. 49.

⁹⁰ CURTIUS: p. 145.

⁹¹ CURTIUS: p. 145.

⁹² HORST EHMKE: *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953, p. 92.

une catégorie de normes de rang supérieur. Il n'y a pas de raison, dès lors, pour que cette disposition bénéficie de l'intangibilité qui appartient aux dispositions constitutionnelles qui tracent les limites de la révision. L'article 25 n'est pas compris dans le minimum de l'article 79/3. D'ailleurs, le droit international ne contient aucune prescription imposant le maintien d'une telle réglementation de la primauté. Celle-ci est de création étatique, et il est loisible à l'ordre interne de retirer en tout temps, selon la procédure qu'elle a prévue à cet effet, les privilèges accordés à l'intérieur de sa sphère juridique aux normes du droit international⁸³.

§ 3. *Le champ d'application de l'article 25 GG*

Les règles générales, selon l'article 25 GG, font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral, sous réserve évidemment des règles non self-executing, c'est-à-dire de celles qui, faute de la précision nécessaire, ne peuvent pas être immédiatement exécutées. En énonçant l'application directe aux individus, l'article 25 n'apporte rien de nouveau par rapport à la réglementation de Weimar. Déjà l'article 4 de cette Constitution consacrait l'immédiateté des règles internationales en leur attribuant le même effet juridique pour les individus que le droit interne ordinaire, public ou privé. Cette formule de l'immédiateté est d'ailleurs superflue: la notion de l'incorporation énoncée au premier alinéa de l'article 25 suffisait à consacrer l'effet direct du droit international et n'avait pas besoin d'une confirmation aussi explicite⁸⁴.

L'article 25 s'inspire d'une notion territoriale puisqu'il énonce (in fine) que seuls les habitants du territoire fédéral peuvent invoquer l'immédiateté du droit international. Le constituant voulait inclure par là dans sa réglementation, outre les citoyens allemands, tous les étrangers et les apatrides résidant sur le territoire fédéral⁸⁵. La faculté leur est

⁸³ Même sens:

MANN: p. 547.

v. MANGOLDT: JIR 1954, III, p. 16.

MENZEL: BK, ad. art. 25, p. 11.

FIGORSCH: p. 51.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 23.

HAMANN: p. 230.

⁸⁴ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 68z.

W. WENGLER: *Note de jurisprudence*, NJW 1963, p. 435.

⁸⁵ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 68z.

aussi accordée d'obtenir, en invoquant le droit international, la protection de leur statut d'étranger, même si celui-ci n'est pas réglementé par le droit interne. Il est admis par la doctrine que les personnes morales bénéficient elles aussi de la réglementation⁶⁶.

La formule prête cependant à la critique en ce qu'elle exclut de son domaine d'application toutes les personnes non domiciliées en Allemagne. Il est particulièrement illogique de ne pas appliquer aux Allemands expatriés ou aux étrangers qui entrent en rapport avec l'ordre juridique allemand les règles internationales que cet ordre assimile à ses normes internes. Une telle discrimination entre les champs d'application de la règle internationale incorporée et du droit national qui l'incorpore est injustifiable. La doctrine admet généralement que le constituant a été victime d'une confusion et qu'il n'a pas entendu restreindre aux seuls habitants de la Bundesrepublik l'effet de la disposition. Les auteurs estiment qu'il n'y a pas lieu en pratique de tenir compte de ce lapsus⁶⁷.

Section IV – L'application judiciaire et le contrôle de la primauté

Le fait d'énoncer, même en termes généraux, le principe de la primauté du droit international constitue sans doute un grand progrès par rapport aux solutions précédemment consacrées. Par l'article 25, le droit allemand s'est mis à l'avant-garde de l'internationalisme constitutionnel. Cependant, cette prise de position serait demeurée sans grande portée pratique si par une autre disposition sa mise en œuvre concrète par le juge n'avait pas été définie. Il ne suffit pas, en effet, de proclamer un principe de hiérarchie de normes, si l'on ne désigne pas aussi l'organe chargé de le réaliser.

§ 1. La répartition des compétences judiciaires

La loi fondamentale de Bonn a le grand mérite de garantir la hiérarchie qu'elle institue entre normes internationales et internes, constitutionnelles et légales, par une répartition nette des compétences judiciaires en

⁶⁶ GIESE: p. 55.

⁶⁷ JELLINEK: p. 185.

MENZEL: BK, ad art. 25, p. 12.

MOSLER: *Praxis*, p. 37.

MANOLDT-KLEIN: ad art. 25, p. 682.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 21.

la matière: contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, en ce qui concerne le droit interne; en matière de droit international, contrôle judiciaire de l'incorporation et attribution au juge ordinaire du pouvoir de réaliser la primauté. Ce système d'application du droit international, la Grundgesetz en donne la définition à l'article 100.

Cette réglementation, confirmée et précisée dans la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale aux paragraphes 13, 80 et 83, place le problème de la mise en œuvre du droit international dans deux perspectives bien distinctes.

1. D'une part, il s'agissait de déterminer à quel organe revenait la tâche d'appliquer le droit international aux particuliers et de réaliser par cette application sa primauté sur les normes internes. Confiera-t-on cette mission aux tribunaux ordinaires, ou au contraire à une cour spéciale?
2. D'autre part, fallait-il attribuer à une autorité distincte la compétence:
 - a) de se prononcer au préalable sur l'existence même de la norme internationale à appliquer?
 - b) de trancher les conflits entre règles internationales et normes internes?

Le constituant allemand aurait pu conférer l'une et l'autre à la même instance judiciaire, solution qui aurait eu l'avantage de la simplicité. Le tribunal ordinaire saisi d'un litige régi par le droit international aurait toujours été habilité à examiner lui-même la validité de la règle invoquée, puis, le cas échéant, à l'appliquer directement à la cause. Mais la Grundgesetz consacre une solution plus nuancée; elle répartit les compétences entre les tribunaux ordinaires d'une part et la Cour constitutionnelle fédérale de l'autre.

1. L'application par les tribunaux ordinaires

Les tribunaux ordinaires, qu'ils soient judiciaires, administratifs ou arbitraux, de première instance, d'appel ou de cassation, ont la compétence d'appliquer les règles générales du droit international aux conflits entre particuliers, pour autant que l'existence même de ces règles ne soit pas douteuse. Cette fonction, ils l'exercent selon les mêmes principes que ceux présidant à la mise en œuvre des normes internes. Le juge peut donc interpréter librement les règles coutumières internationales,

comme il en a le pouvoir en ce qui concerne les lois, sans avoir à se conformer aux directives émanant de l'exécutif et du législatif. Le juge qui a constaté la validité d'une norme internationale doit en assurer la mise en œuvre⁹⁸.

II. La procédure incidente de l'article 100/2 GG

En revanche, chaque fois que le tribunal normalement saisi a un doute sur l'existence ou la portée de la règle internationale invoquée devant lui, il doit suspendre la procédure et renvoyer la cause à la Cour constitutionnelle. Une procédure incidente est alors ouverte au cours de laquelle la Cour doit se prononcer sur les questions suivantes: la norme coutumière invoquée existe-t-elle en droit des gens? A-t-elle le caractère d'une «règle générale» au sens de l'article 25 GG? Est-elle de par sa nature susceptible d'application directe aux particuliers?⁹⁹ Le doute ne porte donc pas à proprement parler sur le fait de l'incorporation qui est généralement consacrée par l'article 25, mais uniquement sur celui de la validité internationale de la règle ou de son caractère «self-executing». Dans la mesure en effet où ces éléments sont constatés, le jeu de l'assimilation est automatique. Il suffit qu'une règle générale soit reconnue comme obligatoire par le droit international pour qu'elle fasse ipso facto partie du droit interne.

Toutefois, la Cour constitutionnelle, dans une décision récente en date du 30 octobre 1962¹⁰⁰, a précisé que les règles générales non «self-executing», c'est-à-dire celles qui ne sont pas susceptibles d'être appliquées directement aux particuliers, pouvaient également être soumises à son examen dans le cadre de la procédure incidente de l'article 100/2 GG.

Il est vrai que l'article 25/2 GG énonce que les règles générales du droit international «font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral»; de même l'article 100/2 GG

⁹⁸ MAUNZ: pp. 233ss.

BVERIGE vol. 15, p. 25, du 30. 10. 1962 (NJW 1963, p. 435).

⁹⁹ GEIGER: p. 263.

STÖNTER: p. 267.

¹⁰⁰ NJW 1963, pp. 435ss, p. 437. Il s'agissait en l'espèce de savoir si le principe de l'immunité des Etats étrangers allait jusqu'à interdire toute action en justice dirigée contre un Etat étranger concernant l'immeuble occupé par sa mission diplomatique, notamment en rectification de l'inscription au registre foncier. La Cour estima qu'elle n'avait pas à examiner au préalable si la règle générale alléguée avait ou non un caractère «self-executing».

dispose que la Cour constitutionnelle peut être saisie lorsqu'il y a doute sur le point de savoir «si une règle du droit international est directement constitutive de droits et d'obligations pour les particuliers». Cependant, selon la Cour constitutionnelle il s'agirait là de formules purement déclaratives destinées à confirmer l'énoncé du premier alinéa de l'article 25 d'après lequel «les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral». Il n'aurait pas été dans l'intention du constituant de distinguer entre normes directement applicables aux individus et celles qui ne s'adressent qu'à l'Etat et à ses organes, et de ne faire bénéficier que les premiers de la réglementation constitutionnelle. A propos de cet arrêt, le Professeur Wengler a relevé¹⁰¹ qu'il fallait distinguer entre les règles générales du droit international non «self-executing» qui imposent des obligations à l'Etat allemand et à ses organes, et celles qui mettent en cause d'autres Etats. Seules les premières bénéficieraient du privilège conféré par l'article 25 GG.

La Cour tranche la question de l'existence internationale de la norme, mais elle n'a pas à l'appliquer elle-même. Dès que la décision est intervenue, la procédure incidente se clôt et celle amorcée devant le tribunal ordinaire reprend son cours. Le prononcé de la Cour constitutionnelle lie le juge inférieur: celui-ci doit appliquer au litige dont il est saisi les règles générales dont la validité a été reconnue. C'est à lui donc qu'incombe toujours la fonction de mettre directement en œuvre le droit international.

III. La procédure incidente de l'article 100/1 GG

Lorsque le juge n'éprouve pas de doute quant à l'existence ou à la portée d'une règle générale, la procédure de l'article 100/2 GG n'entre pas en considération, et comme relevé ci-dessus, il applique d'emblée la norme internationale au litige porté devant lui.

Qu'en est-il, par ailleurs, du cas où le tribunal constate que la règle internationale qu'il doit ainsi appliquer (qu'il s'agisse d'une règle claire ou d'une règle confirmée et précisée par la Cour constitutionnelle) est contredite par une disposition légale interne? Le texte de la Constitution ne résout pas expressément la question. Selon M. MOSLER¹⁰², dont nous

¹⁰¹ NJW 1963, p. 435.

¹⁰² Praxis, p. 47.

MAUNZ: p. 236.

En faveur du contrôle normatif par le juge ordinaire, SCHÜTTE: p. 45.

partageons le point de vue, le juge ne peut pas trancher le conflit lui-même en écartant de sa propre autorité la loi qui lui paraît déroger à une règle générale; par application analogique de l'article 100/1 relatif au contrôle de la constitutionnalité des lois, il doit surseoir à statuer et, dans une procédure incidente, il doit soumettre l'opposition de normes à l'appréciation de la Cour de Karlsruhe. La Cour procédera alors à un contrôle dit «normatif», c'est-à-dire qu'elle confrontera les règles en présence et, s'il s'avère qu'il y a contradiction, elle déclarera nulle («nichtig») la règle hiérarchiquement subordonnée, à savoir, selon l'article 25 GG, la loi interne¹⁰³. La procédure incidente close, le juge ordinaire, saisi à nouveau, pourra appliquer la règle internationale, nonobstant la disposition interne contraire, celle-ci ayant perdu toute validité par suite de la décision de la Cour constitutionnelle.

A notre connaissance, le cas d'une contradiction entre une règle générale et une loi allemande ne s'est pas présenté depuis l'entrée en vigueur de la Grundgesetz, et la Cour constitutionnelle n'a donc pas encore eu à connaître d'une telle question.

§ 2. Les conditions d'intervention de la Cour constitutionnelle

En ce qui concerne la procédure incidente selon l'article 100/1 GG, le juge ordinaire doit avoir constaté une contradiction de normes, et il ne peut renvoyer la cause à la Cour constitutionnelle que s'il est lui-même convaincu que la loi interne est incompatible avec la règle internationale¹⁰⁴.

Pour ce qui est, en revanche, de l'article 100/2 GG, il faut, mais il suffit, que le juge ordinaire éprouve un doute quant à l'existence ou à la portée de la norme internationale, et qu'il ne soit pas en mesure de dissiper ce doute par ses propres moyens¹⁰⁵. La doctrine s'accorde sur ce point¹⁰⁶, mais elle est partagée sur la question de savoir à quelles conditions un tribunal peut admettre l'existence de l'incertitude ainsi définie.

¹⁰³ Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §§ 80 à 82.

¹⁰⁴ GEIGER: pp. 255/256.

MAUNZ: pp. 232 ss.

¹⁰⁵ MÖBLER: *Praxis*, pp. 46/47.

¹⁰⁶ GEIGER: p. 263.

H. LECHNER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin/Francfort, 1954, p. 116.

Certains auteurs, comme M. LECHNER¹⁰⁷, considèrent comme suffisant qu'une des parties en ait soulevé l'argument en cours de procédure. Cette interprétation nous paraît trop large puisqu'elle aboutirait en pratique à ce que tous les litiges dans lesquels une règle générale est invoquée soient quasi automatiquement portés devant la Cour constitutionnelle; car la partie que l'application d'une règle générale défavorise aura toujours intérêt à en contester l'existence et à provoquer par là l'incident dont elle attend, sinon gain de cause, du moins un utile délai. Cette solution serait une prime à l'abus.

M. IPSEN, lui, considère que le «doute» doit être celui du tribunal et non pas des parties au procès¹⁰⁸. Cette solution, qui permet d'éviter l'écueil d'une procédure incidente trop généralisée, ne nous paraît cependant pas entièrement satisfaisante. Elle étend par trop la libre appréciation du juge, en lui permettant de se prononcer selon sa seule conviction personnelle. L'unité de jurisprudence indispensable en matière d'application interne du droit international s'en trouverait compromise.

Nous nous rallions de préférence à la solution proposée par M. MANN¹⁰⁹, selon laquelle l'incertitude doit être de nature *objective*; le juge ne devra retenir la notion de doute que si des conditions déterminées sont réalisées, même s'il ne partage pas lui-même ce doute: la doctrine et la jurisprudence, nationales et étrangères, ainsi que les décisions des cours internationales, constitueraient les bases essentielles de cette appréciation. Chaque fois qu'il y aurait un partage d'opinions parmi les auteurs ou une contradiction jurisprudentielle, le doute devra être retenu¹¹⁰. En revanche, si le juge constate une unanimité ou si, selon son appréciation, les divergences d'opinions sont de peu d'importance, le juge appliquera immédiatement la norme en question, sans suspendre la procédure.

Il y a une autre circonstance, de nature objective elle aussi, où d'emblée l'existence d'un doute doit être admise: lorsque dans l'ordre interne une

¹⁰⁷ LECHNER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 117.

Même sens:

GRIGER: «Es genügt, dass ein Prozessbeteiligter den Zweifel äussert.» p. 263.

Cette solution a été expressément rejetée par le Bundesfinanzhof dans un arrêt en date du 18. 12. 63 (NJW 1964, p. 1296).

Voir aussi MAUNZ: p. 234.

¹⁰⁸ p. 489.

¹⁰⁹ MANN: p. 547.

MOSLER: *Praxis*, p. 46.

¹¹⁰ Même sens: KRAUS: p. 225.

norme légale ou constitutionnelle vient contredire la règle internationale¹¹¹. Selon un principe universellement reconnu, il faut en effet présumer que le législateur interne, lorsqu'il élabore une loi nouvelle, n'entend pas violer le droit international en vigueur. En application de ce principe, le juge sera fondé, chaque fois qu'une apparente contradiction se présente, à mettre en doute la validité de la prétendue règle internationale dont l'existence mettrait en échec la présomption d'harmonie entre les deux ordres. En ce cas, la cause doit donc toujours être renvoyée devant la Cour constitutionnelle.

§ 3. *Les caractéristiques du contrôle de la Cour constitutionnelle selon l'article 100 GG.*

La procédure de l'article 100/1 et celle de l'article 100/2 s'apparentent sur de nombreux points: dans les deux cas, la Cour constitutionnelle doit être saisie par un tribunal inférieur qui cherche à obtenir une décision incidente. Il peut s'agir de tribunaux tant de première instance que d'appel, du *Bundesgericht* ou même de tribunaux arbitraux¹¹². Par contre, les autorités administratives ne peuvent pas s'adresser au *Bundesverfassungsgericht*, à moins que, selon l'article 19 GG, le litige ait été porté devant un tribunal ordinaire.

L'article 100 exclut, tant pour le contrôle des lois (alinéa 1) que pour celui du droit international (alinéa 2), la voie abstraite de l'action directe¹¹³ et ne retient que la voie du contrôle incident. Le *Bundesverfassungsgericht* se prononce donc toujours à propos d'un litige particulier, mais ses conclusions ont force de loi¹¹⁴. La décision intervenue a une portée générale et s'impose à tous les tribunaux saisis par la suite de causes semblables. La constatation de l'existence d'une règle générale

¹¹¹ En ce cas, il y aura cumul dans la procédure ouverte devant la Cour constitutionnelle des moyens tirés de l'article 100/1 GG et de ceux tirés de l'article 100/2 GG: le tribunal ordinaire demandera à la Cour tout à la fois d'établir si la règle internationale existe et, dans l'affirmative, d'annuler la règle interne contraire. Toutefois, jusqu'à présent le cas ne s'est jamais présenté.

¹¹² En ce qui concerne les tribunaux arbitraux, la doctrine ne leur reconnaît cette faculté que dans la mesure où ils ont adopté la procédure judiciaire ordinaire.

¹¹³ IPSEN: p. 488.

¹¹⁴ § 31/2 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.

IPSEN: p. 488.

MOSLER: *Praxis*, p. 47.

MAUNZ: p. 292.

lève ainsi le doute sur la validité de la règle internationale non seulement à l'égard du juge appelé à se prononcer dans le cas particulier, mais pour tous les tribunaux devant lesquels cette même règle pourrait être invoquée à l'avenir.

Le parallélisme entre les deux alinéas de l'article 100 est cependant loin d'être absolu. Les deux procédures se distinguent fondamentalement quant à la nature juridique de la décision.

En ce qui concerne l'article 100/1, la Cour, comme nous l'avons relevé, opère un contrôle des normes. En tant que gardienne de la Constitution, elle se prononce sur la conformité d'une loi ordinaire à une disposition de la Grundgesetz ou à une règle générale du droit international. Elle assure le respect de la hiérarchie normative définie par la Grundgesetz et écarte les règles inférieures contraires.

La décision selon l'article 100/2 a un caractère différent: il ne s'agit pas d'un *contrôle* de la validité d'une norme par rapport à une autre, mais du double examen de l'existence et de la qualité¹¹⁶ d'une règle. Ici, il n'y a donc pas confrontation de deux normes, mais la constatation qu'une règle entre dans une catégorie de normes déterminées et qu'elle occupe bien, de ce fait, un rang hiérarchique donné. La décision est ici simplement *déclarative* de validité; elle n'est donc pas constitutive d'une force obligatoire interne déjà assurée par l'article 25 GG¹¹⁶.

La Grundgesetz attribue ainsi de très larges compétences aux tribunaux ordinaires, en matière d'application et de contrôle du droit international. L'article 100/2 leur confère non seulement la compétence d'appliquer le droit international, mais leur confie encore le soin d'apprécier librement si la cause doit être renvoyée à la Cour constitutionnelle. Par l'examen préalable auquel il procède, le juge ordinaire demeure donc maître de la procédure à suivre. En déclarant que la règle internationale est claire, il peut écarter définitivement la procédure incidente devant le tribunal de Karlsruhe. Il applique souverainement, et à l'exclusion de toute intervention extérieure, le droit international dont il a reconnu la validité.

Le droit allemand entend, en conférant d'aussi larges compétences aux

¹¹⁶ GEIGER: p. 263

LECHNER: *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, p. 116.

BVerfGE vol. 15, p. 24, du 30. 10. 1962.

¹¹⁶ GEIGER: p. 263.

Voir BVerfGE: Arrêt du 30. 10. 62 (NJW 1963, p. 437).

tribunaux ordinaires, faciliter le plus possible la mise en œuvre du droit international.

L'attribution à une instance unique (la Cour constitutionnelle) du pouvoir d'apprécier l'existence de règles incertaines s'explique par le souci d'assurer l'unité de la jurisprudence en la matière. Une cour suprême composée de juristes de premier plan paraissait particulièrement bien placée pour déterminer l'état d'évolution du droit international positif et pour recueillir les avis souvent décisifs des autres organes de l'Etat.

Ce système de partage de compétences entre Cour constitutionnelle et tribunaux ordinaires, avec prééminence de ces derniers, est une solution qui a de grands avantages. On peut se demander cependant s'il n'eût pas été préférable de conférer cette fonction coordinatrice au Bundesgericht, selon le jeu habituel de l'appel et de la cassation. La procédure d'application du droit international en eût été simplifiée et l'unité de la jurisprudence néanmoins sauvegardée. Cette solution fut proposée au cours des débats de la Constituante¹¹⁷. Elle aurait eu l'avantage de soustraire la mise en œuvre du droit international aux pressions extérieures qui s'exercent sur une cour qui, par le fait du contrôle législatif qu'elle exerce habituellement, se trouve placée au confluent des courants politiques.

§ 4. *Autres formes de contrôles normatifs*

La Grundgesetz connaît encore d'autres formes de contrôles normatifs par la Cour constitutionnelle. Ainsi, selon l'article 93/1, chiffre 2 GG¹¹⁸,

¹¹⁷ JöR p. 736 (opinion de M. Strauss).

Même sens: v. MANGOLDT: JIR 1954, III, pp. 16/17.

¹¹⁸ Article 93 GG:

(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. ...

2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht und Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages.

Traduction:

Article 93 GG:

(1) La Cour constitutionnelle fédérale statue:

1. ...

2. en cas de divergences d'opinions ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente

le Gouvernement fédéral, le gouvernement d'un Land ou un tiers des membres du Bundestag peuvent demander à la Cour constitutionnelle de vérifier la conformité d'une disposition législative interne avec une norme de rang supérieur, que ce soit la Grundgesetz ou aussi une règle générale du droit international. Ils s'agit d'un contrôle analogue à celui de l'article 100/1, mais de caractère abstrait, et aboutissant, le cas échéant, à la déclaration de la nullité de la norme inférieure dérogatoire. Ces deux procédures diffèrent aussi par les organes qui les provoquent (juge ordinaire pour l'article 100/1; autorités politiques pour l'article 93/1, chiffre 2).

Par ailleurs, selon le § 90, toute personne qui se prétend lésée par un acte de puissance publique (loi, jugement, acte administratif etc.) dans ses droits individuels constitutionnellement garantis (notamment par les articles 1 à 19 GG) peut en saisir la Cour constitutionnelle en lui demandant d'annuler l'acte incriminé («Verfassungsbeschwerde»)¹¹⁹. Jusqu'à présent la Cour n'a pas admis qu'il y avait violation d'un droit individuel lorsqu'un acte de la puissance publique dérogeait à une règle générale du droit international¹²⁰. On peut toutefois se demander si la Cour ne devrait pas admettre une «Verfassungsbeschwerde» dirigée contre un jugement de dernière instance appliquant une loi interne contraire à une règle internationale, alors que ce tribunal aurait dû, en ce cas, surseoir à statuer pour introduire la procédure de contrôle prévue à l'article 100/1 GG¹²¹.

A l'opposé, il n'est pas exclu qu'un jugement appliquant une règle générale du droit international dont il découlerait une violation d'un droit individuel constitutionnellement garanti puisse être attaqué selon la procédure prévue au § 90 BVerfGG. En effet la Cour de Karlsruhe a toujours admis que les dispositions de la Grundgesetz avaient le pas sur les règles internationales introduites en droit allemand en vertu de l'article 25 GG¹²².

Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec un autre élément du droit fédéral, à la requête du Gouvernement fédéral, du gouvernement d'un Land ou d'un tiers des membres du Bundestag.

¹¹⁹ GEIGER: ad § 90, pp. 275ss.

MAUNZ: pp. 239ss, pp. 241/242.

¹²⁰ BVerfGE vol. 6, p. 300; BVerfGE vol. 18, p. 441.

¹²¹ Voir MAUNZ: p. 233.

¹²² BVerfGE vol. 6, p. 309 (363).

CHAPITRE II – LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Alors que la Grundgesetz régleme avec précision l'application des règles générales (article 25) et fixe les modalités du contrôle judiciaire de leur mise en œuvre (article 100 GG), elle ne contient pas de dispositions semblables concernant le droit international conventionnel.

L'article 59 GG détermine, il est vrai, les conditions selon lesquelles l'accord international acquiert force obligatoire interne et définit la procédure de sa conclusion, mais ne dit pas expressément quelle place hiérarchique il occupe, ni si ses effets sont automatiques. La question se pose dès lors de savoir si ce silence est qualifié ou si, au contraire, il s'agit là d'une lacune pouvant être comblée par une interprétation extensive de l'article 25.

§ 1. *La nature juridique de l'approbation parlementaire*

Selon l'article 59 GG¹²³, la compétence de conclure au nom de l'Allemagne fédérale des traités avec des États étrangers appartient au Président de la République. Toutefois, en vertu du second alinéa de cette disposition, la ratification par le Chcf de l'État est subordonnée dans le cas de la plupart des traités, à savoir ceux qui ont un contenu spécifique-

¹²³ Art. 59 GG:

1. Der Bundespräsident vertritt den Bund völkerrechtlich. Er schliesst im Namen des Bundes die Verträge mit auswärtigen Staaten. Er beglaubigt und empfängt die Gesandten.
2. Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend.

Traduction:

Art. 59 GG:

1. Le Président fédéral représente la Fédération à l'extérieur. Il conclut au nom de la Fédération les traités avec les États étrangers. Il accrédite et reçoit les représentants diplomatiques.
2. Les traités qui régissent les relations diplomatiques de la Fédération ou qui se rapportent à des matières relevant de la législation fédérale requièrent l'agrément ou le concours des Assemblées législatives fédérales compétentes selon le cas, sous la forme de lois fédérales. Pour les conventions d'ordre administratif, les dispositions relatives à l'administration fédérale sont applicables par analogie.

ment politique ou qui portent sur le domaine de la législation fédérale, à une approbation préalable des organes législatifs internes. Cette approbation prend la forme d'une «Vertragsgesetz», loi fédérale spéciale qui assure tout à la fois la participation législative à l'élaboration de la norme internationale et l'introduction de la norme internationale dans la sphère juridique interne. Cette procédure législative n'a pas seulement le caractère d'une «approbation» (Zustimmung), mais constitue aussi et surtout une «participation» (Mitwirkung) des organes étatiques à la création de la norme internationale. Bien que le texte constitutionnel utilise le terme de «loi fédérale» (Bundesgesetz) pour désigner cet acte de participation parlementaire, certains auteurs ont soutenu que celui-ci ne coïncidait pas avec la notion matérielle de loi interne: il s'agirait d'une norme sui generis échappant aux catégories habituelles du droit interne et qui constituerait une simple étape de l'élaboration du traité sur le plan interétatique. Le traité n'acquerrait pas force obligatoire interne du fait que l'acte d'approbation l'aurait «transformé» en loi fédérale, mais bien parce qu'à la suite de la procédure parlementaire le traité a été valablement conclu entre Etats contractants et s'impose à ce titre aux organes étatiques et aux individus. En d'autres termes, la «Vertragsgesetz» ne serait pas une norme introductive du traité mais constituerait l'un des éléments (parmi d'autres) de sa validité internationale. Le traité, une fois en vigueur entre Etats, s'imposerait ipso jure dans l'ordre interne¹²⁴. Il s'ensuivrait logiquement que ce n'est pas à proprement parler la «Vertragsgesetz» que le juge applique, mais bien le traité qui en est l'aboutissement. Sans doute le tribunal aura-t-il à vérifier si la procédure constitutionnelle de conclusion, déterminante pour l'ordre international, a été respectée et en particulier si le législateur interne est intervenu. Mais il s'agirait là d'un pur contrôle de la validité internationale de la norme.

A l'appui de cette thèse, on peut relever que, selon la pratique suivie en Allemagne, les lois d'approbation n'acquièrent pas force obligatoire interne dès leur publication, mais seulement lorsque le traité lui-même

¹²⁴ Voir en ce sens:

E. KAUFMANN: *Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Munich, 1955, pp. 445^{ss}.

MOSLER: *Praxis*, pp. 15/16.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 59, pp. 1144^{ss}.

est entré en vigueur sur le plan international, et que cette circonstance a elle-même fait l'objet d'une publication officielle¹²⁵.

La doctrine n'est certes pas unanime à admettre cette construction juridique, et de nombreux auteurs¹²⁶ ont défendu la thèse dualiste de la « transformation ». La Cour constitutionnelle fédérale s'est ralliée à cette tendance en affirmant que la Vertragsgesetz comportait deux aspects : d'une part, elle s'intégrerait dans la procédure de création d'une norme internationale, de l'autre elle opérerait la transformation de la norme conventionnelle en une loi interne qui seule s'imposerait au juge.

«Die rechtliche Bedeutung solcher Gesetze erschöpft sich nicht darin, dass von ihrem Erlass das verfassungsgemässe Zustandekommen des Vertrages abhängt. Sie transformieren zugleich den Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages insoweit in innerstaatliches Recht, als sie ihn sowohl für die staatlichen Organe als auch – falls sie sich auf das rechtliche Verhalten der Staatsbürger beziehen – für diese verbindlich machen»¹²⁷.

Cette jurisprudence est vivement critiquée par certains auteurs, et notamment par M. MOSLER¹²⁸.

Bien que le problème paraisse plus théorique que réel, il comporte cependant un aspect pratique pouvant être de grande importance: en

¹²⁵ MOSLER: *Praxis*, p. 19.

FIGORSCH: p. 86.

G. LANGNER – W. WENGLER: *Die Rechtsnatur der Bekanntmachung über das Inkrafttreten völkerrechtlicher Verträge für den Staatsbürger*, NJW 1962, pp. 228ss.

¹²⁶ JELLINEK: pp. 181 ss.

V. MANGOLDT: JIR 1954, III, p. 18.

DAHM: I, p. 66.

FIGORSCH: p. 81.

BERBER: I, p. 100.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 59, ch. 25.

voir: I. SEIDL-HOHENVELDERN: *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, ICLQ, 1963, pp. 89ss, p. 113.

¹²⁷ BVerfGE vol. 6, p. 291 (294), du 21. 3. 1957.

Même sens:

BVerfGE vol. 1, p. 396 (410), du 30. 7. 1952.

BVerfGE vol. 4, p. 157 (162), du 4. 5. 1955.

BVerfGE vol. 6, p. 309 (332), du 26. 3. 1957.

BGHZ vol. 17, p. 309 (313), du 24. 5. 1955.

La Cour constitutionnelle paraît toutefois avoir nuancé son attitude depuis lors et, dans une décision du 21. 3. 1961 (BVerfGE vol. 12, p. 289), elle a adopté une formule moins tranchante.

¹²⁸ MOSLER: *Praxis*, pp. 15 ss.

Voir aussi *Rapport PARTSCH*: pp. 87ss.

admettant que le juge applique non pas le traité lui-même, mais au contraire une loi interne transformatrice, la voie est ouverte au contrôle de la constitutionnalité de cette loi. Nous y reviendrons plus loin.

§ 2. *La place hiérarchique des traités*

La Constitution allemande ne détermine pas le rang que les traités doivent occuper dans la hiérarchie des normes internes. Faut-il conclure de ce silence que l'ordre juridique allemand refuse au droit conventionnel le bénéfice de la primauté qu'il accorde expressément au droit coutumier? La question se pose à un double point de vue: par rapport aux lois fédérales et par rapport à la Grundgesetz elle-même.

I. Traités et lois

Comme nous l'avons vu, l'article 25 GG fait primer les règles générales du droit international sur toutes les normes législatives internes et leur assure de ce fait une place privilégiée dans l'ordre juridique allemand.

Une partie de la doctrine a soutenu que l'article 25 incluait tacitement les traités dans sa garantie par l'effet de la règle générale du droit international «pacta sunt servanda»¹²⁰. Selon ce principe, un acte législatif interne ne saurait compromettre l'exécution d'une obligation internationale assumée par l'Allemagne par voie de traité.

Le recours au principe «pacta sunt servanda» pour justifier la primauté des traités est à notre avis mal fondé car il implique, à tort, que ce principe fait partie de la catégorie des règles générales du droit international directement créatrices de droits et d'obligations pour les particuliers et bénéficiant de ce fait de la réglementation de l'article 25 GG.

¹²⁰ F. MÜNCH: *Staatsverfassungen und Friedenspolitik*, Friedenswarte, 1950/1951, pp. 346 ss, p. 350.

KRAUS: pp. 227/228.

GREWE: p. 149.

KAUFMANN: p. 453.

Voir encore à ce sujet:

W. STUMPF: *Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 und der Satz «Pacta sunt servanda»*, thèse Zurich, 1963.

Le Gouvernement fédéral a défendu cet avis devant la Cour constitutionnelle dans la cause dit du «Concordat» (*Der Konkordatsprozess*, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik, Mainz, vol. VII, pp. 244ss.).

En réalité, le principe dont il s'agit est trop abstrait et général dans sa portée pour avoir en droit international un caractère normatif proprement dit; il ne fait donc pas partie de la catégorie des règles générales auxquelles la réglementation de l'article 25 s'applique¹³⁰.

Au surplus, le fait que l'article 25 ne mentionne pas les traités internationaux ne peut pas être considéré comme une lacune. Car dans la terminologie du droit international, les termes «règles générales du droit international», utilisés en l'espèce, s'entendent par opposition aux normes du droit international conventionnel. Il y a lieu de présumer que le constituant a entendu donner à ces mots leur sens usuel. D'ailleurs, l'étude des travaux préparatoires de la Constituante, où il n'est question que de la primauté du droit international coutumier, ne peut que nous confirmer dans l'idée que le droit international conventionnel n'est pas compris dans la réglementation de l'article 25 GG.

Certains tribunaux ont cependant admis l'incorporation en droit allemand du principe «pacta sunt servanda» en tant que règle générale, et ont dès lors étendu aux traités le bénéfice de la primauté consacrée par l'article 25 GG¹³¹. Toutefois, la Cour constitutionnelle dans son arrêt dit du «Concordat» a adopté le point de vue que nous avons développé ci-dessus, en précisant que les traités ne bénéficient pas de la suprématie sur le droit interne accordée par l'article 25 GG aux règles générales, mais occupent une place hiérarchique distincte qui les place au niveau des lois fédérales¹³².

Cette jurisprudence est conforme à l'article 59 GG qui, en prévoyant l'approbation parlementaire des traités dans la forme législative ordinaire, attribue à ceux-ci force de lois fédérales. La concurrence entre traités et lois est admise à présent par la doctrine dominante¹³³. Il est cependant

¹³⁰ SCHÜTTE: p. 80.

FIGORSCH: p. 93.

K. ZWEIFERT: *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, *RebelsZ.*, 1964, pp. 601 ss., pp. 635/636.

¹³¹ LG Stuttgart du 24. 4. 1951 (NJW 1951, p. 850) qui reconnaît force constitutionnelle à la Convention de La Haye de 1905 sur la procédure civile. BGHSir. vol. 5, p. 396 (402), du 3. 3. 1954.

¹³² BVerfGE vol. 6, p. 309 (362).

Même sens BGHZ du 5. 7. 1957 (NJW 1957, pp. 360/361).

¹³³ v. MANGOLDT: JIR 1954, III, p. 17.

MOSLER: *Praxis*, p. 41.

DAHM: I, p. 66.

très discuté, de *lege ferenda*, s'il n'y aurait pas lieu de conférer aux traités, ou du moins à certaines catégories d'entre eux, une autorité supérieure à celle des lois ordinaires¹³⁴.

Du fait que les traités et les lois fédérales occupent le même rang hiérarchique, il résulte que les conflits qui les opposent doivent être résolus par application du principe «*lex posterior derogat priori*». Le traité prime la législation antérieure, mais doit s'incliner devant une loi fédérale entrée en vigueur après sa conclusion. Une nombreuse jurisprudence, qui ne fait d'ailleurs que prolonger la tradition weimarienne¹³⁵, en a confirmé le principe en précisant que les rapports entre traité et loi s'établissent comme entre deux lois.

La rigidité du principe est cependant tempérée en droit allemand, comme d'ailleurs dans la plupart des systèmes juridiques européens, par la présomption de la conformité du droit interne au droit international. Selon cette présomption, le juge doit tenter la conciliation des normes contraires en interprétant la norme étatique d'une façon favorable à l'application de la disposition internationale. Ainsi l'exécution des traités sur le plan interne se trouve-t-elle le plus souvent assurée, malgré l'absence d'une confirmation expresse de leur primauté. Le principe de conciliation s'étend aussi aux relations entre le droit international, conventionnel ou coutumier, et la *Grundgesetz* et contribue à aplanir la plupart des conflits possibles en faisant finalement prévaloir la norme internationale par interprétation restrictive de la Constitution¹³⁶.

Sont toutefois supérieurs aux lois fédérales, les traités simplement confirmatifs de règles générales déjà en vigueur ou ceux dont les normes acquièrent valeur de règle générale en raison du très grand nombre d'Etats qui y ont adhéré. Ces traités bénéficient de la primauté énoncée

BERBER: I, p. 100.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 59, pp. 1144ss.

Rapport PARTSCH: pp. 72 ss.

¹³⁴ Rapport PARTSCH: pp. 96-104.

¹³⁵ RGStr. vol. 67, p. 130, du 2. 3. 1933.

BGHZ vol. 11, p. 195 (1938).

BVerfGE vol. 6, p. 389 (441), du 10. 5. 1957.

¹³⁶ MOSLER: *Praxis*, pp. 26-28.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 25, ch. 30.

BGHStr. vol. 3, p. 392, du 21. 1. 1953.

BVerwGE vol. 4, p. 235, du 17. 1. 1957.

par l'article 25 et ont dès lors force suprême dans l'ordre interne et peuvent même déroger à la Constitution.

Il y a aussi lieu de mentionner les traités entrant dans les catégories énumérées à l'article 79/1 GG (voir ci-après pp. 83/84) qui peuvent déroger à la Constitution, à condition d'être approuvés par chacune des Chambres à une majorité des deux tiers. Ces traités ont force constitutionnelle et s'appliquent nonobstant les lois fédérales postérieures en date qui en contrediraient le contenu¹⁸⁷.

II. Droit communautaire et lois internes

Il est généralement admis que les actes émanant des organes des communautés supranationales auxquelles l'Allemagne a adhéré (C.E.C.A., Euratom, Marché Commun) ont force obligatoire interne à l'égard des autorités et des particuliers, sans qu'il y ait besoin d'une législation interne transformatrice qui en confirme expressément l'énoncé. Les actes dont il s'agit bénéficient de l'immédiateté du traité dont ils relèvent¹⁸⁸.

La question est, en revanche, très discutée en doctrine de savoir quelle place hiérarchique les règles communautaires doivent occuper dans l'ordre juridique interne. Certains auteurs, restés fidèles aux distinctions de la théorie dualiste, soutiennent que le droit communautaire tire sa force interne de la loi fédérale d'approbation du traité de communauté, loi qui aurait opéré une transformation globale et anticipée en droit allemand des actes pouvant émaner des organes communautaires. Il s'ensuivrait que ces actes auraient autorité de loi fédérale, ni plus ni moins : les conflits entre le droit communautaire et la législation fédérale seraient réglés, comme en ce qui concerne les traités proprement dits, par application de l'adage «lex posterior derogat priori». D'autres auteurs invoquent par contre le fait que l'adhésion de l'Allemagne aux traités de communauté est intervenue dans le cadre de l'article 24 de la Grundgesetz qui autorise expressément des délégations de souveraineté à des organisations supranationales. Ils en tirent la

¹⁸⁷ Voir pour plus de détails : PIGORSCH : pp. 96ss.

¹⁸⁸ Voir G. BEBR : *Judicial Control of the European Communities*, Londres, 1962, pp. 222ss.
K. CARSTENS : *Der Rang der europäischen Verordnungen gegenüber deutschen Rechtsnormen*, Festschrift für O. Riese, Karlsruhe, 1964, pp. 65ss., p. 79.
OLG Francfort, du 19. 1. 1962, *Der Betriebsberater*, No. 19 (1962), pp. 735/736.

conclusion que, s'il y a délégation de compétence à des organes communautaires, les injonctions de ceux-ci doivent forcément avoir le pas sur la législation interne, sinon le fonctionnement même de la supranationalité serait mis en échec¹³⁹. Entre ces deux extrêmes, la doctrine est fluctuante, mais dans sa majorité, elle hésite encore à reconnaître au droit communautaire force dérogatoire par rapport à la législation fédérale interne même postérieure en date. Une solution est cherchée dans le sens d'une présomption quasi irréfragable en faveur de la conformité du droit interne au droit communautaire, celui-ci pouvant le plus souvent s'appliquer en tant que «lex specialis». En ce qui concerne la jurisprudence, elle ne paraît pas avoir encore eu l'occasion jusqu'à ce jour de trancher un véritable conflit entre une norme communautaire et une loi fédérale postérieure en date. Cependant, les tribunaux allemands ont fait preuve jusqu'à présent d'une attitude très favorable à la mise en œuvre des injonctions en provenance de Bruxelles ou de Luxembourg¹⁴⁰.

III. Traités et Constitution

a) Les traités dérogeant aux dispositions constitutionnelles de fond¹⁴¹.

Les traités, ayant même force interne que les lois fédérales, sont subordonnés comme ces dernières à l'autorité de la Constitution. Il s'ensuit qu'un traité dont les clauses dérogent aux dispositions de la Grundgesetz ne peut être conclu sans que celle-ci ait été révisée selon la procédure ordinaire prévue à cet effet par l'article 79 GG, à savoir en vertu d'une

¹³⁹ Voir à ce propos:

G. ERLER et W. THIEME dans: *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatsgemeinschaften*, VVDSt, Heft 18, Berlin, 1960.

H. J. SCHLOCHAUER: *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, Archiv des Völkerrechts, 1963, pp. 1-34.

H. P. IPSEN et G. NICOLAYSEN: *Haager Kongress für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, NJW 1964, p. 339.

H. J. RADE: *Rapport sur le Colloque de la «Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht»*, des 10 et 11 juillet 1964, NJW 1964, pp. 1608ss.

CARSTENS: pp. 75ss.

¹⁴⁰ Voir F. BATAILLER: *Le juge interne et le droit communautaire*, AFDI 1963, pp. 733ss, notamment pp. 770ss.

FG Bremen, arrêt du 9. 4. 1963 (NJW 1964, p. 344), qui énonce expressément que le droit communautaire prime le droit national.

¹⁴¹ Voir MAUNZ-DÜRIG: ad art. 79, ch. 1 à 20.

loi qui en modifie ou en complète expressément le texte, et qui recueille une majorité qualifiée des deux tiers des membres du Bundestag et des deux tiers des voix du Bundesrat.

Toutefois, l'article 79 GG apporte une exception à ce principe¹⁴², en ce qui concerne les traités internationaux ayant pour objet :

- un règlement de paix,
- la préparation d'un règlement de paix,
- l'abolition d'un régime d'occupation,
- la défense nationale.

Pour ces traités, il n'est pas besoin d'une modification expresse du texte constitutionnel : il suffit qu'une disposition complémentaire, adoptée à la majorité qualifiée des deux tiers des deux Chambres, soit introduite dans la Grundgesetz énonçant que les dispositions constitutionnelles ne s'opposent pas à la conclusion et à la mise en œuvre du traité en cause ; le traité acquiert alors force constitutionnelle et s'impose dans l'ordre interne nonobstant les dispositions de la Grundgesetz qu'il pourrait contredire.

Une autre exception est celle constituée par l'article 24 GG selon lequel l'Allemagne fédérale peut transférer des droits de souveraineté à des institutions internationales par voie législative. Il est très discuté en doctrine si cet article donne la possibilité de conclure des traités de communauté dérogeant à des dispositions de fond de la Grundgesetz, sans qu'il soit nécessaire de respecter la procédure prévue à l'article 79 GG (majorité qualifiée, modification expresse). Les auteurs admettent en général que l'article 24 GG autorise la «Verfassungsdurchbrechung», c'est-à-dire de déroger implicitement à la Constitution, mais ils ont tendance à distinguer entre les dispositions d'organisation, notamment en matière de répartition interne de compétences, que le traité pourrait méconnaître même s'il a fait l'objet d'une loi d'approbation ordinaire, et les dispositions fondamentales, particulièrement en ce qui concerne les droits individuels, pour lesquelles la forme qualifiée de l'article 79 GG devrait en tout cas être respectée¹⁴³.

¹⁴² Exception introduite par une révision constitutionnelle du 26 mars 1954 destinée à faciliter la conclusion du traité instituant une Communauté européenne de Défense (C.E.D.).

¹⁴³ Voir à ce sujet :
ERLER : pp. 38 ss.

b) *Le contrôle de la constitutionnalité des traités*

La jurisprudence allemande ne s'est pas fait faute d'énoncer en principe la soumission des traités à la Grundgesetz.

Ainsi, la Cour constitutionnelle dans l'arrêt du Concordat¹⁴⁴, après avoir proclamé cette subordination, procède à un examen des dispositions du traité en cause pour voir si elles contreviennent à une norme constitutionnelle. De même, dans l'arrêt du 4 mai 1955¹⁴⁵ sur le statut de la Sarre, la même Cour déclare que, selon un principe fondamental du droit public allemand, « tout exercice de la puissance publique dans la République fédérale doit s'aligner sur la Grundgesetz » et étend ce principe au domaine de la conclusion des traités.

Cependant la jurisprudence, s'inspirant de la traditionnelle présomption favorable à l'application du droit international, s'est efforcé, par une interprétation souple, de concilier les deux catégories de normes. Ainsi dans l'arrêt sarrois¹⁴⁶, la Cour, tout en rappelant que les traités doivent se conformer aux dispositions de la Grundgesetz, a précisé qu'en considération de la liberté de manœuvre nécessaire au « treaty-making power », l'appréciation de cette constitutionnalité des traités ne devait pas être trop rigide. Ainsi ne serait pas inconstitutionnel un traité comme celui concernant la Sarre, qui, sans respecter toutes les injonctions de la Grundgesetz, tendait néanmoins à en étendre partiellement l'application à un territoire où les circonstances politiques en avaient jusqu'alors paralysé la mise en œuvre.

Le contrôle normatif – Les traités internationaux se trouvent ainsi placés au même rang que les lois ordinaires dans une commune subordination à la Constitution. Cependant, leur constitutionnalité est-elle susceptible d'être juridictionnellement contrôlée, ou appartient-il au contraire à l'exécutif et au législatif seuls de veiller que les conventions internationales soient conformes à la Constitution ?

Comme on l'a vu, le Parlement ne peut approuver à la majorité ordinaire une convention contraire à une disposition de la Grundgesetz. L'approbation d'un tel accord doit donc intervenir selon la procédure

THIEME: pp. 55ss.

CARSTENS: pp. 65ss.

EHLE: pp. 99ss.

¹⁴⁴ BVerfGE vol. 6, p. 309.

¹⁴⁵ BVerfGE vol. 4, p. 157 (168).

¹⁴⁶ BVerfGE vol. 4, p. 157.

particulière de la revision constitutionnelle, c'est-à-dire à la majorité qualifiée requise en ce cas¹⁴⁷. Il appartient donc au législateur d'apprécier préalablement la constitutionnalité du projet de traité qui lui est soumis et d'adapter la procédure et les conditions auxquelles il accordera son approbation au résultat de cet examen.

Qu'en est-il cependant du cas où le Parlement, faisant un usage abusif de son pouvoir d'appréciation, approuverait à une majorité ordinaire un traité inconstitutionnel pour lequel la majorité qualifiée des deux tiers est requise? Appartient-il à la Cour constitutionnelle de faire usage du pouvoir de contrôle que les articles 93/1 et 100/1 GG lui accordent en matière de lois internes? La Grundgesetz attribue en effet à la Cour constitutionnelle la compétence de déclarer nulles les lois internes contraires à la Constitution; la question est donc de savoir si la «Vertragsgesetz», loi d'approbation d'un traité, a véritablement caractère de «loi» au sens des articles 93 et 100/1 GG et si elle est soumise de ce fait au contrôle juridictionnel. En ce cas, la Cour serait habilitée à suspendre la force obligatoire interne d'un traité contraire à la Constitution.

La Cour de Karlsruhe fut appelée à plusieurs reprises à se prononcer sur la question¹⁴⁸ et trancha chaque fois en faveur du contrôle de la constitutionnalité des traités. L'exemple le plus frappant en est l'arrêt du 4 mai 1955, concernant le traité sarrois¹⁴⁹. La France et l'Allemagne avaient signé, le 23 octobre 1954, un accord déterminant le nouveau statut de la Sarre. Ce traité fut approuvé par le Parlement de Bonn, en vertu d'une loi du 24 mars 1955; avant même que la ratification intervienne, la fraction socialiste du Bundestag introduisit auprès de la Cour de Karlsruhe un recours pour inconstitutionnalité de la loi d'approbation, en invoquant l'article 93 GG qui permet à un tiers des membres du Bundestag de soumettre à la Cour de Karlsruhe, pour contrôle normatif, une loi que la majorité de l'assemblée aurait adoptée.

La Cour avait préjudiciellement à résoudre la question de sa compétence à contrôler, comme en matière de lois, la constitutionnalité de l'acte d'approbation d'un traité pris «sous forme de loi». La

¹⁴⁷ MAUNZ-DÜRIG: ad art. 59, ch. 19.

¹⁴⁸ BVerfGE vol. 1, p. 396, du 30. 7. 1952, portant sur les traités de Paris et de Bonn des 26 et 27. 5. 1952.

BVerfGE vol. 2, p. 374, du 30. 6. 1953, portant sur l'accord concernant l'exploitation franco-allemande du port de Kehl.

¹⁴⁹ BVerfGE vol. 4, pp. 157ss.

Cour constitutionnelle déclara le recours recevable, admettant que les lois d'approbation (Vertragsgesetze) sont soumises comme les lois ordinaires à sa compétence de contrôle¹⁵⁰. Elle fonda sa décision sur l'argument dualiste selon lequel l'acte parlementaire d'approbation comporte deux faces différentes, l'une orientée vers l'élaboration d'une norme internationale, l'autre créatrice de force obligatoire interne. La Vertragsgesetz, dans son premier aspect, constituerait un acte juridique à portée internationale et échapperait à tout contrôle; par contre, rien ne le distinguerait, dans son deuxième aspect, de la loi interne ordinaire¹⁵¹.

Depuis lors, la Cour de Karlsruhe a expressément confirmé cette jurisprudence.

Ainsi, se prononçant dans un arrêt du 21 mars 1957¹⁵² sur la constitutionnalité de l'Accord germano-suisse de 1952 concernant les avoirs allemands en Suisse, la Cour admit sa compétence de contrôle:

«La Cour constitutionnelle a déjà énoncé à plusieurs reprises que les lois d'approbation de traités internationaux doivent être soumises à l'examen de leur constitutionnalité dans le cadre de la procédure de contrôle normatif. La portée juridique de ces lois ne s'épuise pas dans le fait que la régularité d'élaboration du traité dépend de leur promulgation. Elles transforment en outre le contenu du traité en droit interne en ce sens qu'elles le rendent obligatoire aussi bien pour les organes de l'Etat que pour les particuliers dans la mesure où la situation juridique de ceux-ci est affectée ... » (Traduction).

De même, le Bundesverfassungsgericht n'hésita pas dans son arrêt du 26 mars 1957¹⁵³ à confronter la loi d'approbation du Concordat de 1933 avec l'article 123/2 GG en matière de répartition des compétences internes entre l'Etat fédéral et les Etats membres, et fit finalement prévaloir la réglementation constitutionnelle interne.

Le contrôle de la loi d'approbation s'effectue dans une procédure incidente ouverte selon l'article 100/1 GG soit à la demande du juge

¹⁵⁰ Se prononçant sur le fond, la Cour constitutionnelle rejeta cependant le recours, considérant qu'en l'espèce le traité n'était pas contraire à la Constitution.

¹⁵¹ Voir G. HÉRAUD: *Arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 4. 5. 1955*, RDP 1955, pp. 880ss.

¹⁵² BVerfGE vol. 6, p. 290 (294).

Même sens: arrêt du 21. 3. 1961 (BVerfGE vol. 12, pp. 281 ss).

¹⁵³ BVerfGE vol. 6, p. 309 (358 ss).

ordinaire, soit aussi à la requête du Gouvernement fédéral, du gouvernement d'un Land ou du tiers des membres du Bundestag dans le cadre de l'article 93/1, chiffre 2 GG. Au surplus, si un traité porte atteinte à un droit individuel constitutionnellement garanti, la personne qui se prétend lésée peut intenter devant la Cour une «Verfassungsbeschwerde» (§ 90 Bundesverfassungsgerichtsgesetz), tendant à la nullité de la loi d'approbation du traité en cause¹⁵⁴.

Alors qu'une partie de la doctrine¹⁵⁵, se ralliant à la façon de voir de la Cour constitutionnelle, admet en principe la recevabilité d'un recours pour contrôle normatif de la loi d'approbation, d'autres auteurs, notamment MM. KAUFMANN¹⁵⁶, ZACHER¹⁵⁷ et MOSLER¹⁵⁸, critiquent l'argumentation développée dans l'arrêt sarrois et reprochent à la Cour constitutionnelle d'avoir escamoté la distinction fondamentale entre la notion formelle et matérielle de «loi». Lorsque la Grundgesetz, aux articles 93 et 100, prévoit le contrôle abstrait ou incident de la constitutionnalité des lois, elle entend instituer un contrôle *normatif* au sens matériel et non pas un contrôle formel de la régularité d'élaboration. Tout contrôle normatif implique évidemment l'existence de normes à confronter, c'est-à-dire de règles comprenant une injonction adressée aux sujets qu'elles régissent. Cette notion est évidemment matérielle, puisqu'elle porte sur le contenu, la nature juridique de la règle envisagée, et non pas sur la simple forme qu'elle revêt.

A ce titre, les termes de «Gesetz» ou de «Bundesrecht» au sens des articles 93 et 100 GG doivent être compris comme désignant la catégorie de règles fédérales qui, adoptées selon la procédure législative, ont en outre un caractère véritablement normatif¹⁵⁹. Or, l'approbation

¹⁵⁴ MANGOLDT-KLEIN: ad art. 59, p. 1149.

BVerfGE vol. 6, p. 290.

¹⁵⁵ GEIGER: p. 343.

LECHNER: *Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin/Francfort, 1957, p. 44.

BERBER: I, pp. 100/101.

MAUNZ-DÜRIG: ad art. 59, ch. 23.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 59, p. 1149.

¹⁵⁶ KAUFMANN: pp. 445ss.

¹⁵⁷ pp. 649-653 et 696/697.

¹⁵⁸ RCADI 1957, I, p. 686.

¹⁵⁹ ZACHER: p. 650.

La Cour constitutionnelle a elle-même admis dans des arrêts précédents (BVerfGE (suite p. 89)

parlementaire des traités, donnée « sous forme de loi », ne possède pas ce caractère, condition nécessaire du contrôle constitutionnel.

En effet, contrairement à ce qu'affirme la Cour constitutionnelle, l'approbation parlementaire d'un traité est un acte juridique sui generis exclusivement orienté vers l'élaboration d'une règle internationale¹⁶⁰. Elle ne constitue pas une activité législative proprement dite, mais a le caractère d'une fonction gouvernementale exceptionnellement exercée par le Parlement¹⁶¹.

Si l'on admet ainsi que la « Vertragsgesetz » n'est pas une loi ordinaire et qu'elle ne peut pas, dès lors, faire l'objet d'un contrôle normatif au sens des articles 93/1 chiffre 1 et 100/1, la Cour ne peut plus intervenir que pour vérifier si l'exécutif et le législatif ne dépassent pas les limites que la Grundgesetz assigne à leurs pouvoirs et s'ils n'exercent pas arbitrairement leurs fonctions internationales. Cet examen s'effectuerait dans le cadre de l'article 93/1 chiffre 1¹⁶² qui institue un contrôle non pas normatif, mais organique (Organstreit)¹⁶³.

Un tel contrôle implique cependant une appréciation très délicate de l'activité générale des organes de l'Etat, particulièrement difficile à

¹⁶⁰ (suite)

vol. 1, p. 396, du 30. 7. 1952) que le contrôle devait nécessairement porter sur des « bestehende Rechtsnormen », des « geltende Rechtsnormen ».

¹⁶⁰ KAUFMANN: pp. 445-455.

MOSLER: *Praxis*, pp. 15ss.

MANGOLDT-KLEIN: ad art. 59, pp. 1144ss.

De lege ferenda, il a aussi été proposé d'instituer un contrôle préventif de la constitutionnalité des traités, contrôle qui s'effectuerait avant la ratification (voir *rapport PARTSCH*: p. 177).

¹⁶¹ La Cour constitutionnelle, qui, dans l'arrêt de la Sarre, consacre la théorie de la double fonction, avait précédemment soutenu la thèse du « Regierungs-Akt » (BVerfGE vol. 1, p. 369; vol. 2, p. 379).

¹⁶² Article 93/1 ch. 1: « Das Bundesgericht entscheidet . . . über die Auslegung dieses GG aus Anlass von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses GG oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind. »

¹⁶³ En faveur du contrôle organique du « treaty-making power »:

KAUFMANN: pp. 454/455.

Voir pour la notion d'« Organstreit » MAUNZ: pp. 228ss.

Il est à relever que dans l'arrêt sarrois, la Cour constitutionnelle a eu tendance à porter le débat sur le plan du contrôle organique: « ob die Kompetenz der Gesetzgebungsorgane nach 59/2 bestand » . . . et plus loin: « ob die gesetzgebenden Körperschaften des Bundes einem Vertrag dieses Inhalts zustimmen durften ». Sur ce plan, la Cour reconnaît d'ailleurs au « treaty-making power » un large pouvoir d'appréciation.

opérer dans le domaine de la conduite des relations extérieures. La Cour constitutionnelle, peu renseignée sur la complexité des situations concrètes, est particulièrement mal placée pour y procéder. Il importe de laisser à l'exécutif une certaine liberté dans le choix des mesures à prendre et de lui accorder, en particulier dans les questions internationales, un large pouvoir d'appréciation. On peut donc douter de l'opportunité même d'un contrôle des organes en ce domaine. Micux vaut soustraire l'activité du «*treaty-making power*» au contrôle par le juge de sa constitutionnalité matérielle et laisser aux organes fédéraux qui en assument la charge le soin d'apprécier eux-mêmes les limites de leurs compétences¹⁶⁴.

IV. Traités instituant des organisations supranationales et Constitution

La Cour constitutionnelle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur sa compétence de contrôler la conformité à la Grundgesetz des traités impliquant des délégations de souveraineté à des organisations supranationales (Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, Communauté Economique Européenne, Euratom)¹⁶⁵. Certains auteurs, se fondant sur le fait que l'article 24/1 GG autorise expressément ce genre de délégation, estiment que les traités de «*communauté*» ainsi que les normes édictées par les organes qu'ils instituent ont dans l'ordre interne force suprême et échappent, dès lors, à tout contrôle normatif de la part de la Cour de Karlsruhe¹⁶⁶. Cependant, la majorité de la doctrine donne à l'article 24 GG une interprétation plus restrictive et tend à admettre que cette disposition ne donne pas au «*treaty-making power*» une compétence illimitée en matière de délégations de souveraineté, mais que les traités instituant des organisations supranationales ne doivent pas

¹⁶⁴ Telle est la position que le Gouvernement défendit dans le cas de l'arrêt sarrois.

¹⁶⁵ Une décision de la Cour constitutionnelle est toutefois imminente. En effet, le Finanzgerichtshof de Neustadt (Rhénanie-Palatinat) a saisi la Cour d'un recours incident en annulation, pour inconstitutionnalité, de la loi fédérale d'approbation du Traité de Rome (Revue du Marché Commun, 1964, pp. 490/491 ; NJW 1964, p. 344). Selon le Finanzgerichtshof, le Traité violerait la Grundgesetz dans la mesure où il délègue à un organe exécutif communautaire un pouvoir pratiquement illimité de promulguer des lois directement applicables aux citoyens de la République fédérale (voir aussi NJW 1964, pp. 694ss).

¹⁶⁶ HAMANN: ad art. 24, pp. 226ss.

ZWEIGERT: p. 640.

déroger aux règles fondamentales de la Grundgesetz, notamment en matière de droits individuels (articles 1 à 20 GG, article 103 GG); dans ces limites, la Cour serait habilitée à contrôler la constitutionnalité du droit communautaire¹⁶⁷. Ce contrôle s'effectuerait dans le cadre de l'article 100/1 GG et aurait un double objet: d'une part, il s'agirait de vérifier la conformité formelle de la loi d'approbation avec les conditions prévues par la Constitution en matière de délégations de souveraineté (articles 24 et 79 GG); d'autre part, il serait procédé à un contrôle matériel portant sur le contenu même du traité pour s'assurer que celui-ci ne viole pas les dispositions constitutionnelles de fond, considérées comme supérieures au droit communautaire.

Dans le cas des Communautés européennes, certains auteurs vont jusqu'à reconnaître au Bundesverfassungsgericht le pouvoir de contrôler non seulement la constitutionnalité des lois d'approbation des traités, mais encore celle des actes édictés par les organes de la Communauté (par exemple les règlements du Conseil et de la Commission, en ce qui concerne la C.E.E.), voire celle des arrêts de la Cour de Justice de Luxembourg¹⁶⁸. Toutefois le Bundesverfassungsgericht a toujours limité jusqu'ici son examen aux normes qui émanaient du législateur allemand¹⁶⁹. Dérogera-t-il à cette jurisprudence constante en ce qui concerne les actes émanant de Bruxelles?

Mentionnons qu'à l'occasion d'un tel contrôle de constitutionnalité, la Cour de Karlsruhe pourrait être amenée, le cas échéant, à surseoir à statuer afin de demander à la Cour de Justice des Communautés d'interpréter la norme communautaire en cause¹⁷⁰.

V. Traités et règles générales du droit international

La question se pose également de savoir si la Cour constitutionnelle est habilitée à contrôler la conformité des traités aux règles générales;

¹⁶⁷ BEBR: p. 222.

ERLER: p. 46.

EHLE: NJW 1964, pp. 321/322.

CARSTENS: p. 75.

¹⁶⁸ EHLE: NJW 1964, pp. 322-325.

¹⁶⁹ BVerfGE vol. 6, p. 296 (NJW 1957, p. 745).

¹⁷⁰ Voir CARSTENS: pp. 80/81.

EHLE: NJW 1964, pp. 324/325, et § 3 ci-après.

en doctrine, les avis sont partagés¹⁷¹. Cependant, la Cour, dans un récent arrêt¹⁷², a déclaré que ces règles avaient un caractère supplétif par rapport aux traités, et que ceux-ci prévalaient en cas de contradiction, nonobstant l'article 25GG.

§ 3. *L'interprétation des traités*

On sait l'incidence que peut avoir toute limitation des pouvoirs judiciaires d'interpréter les traités sur la mise en œuvre interne de ceux-ci. La pratique française en fournit le regrettable exemple. Le droit allemand accorde heureusement une pleine liberté au juge d'interpréter les dispositions des accords invoqués devant lui. Celui-ci n'a donc pas à tenir compte des avis pouvant émaner d'autres organes de l'Etat. Tel est le point de vue constamment réaffirmé par la jurisprudence¹⁷³. Sans doute le tribunal aura-t-il tendance à demander à l'exécutif un complément d'information sur les circonstances de la conclusion ou sur la portée que les parties entendaient donner à telle ou telle disposition obscure d'un traité, mais cette prise de position gouvernementale ne le lie pas: il reste libre de statuer en faisant prévaloir sa propre appréciation¹⁷⁴. Si le juge est libéré de toute servitude envers l'exécutif dans sa tâche d'interpréter le droit international, certains principes généraux d'interprétation s'imposent pourtant à lui:

1) Il appliquera le traité selon les principes et les définitions de l'ordre international et ne prendra en considération ni les intérêts étatiques ni les conceptions juridiques allemandes. Il doit faire œuvre de juge international!¹⁷⁵.

¹⁷¹ *Rapport PARTSCH*: pp. 68/69.

¹⁷² BVerfGE vol. 18, p. 441 (448), du 7. 4. 1965.

¹⁷³ BVerfGE vol. 4, p. 319, du 3. 11. 1955.

¹⁷⁴ KRAUS: p. 229.

MOSLER: RCADI 1957, I, pp. 670ss.

¹⁷⁵ F. MÜNCH: *Immunität fremder Staaten in der deutschen Rechtsprechung bis zu den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Oktober 1962 und 30. April 1963*, ZaöRV 1964, pp. 265ss, p. 266.

Arrêt sur le Statut de la Sarre (BVerfGE vol. 4, p. 168):

«Bei der Auslegung des Abkommens sind die für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge allgemein geltenden Grundsätze anzuwenden.»

Rapport PARTSCH: pp. 109ss.

2) Dans le doute, il interprétera les traités en faveur de la partie à laquelle ce traité impose des charges.

3) Les limitations de souveraineté seront interprétées restrictivement¹⁷⁶.

4) D'une façon générale, le juge présumera que le droit interne n'entend pas violer le droit international, mais que celui-ci s'impose comme *lex specialis*¹⁷⁷.

Mentionnons que selon l'article 177 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, la Cour de Justice de la Communauté est compétente pour statuer, à titre préjudiciel,

- a) sur l'interprétation du traité;
- b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté;
- c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient.

Lorsque la question est soulevée devant une juridiction nationale de dernière instance, celle-ci est tenue de suspendre la procédure et d'en saisir la Cour de Justice.

En ce qui concerne les tribunaux qui ne sont pas de dernière instance, ils peuvent poser la question préjudicielle à la Cour de Justice, mais ils n'y sont pas tenus.

Quant à savoir quels tribunaux en Allemagne doivent être considérés de dernière instance, c'est-à-dire, selon les termes de l'article 177/3, ceux «dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne», la question est très disputée en doctrine et en jurisprudence¹⁷⁸. Il est cependant généralement admis que le *Bundesverfassungsgericht* n'entre pas dans le cadre de la définition de l'article 177/3, car le recours pour inconstitutionnalité est une voie de droit extraordinaire¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Voir H. MOSER: *Die Anwendung der Grundsatzartikel des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, ZaöRV 1957, pp. 407ss, pp. 416ss.

¹⁷⁷ BFHE vol. 55, pp. 307ss, du 7. 5. 1951.

¹⁷⁸ Voir pour une étude détaillée de la question:

BEER: pp. 188ss.

¹⁷⁹ BEER: p. 189.

EHL: pp. 325/326.

Le Traité sur l'Euratom contient à son article 150 une clause indentique à celle de l'article 177 du Traité sur la C. E. E. Quant au Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, il prévoit, à son article 41¹⁸⁰, le renvoi obligatoire à la Cour de Justice, quel que soit le degré de juridiction nationale saisi, mais seulement en ce qui concerne l'appréciation de la validité des actes de la Haute Autorité et du Conseil.

CHAPITRE III - CONCLUSIONS

Rappelons schématiquement les différentes conclusions auxquelles nous avons abouti dans cette étude du système allemand.

1. *Les règles générales*

- a) Elles comprennent la coutume internationale et les principes généraux au sens de l'article 38, alinéas b et c, du Statut de la Cour internationale de Justice.
- b) D'après l'article 25 GG, elles priment tout le droit interne et s'imposent en principe même à l'encontre du droit constitutionnel.
- c) Cependant, la jurisprudence, tout en consacrant la primauté des règles générales sur les lois fédérales, les subordonne aux normes constitutionnelles contraires. Cette jurisprudence est désapprouvée par une partie importante de la doctrine.

2. *Les traités internationaux*

- a) Les traités «self-executing» ont force de loi fédérale du seul fait de leur validité internationale.
- b) Ils sont subordonnés à la Constitution.
- c) Leurs rapports avec les lois fédérales sont régis par la règle «lex posterior derogat priori».

¹⁸⁰ Article 41 : «La Cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité.»

d) Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la loi d'approbation peut être soumise au contrôle de sa conformité à la Constitution, comme une loi ordinaire. Cette solution est contraire à l'esprit de la GG, elle est désapprouvée par une partie importante de la doctrine.

3. *L'interprétation*

Le juge interprète le droit international. Il est cependant lié par les faits dont l'exécutif a reconnu l'existence, mais il est libre dans l'appréciation juridique de ces faits.

* * *

La doctrine a diversement apprécié la nouvelle réglementation de Bonn. Certains auteurs, comme MM. SAUER, VERDROSS et MAUNZ, en minimisent l'importance pratique. Ils y voient une simple proclamation d'intention politique et constatent qu'en Allemagne, comme ailleurs, le principe de la souveraineté demeure encore à la base des relations entre droit international et droit interne. D'autres auteurs, comme M. v. MANGOLDT, s'inquiètent au contraire des prétendus dangers de cette réglementation trop progressiste et du risque qu'il y a d'imposer à l'Allemagne l'application de normes qu'elle ne reconnaît pas. Il s'agirait là d'une conception utopique de la vie internationale, mal adaptée au stade de son évolution actuelle.

La première critique semble confirmée par le fait que depuis l'entrée en vigueur de la Grundgesetz, la Cour constitutionnelle n'a pas encore eu l'occasion, à notre connaissance, de confirmer l'existence d'une norme internationale à l'encontre d'une loi interne nettement contraire. Par contre, à plusieurs reprises, elle se refusa à admettre que des normes invoquées devant elle avaient le caractère de règles générales de droit international. Les articles 25 et 100 GG n'ont donc pas déployé jusqu'à présent d'effets très favorables à la primauté du droit international.

L'absence d'une jurisprudence faisant véritablement application de l'article 25 ne doit pas cependant être interprétée comme la preuve de

l'inefficacité de cette disposition. Elle indique simplement que le législateur s'est montré respectueux jusqu'à présent du droit international et que les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion d'exercer leur contrôle. Les articles 25 et 100 GG pourraient toutefois offrir une sérieuse garantie le jour où les organes de l'Etat se montreraient moins scrupuleux à l'égard du droit international.

Quels que soient les mérites du constituant en ce qui concerne la solution apportée à l'application de la coutume internationale, il faut cependant regretter qu'il n'ait pas étendu cette réglementation si favorable à l'ensemble du droit international, y compris les traités où les occasions de conflits sont beaucoup plus nombreuses. Devant l'extension prise par le droit conventionnel, il faut bien admettre qu'il n'y a pas de véritable primauté sans primauté des traités: le constituant de Bonn s'est arrêté à mi-chemin dans sa réglementation. Il aurait fallu recourir à un système intégrant les deux branches du droit international dans une commune suprématie par rapport au droit interne¹⁸¹.

¹⁸¹ Voir les propositions contenues dans le *rapport PARTSCH*: pp. 150ss.

LES SOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS

S'il est vrai que la notion de suprématie du droit international a reçu dans la doctrine française un accueil particulièrement favorable et que la Constitution française a été la première en 1946 à en consacrer le principe dans ses dispositions, il est aussi de fait que les efforts déployés en ce pays pour réaliser la primauté effective du droit international se heurtent encore aujourd'hui à des résistances difficiles à vaincre. Comme nous le verrons, le juge interne, s'estimant avant tout le serviteur de la loi française, hésite à en contrôler la conformité par rapport à une autre norme supérieure, internationale ou constitutionnelle, car il estime que par une telle démarche il outrepasserait ses compétences et violerait le principe de la séparation des pouvoirs. La loi, expression de la volonté populaire, s'est imposée au juge français avec force suprême en vertu d'une longue tradition démocratique; il n'est pas étonnant que ce juge, malgré des énoncés constitutionnels favorables au droit international, hésite encore à appliquer les normes de ce droit par préférence à la loi interne.

Si les traditions démocratiques apportent ainsi un frein à la réalisation de la primauté du droit international en France, il est un autre principe qui lui fait de plus en plus souvent obstacle depuis quelques années: celui de la souveraineté nationale. On sait que, par réaction aux limitations de souveraineté que l'évolution politique tend actuellement à imposer aux Etats, la Constitution de la V^e République a mis particulièrement l'accent sur la notion de l'indépendance nationale. Ce renouveau des idées nationalistes n'est pas resté sans influence sur la réglementation constitutionnelle de l'application du droit international.

Nous examinerons tour à tour l'application de la coutume internationale et des traités, en recherchant si, et dans quelle mesure, la jurisprudence a réalisé leur primauté effective par rapport aux normes internes françaises.

CHAPITRE I – LES RÈGLES GÉNÉRALES DU DROIT INTERNATIONAL

L'application de la coutume internationale par les tribunaux français n'a jamais fait l'objet, comme en Allemagne, d'une réglementation

constitutionnelle précise. La Constitution de 1875, évitant de prendre position, laissa à la jurisprudence et à la doctrine le soin de dégager les principes généraux en la matière. Les tribunaux appelés à trancher se sont montrés dès l'abord favorables à la mise en œuvre directe de la coutume internationale et ont appliqué à maintes reprises ses règles, sans exiger leur transformation préalable par acte législatif interne. S'inspirant de l'ancienne pratique anglo-saxonne dite de l'incorporation, la jurisprudence française a clairement consacré le principe selon lequel les règles générales du droit international sont « per se » partie du droit interne.

Il est significatif que, tout en appliquant la coutume, le juge se soit gardé de toute systématique, et qu'il se soit abstenu de justifier doctrinalement sa prise de position. Aux réticences de la jurisprudence répond d'ailleurs une certaine indifférence de la doctrine française qui a surtout orienté ses recherches vers l'application des traités¹. Cette réserve provient sans doute de ce que la mise en œuvre des traités a souvent eu en France de profondes incidences politiques, alors que les règles générales n'ont guère été contestées dans leur opportunité par l'opinion publique, car moins nombreuses et plus imprécises que les règles contractuelles, elles risquaient moins d'entrer en conflit avec les lois internes.

§ 1. Réglementations constitutionnelles

I. Le préambule de la Constitution de 1946

La Constitution française de 1946 fut la première à traiter dans ses dispositions la question de l'application interne du droit international. Cependant, si les articles 26 et 28 consacraient expressément le principe de la primauté des traités, la mise en œuvre de la coutume internationale était évoquée d'une façon beaucoup moins explicite à l'alinéa 14 du préambule de cette Constitution, dans les termes suivants :

« La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. »

Les auteurs ont généralement mis en doute la portée pratique de cette disposition en faisant valoir qu'elle trouvait place, non dans le corps de la

¹ Voir F. PFLOESCHNER : *Les dispositions de la Constitution du 27 octobre 1946 sur la primauté du droit international et leur effet sur la situation des étrangers en France sous la IV^e République*, Paris-Genève, 1961, pp. 169ss.

Constitution, mais dans un préambule dont la valeur juridique était contestée. Effectivement, cette sorte de « préface » rédigée en termes généraux et dans un style optatif constituait davantage un programme philosophique qu'une véritable norme juridique².

Pour ce qui est de l'alinéa 14, il était particulièrement vague. Sans rien résoudre in concreto, il tendait simplement à proclamer le dessein de la France de respecter les injonctions du droit international et revêtait de ce fait le caractère d'une déclaration d'intentions politiques; on voit mal comment le juge aurait pu y trouver la définition de ses compétences en matière d'application de la coutume internationale.

La doctrine n'a d'ailleurs pas attaché une grande importance à cette disposition et s'entendit à en souligner le caractère plutôt philosophique. Les auteurs qui reconnurent au préambule une valeur juridique classèrent l'alinéa 14 parmi les dispositions trop générales pour être normatives, et lui refusèrent tout effet direct pour le juge³. M. DONNEDIEU DE VABRES, pourtant fervent défenseur de la primauté du droit international, admit qu'il ne pouvait s'agir là que d'une « simple affirmation de solidarité idéologique entre la France et l'internationalisme »⁴. Quant à M. MOUSKHELY⁵, il n'y vit que l'énoncé de « principes qui définissent l'attitude de la République française vis-à-vis du droit international en général... ». De même, M. JAQUET définit la clause comme une simple manifestation de « pacifisme »⁶.

Nous pensons également que l'alinéa 14 n'était pas en soi constitutif d'une nouvelle réglementation juridique, mais qu'il était simplement déclaratif d'une attitude favorable au droit international et confirmatif d'une tradition judiciaire.

² F. GÉNY: *De l'inconstitutionnalité des lois et des autres actes de l'autorité publique*, JCP 1947, I, 613.

³ R. FELLOUX: *La nouvelle Constitution de la France*, Dalloz 1946, chronique, XXI, p. 81.

G. BURDEAU: *La valeur juridique du préambule de la Constitution de 1946*, *Études juridiques* 1954, Nos 3-4, pp. 5 ss.

M. MIGNON: *La valeur juridique du préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence*, Dalloz 1951, chronique, XXX, pp. 127-130.

PFLOESCHNER: p. 37.

⁴ J. DONNEDIEU DE VABRES: *La Constitution de 1946 et le droit international*, Dalloz 1948, chronique, p. 6.

⁵ *Le traité et la loi dans le système constitutionnel français*, *ZaöRV* 1950-1951, pp. 98 ss, p. 100.

⁶ P. JAQUET: *Les rapports du droit interne et du droit international dans le cadre de la Constitution du 27. 10. 1946*, thèse dactyl., Paris, 1956, pp. 11/12.

II. La Constitution de 1958

La Constitution de 1958, si elle consacre d'importantes dispositions à l'application des traités, n'a pas précisé les conditions de la mise en œuvre du droit international coutumier. La formule de l'alinéa 14 du préambule est abandonnée et aucune nouvelle disposition semblable ne la remplace⁷.

Doit-on en inférer une modification de l'attitude du droit français à l'égard de l'application de la coutume?

Comme nous l'avons relevé, la disposition que le préambule de 1946 consacrait au respect du droit international par la France était dépourvue de force juridique. Elle n'était pas destinée à modifier la pratique judiciaire et ne contenait aucun principe qui n'eût été précédemment affirmé par la jurisprudence. Son abandon dans le nouveau texte constitutionnel est donc sans conséquence pratique⁸.

§ 2. La jurisprudence

L'examen de la jurisprudence révèle que le caractère immédiat de la coutume internationale, pour autant qu'elle soit «self-executing», a été constamment reconnu⁹: le juge français lui accorde force obligatoire interne, en dehors de toute transformation de la règle internationale par un acte juridique interne. Cette immédiateté de la coutume est de jurisprudence très ancienne et a été consacrée par les tribunaux bien avant que le préambule de la Constitution de 1946 ait fait allusion au respect dû aux règles internationales¹⁰.

⁷ En revanche, le préambule de la nouvelle Constitution proclame solennellement l'attachement (du peuple français) aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale «tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946».

⁸ I. SEIDL-HOHENVELDERN: *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Courts*: ICLQ, 1963, pp. 88ss, p. 91.

⁹ R. MASTERS: *International Law in National Courts*, New York, 1932, p. 174.

L. PREUSS: *The Relation of International Law to Internal Law in the French Constitutional System*, AJIL 1950, pp. 641ss, p. 643.

PFLOESCHNER: pp. 169ss.

SEIDL-HOHENVELDERN: p. 91.

¹⁰ SIREY 1791 - An XIII, I, 219.

SIREY 1825-1827, I, 312.

SIREY 1841, II, 592.

DALLOZ 1871, II, p. 208.

CLUNET 1916, p. 164.

Les Constitutions de 1946 et 1958 n'ont pas amené de modifications à la jurisprudence française en la matière. Les juges continuent, comme avant, à appliquer les règles coutumières sans exiger leur transformation préalable en normes internes.

Durant les dernières années, les tribunaux ont à maintes reprises fait application du principe de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, bien que cette règle internationale ne soit pas confirmée par une disposition législative française¹¹; distinguant entre actes de gestion et actes de souveraineté, ils se déclarent incompétents lorsque l'Etat étranger agit en tant que puissance souveraine, « en sa qualité de puissance publique »¹²; c'est ainsi que le Tribunal de grande instance de la Seine, dans un jugement du 24 mai 1962, admit l'immunité de juridiction de l'Etat italien en ce qui concerne un engagement qu'il avait contracté par traité international, celui-ci étant reconnu comme un acte de puissance souveraine. Citons le passage suivant :

« Attendu que les Etats étrangers sont en principe exempts de la juridiction des tribunaux français et que cette immunité est générale pour toutes les opérations et actes juridiques dans lesquels ils ont agi en tant que puissances souveraines; qu'elle est fondée sur l'idée admise par la coutume internationale suivant laquelle un Etat souverain ne peut être soumis à une juridiction exercée au nom d'une autre souveraineté ... »¹³.

Le principe de l'immunité diplomatique aussi est fréquemment appliqué par les tribunaux français. Citons en la matière un arrêt fondamental de la Cour de cassation du 22 avril 1958, dans la cause *époux de Ayala*

¹¹ Notamment:

CA Poitiers: Arrêt du 16. 6. 1949 (Sirey 1950 II 140).

CA Paris: Arrêt du 29. 1. 1957 (JCP 1957 II 9779).

CA Colmar: Arrêt du 7. 5. 1958 (Dalloz 1959 Somm. 43).

CA Paris: Arrêt du 5. 6. 1958 (AFDI 1960, p. 1004).

CA Paris: Arrêt du 7. 2. 1962 (Clunet 1962, p. 1017).

CA Paris: Arrêt du 11. 12. 1962 (Clunet 1963, p. 780).

CC civ.: Arrêt du 8. 12. 1964 (Clunet 1965, p. 416).

¹² CC civ.: Arrêt *Société Bauer Marchal contre Ministère des Finances de Turquie* du 19. 12. 1961 (JCP 1962 II 12489).

¹³ *Association des porteurs de scripts lombards contre Etat italien* (GP 1961, II, 37; JCP 1961, II, 12196).

La Cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement par arrêt en date du 11. 12. 1962 (GP 1963, II, 780).

contre *Société centrale de construction*¹⁴, qui a délimité de façon extensive le domaine d'application de l'immunité en l'appliquant à l'épouse d'un agent diplomatique, même pour les dettes contractées antérieurement à l'application du statut diplomatique.

Dans bien d'autres domaines encore, les tribunaux français ont tenu compte de la coutume internationale, même non confirmée par la loi interne, notamment en matière de droit de la guerre¹⁵.

Cependant, dans un retentissant arrêt rendu dans l'affaire de *l'ex-colonel Argoud*¹⁶, la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît faire preuve de certaines réticences à appliquer le droit international aux particuliers. On se souvient qu'Argoud avait été mystérieusement enlevé sur le territoire allemand, puis transporté de force en France, où il fut arrêté et traduit en justice en raison de ses activités subversives. Devant la Cour de sûreté de l'Etat, puis devant la Cour de cassation, il fit valoir que son arrestation était intervenue en violation des règles du droit international en matière de souveraineté territoriale des Etats et que la procédure introduite contre lui en France en était viciée. La Cour de cassation écarta ce moyen en affirmant en termes très généraux que «les particuliers sont sans qualité pour invoquer en justice une atteinte au droit des gens». Toutefois, à en juger par le contexte, il semble que cette formule tranchante ait dépassé la pensée des juges et que ceux-ci aient seulement entendu dire que la règle internationale invoquée n'était pas à l'adresse des particuliers, mais qu'elle était uniquement destinée à garantir les Etats contre les ingérences d'organes publics étrangers.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la coutume par le juge se heurte à des limites pratiques. Pour qu'une règle du droit international puisse jouir de l'immédiateté, il faut qu'elle se suffise à elle-même. Si son énoncé est insuffisamment clair ou ne désigne pas les autorités étatiques qui doivent la mettre en œuvre, une réglementation interne complémentaire s'impose. Cette procédure étatique ne doit cependant

¹⁴ CC civ.: AFDI 1958, p. 770; RGDIP 1958, p. 517.

Voir aussi:

CA Paris: Arrêt du 11. 1. 1955 (Clunet 1955, p. 390).

CA Paris: Arrêt du 28. 4. 1961 (JCP 1962, II, 12423).

CA Paris: Arrêt du 8. 7. 1961 (Clunet 1962, p. 172).

¹⁵ CC civ.: Arrêt du 29. 10. 1951 (Sirey 1952, I, 110).

CC civ.: Arrêt du 27. 10. 1958 (AFDI 1959, p. 876).

¹⁶ CC crim.: Arrêt du 14. 6. 1964 (JCP 1964, II, 13 806; Clunet 1965, p. 93).

pas être confondue avec une « transformation », car une fois la règle internationale complétée et précisée, le juge l'applique en tant que telle et non pas en qualité de norme interne.

Il y a un autre écueil encore: lorsqu'une règle du droit international coutumier se trouve en opposition avec une règle du droit interne, le juge français s'estime tenu, en vertu du principe de la souveraineté de la loi, d'appliquer la règle interne de préférence à celle consacrée par la coutume. Primauté est accordée non seulement aux lois, mais également aux décrets et autres actes de l'exécutif¹⁷.

La rigueur de cette règle est cependant tempérée par un principe d'interprétation: afin de réduire au minimum les conflits possibles, les tribunaux appliquent une présomption selon laquelle le législateur interne n'entend pas violer le droit international, et interprètent la règle internationale de façon à la concilier avec la norme coutumière¹⁸.

Depuis 1946, les tribunaux n'ont pas eu à prendre expressément position sur la question de la force obligatoire interne de la coutume internationale par rapport aux lois contraires. Quoi qu'il en soit, la possibilité de conflits véritables entre ces deux catégories de normes est relativement faible et, avec l'aide de la présomption selon laquelle la loi n'entend pas violer la coutume internationale, celle-ci peut être presque toujours appliquée. On peut cependant imaginer que dans des domaines controversés du droit international, comme celui des eaux territoriales ou du plateau continental, un conflit pourrait un jour surgir. En ce cas, il n'y a guère de doute que, si le juge ne peut concilier les normes en présence, il devra faire prévaloir la loi interne.

On peut donc regretter, qu'en prévision de la possibilité de conflits futurs, la Constitution française ne comprenne pas, à l'exemple de la Loi fondamentale de la République fédérale allemande, une disposition énonçant que les règles générales du droit international sont directement applicables et qu'elles priment toute norme interne contraire.

¹⁷ CA Alger: Arrêt *Del Prete contre Vulcan Coal Co et Pourrière* du 22. 7. 1915 (Clunet 1915, p. 903).

Le Conseil des prises, par contre, ne s'incline que devant la volonté du législateur et applique la règle coutumière, même lorsqu'un décret en contredit l'énoncé.

¹⁸ J. VERIN: *De la mention dans les textes constitutionnels du principe de la supériorité de l'ordre juridique international sur l'ordre juridique interne*, thèse dactyl., Paris, 1952, p. 58.

MASTERS: p. 179. FREUSS: p. 644.

CA Rouen: Arrêt *Heineken et Vogelsang contre Comptoir Haurais* du 17. 5. 1915 (Clunet 1915, p. 1095).

CHAPITRE II - LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

De tout temps, la doctrine française a porté un grand intérêt au problème de la force juridique interne des traités. Cet intérêt s'explique par les fréquentes incidences qu'ont eues les accords internationaux sur la politique générale du gouvernement dans le domaine interne. Ainsi l'application de traités d'assimilation ou de libre établissement a risqué à plusieurs reprises de compromettre l'équilibre économique du pays. Notre intention est d'examiner plus particulièrement les solutions apportées par les constitutions d'après-guerre au problème de la force obligatoire des traités et, à la lumière de la jurisprudence récente, de déterminer la façon dont ces réglementations ont été mises en pratique.

Mais avant de procéder à cet examen, il nous paraît utile de considérer les principes posés par la jurisprudence d'avant 1946, à une époque où aucune réglementation constitutionnelle n'avait encore vu le jour. Ces traditions judiciaires sont en effet à la base des conceptions actuelles et expliquent le processus d'élaboration des dispositions aujourd'hui en vigueur.

Section 1 - Le statut interne des traités avant 1946

Les lois constitutionnelles de 1875 ne contenaient aucune disposition réglementant l'application interne des traités ou définissant leur place hiérarchique. Le domaine des traités n'y était considéré que sous l'angle de la procédure de conclusion, mais non sous celui de leur mise en œuvre. Ce fut donc à la jurisprudence et à la doctrine qu'il appartint de forger une théorie de l'application interne et de coordonner les effets réciproques des traités et des lois. Deux principes généraux furent alors dégagés qui influencent encore aujourd'hui la pratique française :

1. Les traités ont force de loi.
2. Traités et lois entrent en concurrence, mais toute opposition doit être interprétée favorablement au maintien du traité.

§ 1. Les traités ont force de loi

Cette formule se fonde sur le fait que le parlement participe à l'élaboration des traités, comme à celle des lois, et confère aux deux catégories de normes une nature comparable. L'Assemblée nationale, par son approbation, accorde au traité le prestige de l'acte législatif.

Il faut pourtant s'entendre sur la portée véritable de cette formule. Certains auteurs¹⁹ comprennent par là une assimilation complète des deux catégories de normes : une fois « transformé », le traité cessait sur le plan interne d'être une norme internationale et, après l'approbation parlementaire, deviendrait une simple loi, ni plus ni moins, avec toutes les conséquences qui en découlent. Cette conception dualiste trouvait à l'époque une certaine justification dans l'existence de la procédure de « promulgation » des traités.

Une grande partie de la doctrine contesta cependant cette façon de voir, en soulignant que les traités ne tiraient leur force obligatoire que de la légalité de leur élaboration, légalité provenant du respect de la procédure de conclusion, et non pas du décret de promulgation²⁰, acte juridique tendant à « certifier la régularité d'un droit préexistant en vue d'en permettre l'exécution »²¹. Le traité ne devait donc être assimilé à la loi que dans la mesure où, grâce à la participation du législatif, grâce à l'injonction de l'exécutif sous forme de « promulgation », certaines qualités propres aux lois lui étaient conférées.

Mais il n'en gardait pas moins sa nature juridique propre et son caractère différencié : « une forme juridique autonome, distincte de la loi, soumise comme elle à la Constitution pour sa formation et au sujet de laquelle rien n'indique qu'elle soit supérieure ou subordonnée à la loi »²².

§ 2. *La concurrence des normes et l'interprétation favorable au traité*

I. La doctrine

La doctrine française traditionnelle, en se fondant sur le principe énoncé au paragraphe précédent, a eu tendance à mettre traités et lois sur un pied d'égalité, admettant que les traités étaient sur le plan interne une forme législative de même nature que les lois ordinaires. En partant de l'idée que l'approbation parlementaire était un acte législatif créateur

¹⁹ P. DUEZ : *De l'indépendance des autorités législatives*, Lille, 1914.

²⁰ R. CARRÉ DE MALBERG : *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931, pp. 166-173.

G. SCHELLE : *Précis de droit des gens*, Paris, 1934, II, pp. 352-354.

CH. ROUSSEAU : *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944, pp. 400/401.

²¹ ROUSSEAU : *Principes*, p. 401.

²² A. MESTRE : *Les traités et le droit interne*, RCADI 1931, IV, pp. 237ss, p. 252.

de normes internes, ces auteurs aboutissaient à la notion d'un double effet des traités: l'un sur le plan international, provenant de la ratification, et l'autre, de caractère législatif interne, découlant de l'approbation parlementaire. Le traité devait opérer dans l'ordre interne comme une loi, puisqu'il en épousait la forme; toute distinction de nature entre les deux catégories de normes étant niée, leurs rapports devaient être régis comme entre deux lois contraires par le principe de la concurrence²³.

Cependant, à partir de 1930, un courant contraire influencé par les théories kelsénienne se fit jour, qui sous la conduite de Georges Scelle mit l'accent sur la nature spéciale des traités. Se fondant sur la suprématie du droit international, Scelle s'efforça de démontrer la nécessité logique de la primauté des traités dans l'ordre interne. Distincts des lois, les accords internationaux auraient, en vertu de leur caractère particulier, une force juridique suprême et devaient s'imposer à ce titre de préférence aux lois contraires²⁴.

D'autres auteurs aboutirent, par des voies différentes, aux mêmes conclusions. Ainsi MM. NIBOYET²⁵ et RÉGLADE²⁶ invoquèrent la supériorité de l'acte bilatéral sur l'acte législatif unilatéral, pour conclure à la suprématie du traité²⁷.

Entre les thèses extrêmes de la souveraineté de la loi et de la primauté automatique des traités, certains auteurs, comme MM. MESTRE et KOPELMANAS, tentèrent une conciliation.

M. MESTRE²⁸ développa l'idée de la nature juridique particulière des traités et reconnut que sur le plan international ceux-ci avaient une vocation à la primauté. Pourtant, il constata que le juge, étant chargé de dire le droit, avait à s'en tenir sur le plan interne aux injonctions émanant de l'ordre dont il dépendait. Dès lors, selon M. MESTRE,

²³ CARRÉ DE MALBERG: pp. 166-173.

H. MARCHAND: *Note Sirey* 1932, I, 349.

BARTHÉLÉMY ET DUEZ: *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1933, p. 700.

²⁴ SCELLE: *Précis*, pp. 352ss.

J. MAURY: *Règles générales des conflits de lois*, RCADI 1936, III, pp. 329ss, pp. 440/441.

²⁵ J.-P. NIBOYET: *Manuel du droit international privé*, Paris, 1928, pp. 40/41.

²⁶ M. RÉGLADE: *De la nature juridique des traités internationaux*, RDP 1924, pp. 520ss.

²⁷ Notons encore la théorie de M. CHAILLEY (*La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, Paris, 1932), selon laquelle un traité déploierait ses effets aussi longtemps qu'un acte contraire, de même nature que celle de la conclusion, ne l'aurait pas abrogé, et s'imposerait, à ce titre, à l'encontre des simples lois contraires.

²⁸ RCADI 1931, IV, pp. 237ss.

lorsqu'une opposition surgit devant un tribunal, celui-ci doit appliquer la norme la plus récente.

Quant à M. KOPELMANAS²⁹, il se rallia lui aussi, en principe, à la suprématie des traités, mais constata qu'au stade de l'application judiciaire, les normes internes contraires à un traité ne pouvaient pas être annulées par le juge, cette annulation ne pouvant émaner que d'un organe judiciaire international.

De ces différentes thèses, celle de G. SCELLE a eu le plus grand retentissement, sinon dans la jurisprudence, du moins dans la doctrine. A la veille de la deuxième guerre, la notion de la primauté des traités avait pris racine: la voie était ouverte à une consécration constitutionnelle.

II. La jurisprudence

Mis en présence d'une doctrine en pleine évolution, la jurisprudence d'avant 1946 ne réussit pas à faire clairement son choix. Les vieilles traditions du respect des lois, bien ancrées dans les esprits des juges, opposèrent en effet une barrière aux thèses nouvelles.

L'examen de cette jurisprudence révèle cependant les tendances suivantes:

a) En cas de conflit entre un traité et une loi antérieure, la jurisprudence a toujours appliqué le traité, pour autant qu'il ait été approuvé par le parlement. Dans les cas où la ratification avait été opérée sans intervention parlementaire, la jurisprudence se montra par contre plus indécise.

b) En cas d'opposition entre un traité et une loi postérieure, les tribunaux hésitaient. De nombreux arrêts inspirés du principe de l'assimilation des traités aux lois et de la souveraineté du législateur ont appliqué l'adage «lex posterior derogat priori», en écartant le traité qu'une loi plus récente contredisait³⁰.

²⁹ *Du conflit entre le traité international et la loi interne*, RDILC 1937, pp. 88ss, pp. 310ss.

³⁰ CC civ.: Arrêt *Chemin de fer d'Alsace-Lorraine contre Schwartz* du 17. 1. 1922 (Sirey 1922, I, 225).

CA Dijon: Arrêt *Vicens contre Bouffillon* du 2. 5. 1933 (RDIP 1933, p. 475).

Voir encore sur ce point la nombreuse jurisprudence citée par M. ROUSSEAU (*Principes*, pp. 422/423).

En sens contraire, un courant jurisprudentiel, inspiré des théories de M. SCHELLE, affirma que les traités ne sont pas assimilables aux lois, mais que leur nature juridique particulière leur conférerait dans l'ordre interne une force supérieure. A cet égard, on peut citer la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de propriété commerciale. Ayant à se prononcer sur l'application de la loi du 30 juin 1926 sur les baux commerciaux, particulièrement restrictive pour les étrangers, la Cour suprême admit que cette loi réservait nécessairement le cas où des traités internationaux dérogeaient à la réglementation française³¹. D'autres arrêts ont expressément proclamé la primauté interne des traités, sans même recourir, comme la Cour de cassation, à la présomption d'une exception tacite à l'application de la loi. Ainsi la Cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 21 octobre 1936³² souvent cité, déclare que «les lois internes ne peuvent porter atteinte à des règles prises d'un commun accord entre divers Etats par une convention diplomatique destinée à régler les rapports internationaux». En 1943, la Cour d'Aix reprend la même idée à propos de l'application aux étrangers de la législation française sur les loyers³³ et applique, elle aussi, le traité. Ces arrêts annoncent déjà l'évolution d'après-guerre et ouvrent la voie aux nouvelles dispositions de la Constitution de 1946. Pourtant, à l'époque, ils n'étaient encore que de jurisprudence isolée.

Le Procureur Matter, dans des conclusions restées célèbres (arrêt *Sanchez-Consorts Gozland*³⁴), proposa une solution intermédiaire, inspirée d'ailleurs de la pratique américaine: les traités ont force de loi et leurs relations sont celles de deux normes égales, la plus récente s'imposant à la plus ancienne. En cas d'opposition irréductible entre un traité et une loi postérieure, le juge doit, au nom de la souveraineté de la loi, appliquer cette dernière. Pourtant, il doit toujours présumer que le législateur n'entendait pas violer le droit international: «Il existe en quelque sorte une présomption que la loi n'a pas voulu empiéter sur le traité, et cette présomption ne peut être détruite que par une déclaration formelle de la loi.» Portée à ses limites, cette présomption peut devenir, sans en avoir

³¹ CC civ.: Arrêt du 4. 2. 1936 (Sirey 1936 I 257; RGDIP 1938, p. 462).

CC civ.: Arrêt du 20. 7. 1937 (RCDI 1938, p. 244).

CC civ.: Arrêt du 1. 8. 1939 (NRDIP 1940, p. 201).

³² RGDIP 1938, pp. 459/460.

³³ JCP 1943, II, 2417.

³⁴ CC civ.: Arrêt du 22. 12. 1931 (Sirey 1932, I, 249).

les apparences, une véritable consécration de la primauté. Elle conduit normalement à la formule que la Cour d'appel d'Aix fit sienne⁸⁵, selon laquelle «la loi réserve nécessairement le cas des traités existants», ce qui revient à dire qu'en dépit d'une loi contraire le traité s'applique toujours⁸⁶.

On voit ainsi que, partant de traditions très fortes en faveur de la souveraineté de la loi, la jurisprudence française d'avant-guerre s'achemina graduellement vers des solutions plus favorables aux traités. Malgré les bouleversements de la guerre et la renaissance de courants nationalistes, cette tendance se maintint pour trouver dans la Constitution de 1946, puis dans celle de 1958, une consécration du moins partielle.

Section II - Le statut interne des traités depuis 1946

La fin de la deuxième guerre mondiale a ouvert une ère nouvelle dans l'histoire de l'application des traités en France; alors qu'il avait appartenu traditionnellement à la jurisprudence de définir les rapports entre droit interne et droit international, la IV^e République fournit le premier exemple en droit public français d'une réglementation constitutionnelle expresse de la mise en œuvre du droit international conventionnel.

La Constitution de 1946 consacra en effet deux de ses dispositions, les articles 26 et 28, à définir la force obligatoire interne des traités et la place hiérarchique qu'ils doivent occuper dans l'ordre interne. Ces dispositions énonçaient ce qui suit :

Article 26

«Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification.»

⁸⁵ Voir plus haut: JCP 1943, II, 2417.

⁸⁶ Une nombreuse jurisprudence applique la solution «Matter» en sauvegardant l'application des traités:

CC civ.: Arrêt *Zunkeller contre Florence et Peillon* du 4. 2. 1936 (RCDI 1936, p. 457).

CC civ.: Arrêt *Olivier contre Maury* du 16. 2. 1937 (RCDI 1937, p. 67).

CC civ.: Arrêt *Coll et Ozonias contre Tisserand* du 16. 2. 1937 (RCDI 1938, p. 244).

CC civ.: Arrêt *Mollet contre Lemoine* du 20. 7. 1937 (RCDI 1938, p. 246).

Article 28

«Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés, ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. Lorsqu'il s'agit d'un des traités visés à l'article 27, la dénonciation doit être autorisée par l'Assemblée nationale, exception faite pour les traités de commerce.»

Cette confirmation de l'immédiateté et de la primauté au sein même du texte constitutionnel fut saluée, à l'époque, comme une innovation remarquable, destinée à faire date. Elle retint l'attention de l'étranger et servit de précédent, voire de modèle, aux constituants d'autres Etats européens, notamment en Allemagne, en Italie et aux Pays-Bas. La tendance nouvelle n'allait pas rester sans lendemain. La Constitution de 1958 reprit pour l'essentiel les principes énoncés dans le système précédent, et ses articles 52 à 55 réaffirment, avec une égale vigueur, la primauté et l'immédiateté du droit international conventionnel :

Article 52

«Le Président de la République négocie et ratifie les traités. Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord non soumis à ratification.»

Article 53

«Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

Article 54

«Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre Assem-

blée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la revision de la Constitution.»

Article 55

«Les traités et 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.»

Les systèmes de 1946 et 1958 s'intègrent dans une même tendance générale, et la réglementation de la V^e République reprend à celle qui l'a précédée l'essentiel des principes qu'elle consacrait.

Ces similitudes nous autorisent, dans les pages qui suivent, à examiner globalement ces deux réglementations, quitte à marquer les points sur lesquels elles diffèrent.

§ 1. *Les principes consacrés par les constitutions d'après-guerre*

I. La proclamation de l'immédiateté

L'article 26 de la Constitution de 1946 énonçait que «les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi». La Constitution de 1958, dans la même intention, déclare à l'article 55 que «les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ...» et précise à l'article 53 qu' «ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés».

L'introduction des traités en droit interne n'est pas nouvelle en droit français. On sait, en effet, que sous la III^e République déjà, la jurisprudence avait reconnu au droit international conventionnel la qualité d'être directement applicable, sans transformation législative expresse. L'article 26 de 1946 et l'article 55 de 1958 confirment simplement une tradition établie.

Un traité régulièrement ratifié et publié fait donc «*ipso facto*» partie du bloc interne de la légalité, avec pour conséquence qu'il lie les organes chargés d'appliquer la loi³⁷. En outre, le traité, dès qu'il est valable sur

³⁷ J. P. NIOYER: *La Constitution nouvelle et certaines dispositions de droit international*, Dalloz 1946, chronique, XXIII, pp. 89ss.

le plan interne, modifie de ce fait les lois internes contraires, sans qu'il y ait besoin d'une abrogation expresse de celles-ci³⁸.

Le bénéfice de la force obligatoire interne est accordé à tous les traités ou accords régulièrement ratifiés (ou approuvés) et publiés, qu'ils aient fait ou non l'objet, en vertu de l'article 53 de la Constitution (article 27 de la Constitution de 1946), d'une autorisation préalable de l'Assemblée nationale³⁹. Les accords conclus par l'exécutif sans la participation du parlement acquièrent donc aussi force obligatoire interne, pour autant que cette participation n'eût pas été requise.

Les accords non «self-executing», c'est-à-dire qui ne possèdent pas la précision nécessaire à une application directe, font évidemment exception à la réglementation constitutionnelle; leur mise en œuvre dépend toujours de dispositions légales qui viennent en préciser les termes⁴⁰. Il existe à cet égard une obligation constitutionnelle pour le législateur d'élaborer les lois d'exécution nécessaires.

II. La primauté des traités sur les lois internes

A. Le principe de la primauté

L'affirmation constitutionnelle de l'immédiateté n'a rien de très innovateur. La Constitution américaine⁴¹ représente à cet égard un important précédent. Mais la réglementation constitutionnelle française va plus loin, puisqu'elle proclame le principe tout à fait original de la

DONNEDIEU DE VABRES: *La Constitution de 1946 et le droit international*, Dalloz 1948, chronique, pp. 558.

G. VEDEL: *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1949, p. 525.

F. LUCHAIRE: *L'exercice de la fonction exécutive du droit international par les organes étatiques*, Etudes en l'honneur de G. SCHELLE, Paris, 1950, II, pp. 815ss, p. 840.

JAQUET, p. 74: «La Constitution a formellement exprimé l'idée de la force obligatoire du traité par lui-même.»

³⁸ J. P. NIBOYET: *Traité de droit international privé français*, Paris, 1947-1951, I, pp. 36ss.

³⁹ J. BENOIST: *La force obligatoire pour les tribunaux des accords diplomatiques en forme simplifiée*, JCP 1952, I, 992.

⁴⁰ H. BOURQUE: *De l'exécution des traités*, Paris, 1952, p. 51.

J. DONNEDIEU DE VABRES: Dalloz 1948, chronique, pp. 5-8.

JAQUET: pp. 144/145 et p. 75.

⁴¹ Article VI/2: «This Constitution and the laws of the US which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made or which shall be made under the authority of the United States shall be the supreme law of the land; and the judge shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.»

primauté des traités sur les lois internes. L'article 26 de la Constitution de 1946 énonçait en effet que les traités ont force de loi « dans le cas même où ils seraient contraires aux lois internes ». L'article 28 de cette même Constitution précisait en outre que « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés, ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogés, modifiés ou suspendus, qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique ... » L'article 55 de la Constitution de 1958, en déclarant que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois », confirme le principe consacré par les articles 26 et 28 de la Constitution précédente.

Cette réglementation nouvelle modifie profondément le statut des traités en France. On sait en effet que sous la IIIe République les rapports entre traités et lois internes étaient régis par le principe de la concurrence des normes : les traités suspendaient l'effet des lois en vigueur, mais l'opposition entre un traité et une loi postérieure se résolvait selon le principe « lex posterior derogat priori ». Le nouveau système donne au contraire le pas au traité en tout état de cause.

A l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, de nombreux auteurs se félicitèrent de la solution révolutionnaire qui était ainsi consacrée en matière de traités. M. NIBOYER saluait d'enthousiasme une solution véritablement conforme à « l'éthique du droit international »⁴². De même, M. MOUSKHÉLY constatait avec satisfaction que l'article 28 « mettait fin à la pratique un peu désordonnée de la jurisprudence », en consacrant formellement le principe de l'autorité du traité⁴³. Citons encore MM. DONNEDIEU DE VABRES⁴⁴, CALOGEROPOULOS-STRATIS⁴⁵, VEDEL⁴⁶, LUCHAIRE⁴⁷, qui ont tous exprimé la conviction que la nouvelle constitution consacrait sans ambiguïté la suprématie des traités. En fait, c'était montrer beaucoup d'optimisme, car le premier mouvement d'enthousiasme passé, il apparut que la mise en œuvre pratique de la primauté allait se heurter encore à de grands obstacles. Nous verrons

⁴² Dalloz 1949, chronique, XXIII, pp. 89ss.

⁴³ p. 114.

⁴⁴ *La Constitution de 1946 et le droit international*, Dalloz 1948, chronique, pp. 5ss.

⁴⁵ *La validité des traités dans l'ordre interne d'après la nouvelle Constitution française*, Revue hellénique de droit international 1948, pp. 113ss.

⁴⁶ pp. 526ss.

⁴⁷ pp. 840ss.

plus loin comment, malgré la clarté de l'impératif constitutionnel, la jurisprudence, habituée de longue date à se soumettre aux injonctions de la loi, hésite à se plier au nouveau système et cherche souvent à le contourner.

B. Le contrôle judiciaire de la primauté

Si le principe de la primauté est clairement énoncé, les modalités de sa mise en œuvre sont par contre ambiguës. La question se pose en effet de savoir quel organe est compétent pour contrôler la réalisation de cette injonction. Les articles 26 et 28 de 1946, l'article 55 actuel, s'adressent-ils directement au juge en l'enjoignant de mettre en œuvre la primauté des traités et de suspendre l'effet des lois contraires, ou s'agit-il, au contraire, d'une proclamation de nature politique, exclusivement à l'adresse du législateur? Les textes constitutionnels ne confèrent pas expressément au juge le pouvoir de contrôler la loi qui déroge au traité et ne créent pas davantage, comme en Allemagne, une juridiction spéciale chargée de faire respecter la primauté interne des traités. Un problème d'interprétation se pose dès lors: les articles 26 et 28 de 1946 et l'article 55 de 1958 attribuent-ils implicitement au juge un pouvoir de cet ordre? Disons d'emblée que si ces dispositions ne contenaient pas de telles attributions de compétence, leur portée pratique serait quasi nulle.

a) Arguments contre le contrôle judiciaire

Malgré la nouvelle réglementation et les conceptions originales qu'elle introduit, le dogme de la souveraineté de la loi est demeuré très vivace en France. L'acte législatif bénéficie d'un prestige considérable auprès du juge, qui le considère comme l'ultime volonté du peuple. Partant de l'axiome que cette volonté est déterminante, la doctrine a mis en doute la possibilité pour le juge de contrôler la conformité de la loi aux dispositions d'un traité. Certes, le traité acquiert-il, en vertu de l'approbation parlementaire, force de loi. Cependant la loi qui lui est postérieure représente la volonté dernière, donc décisive, du peuple souverain et à ce titre devrait s'imposer en tout état de cause.

Partant de cette idée, M. PINTO⁴⁸ fut de l'avis que les articles 26 et 28 énonçaient une garantie politique et non judiciaire de la primauté.

⁴⁸ *Éléments de droit constitutionnel*, Lille, 1952, p. 387.

Même sens: F. BERBER, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich/Berlin, 1960, I, p. 103.

La réglementation ne s'adressait pas au juge, mais au législateur seul. De nombreux auteurs ont suivi cette façon de voir en affirmant que le juge était tenu de faire prévaloir la loi la plus récente. A cet égard, M. BATIFFOL est catégorique: en cas de conflit irréductible de normes, le juge, nonobstant la formule constitutionnelle, doit appliquer la loi postérieure au traité, car «le juge interne, tenant sa mission du pouvoir qui l'institue, ne saurait assumer un rôle contraire à la mission qui définit ses pouvoirs ... User de ses pouvoirs contre l'autorité qui les lui a conférés lui enlève toute qualité»⁴⁹.

M. BATIFFOL n'est pas seul à soutenir cette argumentation. M. SAVATIER estime, lui aussi, que les tribunaux sont liés par la loi votée contrairement à un traité en vigueur, parce qu'ils n'ont pas qualité pour apprécier l'incorrection internationale de leur gouvernement⁵⁰. De même MM. MAZEAUD⁵¹, MOUSKÉLY⁵², PREUSS⁵³, DELAUME⁵⁴, MOTULSKY⁵⁵, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE⁵⁶ considèrent que la soumission que le juge doit à la loi lui interdit de donner la préférence à un traité en cas d'opposition irréductible.

L'argument principal sur lequel se fondent ces auteurs est celui de l'incompétence du juge, selon le droit français, de contrôler la constitutionnalité des lois. On sait en effet que selon une jurisprudence très ancienne les tribunaux français se sont toujours abstenus de mettre en cause les actes législatifs pour raison d'inconstitutionnalité. Cependant, ces auteurs ne refusent pas tout effet pratique à la réglementation constitutionnelle: ils lui reconnaissent la valeur d'une règle d'interprétation à l'adresse du juge. En cas de doute sur le sens de la loi, le tribunal devrait présumer que le législateur, respectueux de l'injonction constitutionnelle, a implicitement réservé l'application des traités en vigueur⁵⁷. [Cette présomption, fondée sur la constitution

⁴⁹ *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., Paris, 1959, p. 44.

⁵⁰ *Cours de droit international privé*, Paris, 1953, p. 18. Même sens: Dalloz 1947, p. 204.

⁵¹ JCP 1949, II, 4691.

⁵² p. 115.

⁵³ pp. 662-667.

⁵⁴ G. R. DELAUME: *De l'application et de l'interprétation des traités par les tribunaux internes dans les relations franco-américaines*, Clunet 1953, pp. 584ss, p. 606.

⁵⁵ RCDIP 1949, pp. 62/63.

⁵⁶ *Droit international privé*, Paris, 1962, p. 42.

⁵⁷ J. MAZEAUD: JCP 1949, II, 4691: «La moindre hésitation de texte ou faiblesse dans la rédaction permettra un retour victorieux de la règle» (celle de la primauté des traités).

elle-même, serait déterminante pour le juge et devrait le conduire, dans la plupart des cas, à faire triompher le traité. Par le biais de cette présomption, la question du contrôle normatif serait évitée, et, sans référence directe à la réglementation constitutionnelle, la primauté qu'elle proclame pourrait être assurée⁵⁸.

Mais il reste néanmoins un résidu de lois irréductiblement contraires. Lorsque le législateur a entendu délibérément paralyser l'effet d'un accord, le juge n'aurait plus, selon cette théorie, qu'à sanctionner la violation commise par le législateur.

b) Affirmation de la compétence du juge à contrôler la primauté des traités

Nous ne pouvons souscrire à cette interprétation restrictive, car elle va à l'encontre de la volonté du constituant. Nous pensons que la réglementation constitutionnelle a une portée spécifiquement juridique et qu'elle s'adresse aussi bien au juge qu'au législateur: au premier, pour lui enjoindre d'écartier les lois adoptées à l'encontre de traités en vigueur, au second, pour lui interdire d'élaborer de telles lois.

Une importante partie de la doctrine défend ce point de vue. M. NIBOYET est formel: «Actuellement les juges ont non seulement le droit, mais le devoir, nonobstant toute loi contraire, d'appliquer les traités tant qu'ils sont en vigueur⁵⁹.» De même, M. DONNEDIEU DE VABRES ne pense pas qu'une autorité puisse sans illégalité appliquer une législation portant une atteinte irrégulière à l'autorité des traités⁶⁰.

⁵⁸ MAZZAUD: JCP 1949, II, 4691: «Chaque fois que l'opposition ne serait pas indiscutable, ou si la loi ne contredit pas expressément le traité, le juge, s'inspirant de l'article 28, devra admettre que la loi réserve nécessairement le traité.»

PREUSS: p. 663.

MOUSKHÉLY: p. 115.

P. DE VISSCHER: *Les tendances internationales des constitutions modernes*, RCADI 1952, I, pp. 515 ss, p. 560.

PINTO: *Eléments de droit constitutionnel*, p. 388.

R. SAVATIER: «*A propos des cartes de commerçant*», Dalloz 1953, chronique, IV, pp. 21 ss.

PELOESCHNER: p. 40.

⁵⁹ *Cours de droit international privé*, Paris, 1949, p. 44.

⁶⁰ *La Constitution de 1946 et le droit international*, Dalloz 1948, chronique, p. 8.

Même sens:

CH. ROUSSEAU: *Droit international public*, Paris, 1953, p. 47.

La Constitution et les traités, Etudes juridiques 1954, mars-avril, pp. 20/21.

(suite p. 117)

Comme nous l'avons exposé plus haut, on objecte à la compétence spéciale que la Constitution accorderait au juge, en matière d'application des traités, l'interdiction générale du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. S'il est vrai qu'en vertu d'une jurisprudence constante le juge français n'est pas habilité à contrôler la constitutionnalité des lois, rien n'empêcherait toutefois le constituant de déroger dans un secteur déterminé à cette coutume, et de soumettre expressément certaines lois au contrôle spécial de leur conformité à la Constitution⁶¹.

Cependant, dans le domaine qui nous occupe, le problème du contrôle de la constitutionnalité n'est pas en cause. Si les traités avaient été élevés au rang de normes constitutionnelles par une formule comme «les traités font partie intégrante de la Constitution et s'appliquent comme tels», l'application judiciaire du droit conventionnel, en lieu et place d'une loi interne, aurait indubitablement pris le caractère d'un contrôle de conformité à la Constitution. Mais tel n'est point le cas.

L'article 55, comme les articles 26 et 28 de 1946, apporte ni plus ni moins qu'un principe de solution aux conflits possibles entre deux règles ayant simultanément force obligatoire interne. Il organise la hiérarchie interne de différentes catégories de normes et dicte un ordre de primauté entre elles. Ce principe fait bien partie de la Constitution et a force suprême à ce titre, mais les traités qu'il concerne ne sont pas investis pour autant d'une autorité constitutionnelle. Ceux-ci demeurent des normes de nature spéciale, subsistant parallèlement aux lois et ayant, comme elles, force exécutoire devant les tribunaux.

Un processus semblable existe d'ailleurs sur le plan purement interne. Lorsque deux lois se contredisent, le juge doit également faire un choix. Selon le principe «lex posterior derogat priori», il met en œuvre la norme, la plus récente au détriment de la plus ancienne. La

⁶⁰ (suite)

LUCHAIRE: pp. 815ss.

WEIL ET LÉAUTÉ: JCP 1953, II, 7659.

R. PLAISANT: Sirey 1953, II, 61.

L. C. BIAL: *Some recent French Decisions on the Relationship between Treaties and Municipal Law*, AJIL 1955, pp. 347ss.

⁶¹ M. MIGNON: *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Dalloz 1952, chronique, XI, pp. 45ss.

GÉNY: JCP 1947, I, 613.

loi antérieure n'en est pas pour autant inconstitutionnelle, mais elle se trouve constitutionnellement limitée dans ses effets et dans sa portée.

Le choix que le juge opère entre traité et loi est de même nature. Car la Constitution définit aussi le domaine de la loi par rapport à celui des traités: elle organise le domaine de la légalité et pose en quelque sorte une condition de plus à la validité des lois, en décrétant que celles qui ne respectent pas les traités ne déploieront pas d'effets. Le juge qui met en œuvre un traité contraire à une loi n'opère donc pas un contrôle de constitutionnalité, mais «se borne à appliquer une règle qui délimite la compétence respective de deux sources du droit»⁶².

Citons à ce propos l'avis du Conseiller Pépy qui, dans un rapport à la Cour de cassation, déclarait⁶³:

«Il ne s'agit nullement ici de vérifier si telle disposition d'une loi est en contradiction avec tel ou tel principe général inscrit dans la Constitution, mais d'appliquer une disposition même de la Constitution qui donne force de loi aux traités, même s'ils sont contraires aux lois françaises, bien plus, qui leur confère une autorité supérieure à celle des lois.»

Il est vrai qu'on en arrive ainsi à la conclusion assez paradoxale que le juge ne peut, d'une part, redresser la violation par une loi d'une norme constitutionnelle, mais peut, en revanche, redresser la violation d'une norme conventionnelle, elle-même inférieure à la Constitution. Mais ce genre de situation est caractéristique des systèmes juridiques qui ne connaissent pas un contrôle de la constitutionnalité des lois.

§ 2. *Le domaine d'application de la réglementation*

Quelles sont les normes internationales qui bénéficient de la primauté sur les lois internes? Les articles 26 et 28 de la Constitution de 1946 mentionnaient uniquement les «traités diplomatiques». La Constitution de 1958, à son article 55, renonce à cette désignation quelque peu ambiguë et lui substitue les termes de «traités et accords». La nouvelle formule correspond au dédoublement de la procédure interne d'élaboration du droit international conventionnel, tel qu'il est consacré par les articles 52

⁶² DONNEDIEU DE VABRES: JCP 1948, I, 733.

NIHOYET: *Traité*, p. 39.

⁶³ CC crim.: Arrêt du 3. 6. 1950 (Sirey 1951, I, 109).

à 55. La France connaît, en effet, depuis l'avènement de la Ve République, deux catégories de conventions internationales, distinctes non par leur contenu matériel, mais en raison de la forme différenciée de leur conclusion.

I. *Les traités.* Les traités au sens strict sont négociés et signés par le Président de la République, soit qu'il participe personnellement à leur élaboration, soit qu'il désigne lui-même les plénipotentiaires chargés de négocier et de signer en son nom. Une fois le traité signé, et pour autant que les exigences de l'autorisation parlementaire soient remplies, c'est encore au Président de la République qu'il appartient de conclure le traité sur le plan international, en procédant à sa ratification; celle-ci intervient, selon la procédure traditionnelle, par remise, à l'Etat cocontractant ou à la puissance dépositaire, du document (instrument de ratification) qui atteste, sous la signature du Président, l'engagement assumé par la France⁶⁴.

L'article 52/1, selon lequel le Président de la République négocie et ratifie les traités, est une reprise pure et simple de l'article 8 de la loi constitutionnelle de 1875. Toutefois, sous la IIIe République, cette disposition avait reçu une application restrictive et l'initiative en matière d'engagements internationaux avait été laissée au gouvernement, le Président se cantonnant dans un rôle plutôt passif. Sous la Ve République, le Général de Gaulle a donné une interprétation nouvelle à l'ancienne formule en exerçant effectivement le pouvoir de négociation que lui confère la Constitution, alors même que dans l'idée des constituants de 1875, il devait s'agir là d'une compétence plus formelle que réelle⁶⁵.

II. *Les accords.* Selon l'article 52 de la Constitution, les «accords» à la différence des «traités» sont négociés sous l'autorité du Premier Ministre et non du Président de la République. Ils se distinguent en outre des traités en ce qu'ils ne sont pas soumis à ratification par le Chef de l'Etat, mais qu'ils doivent faire l'objet d'une procédure d'«approbation» à distinguer de la ratification proprement dite.

Quant à la nature juridique de ces accords et celle de leur «approbation», les avis sont partagés et deux interprétations ont été avancées:

⁶⁴ Voir M. LESAGE: *La procédure de conclusion des accords internationaux de la France sous la Ve République*, AFDI 1962, pp. 873ss, p. 876.

⁶⁵ LESAGE: p. 877.

- Les textes constitutionnels (articles 53, 54, 55) instituent un parallélisme étroit et évident entre la ratification des traités et l'approbation des accords. Se fondant sur la lettre de ces dispositions et en rapprochant celles-ci de l'article 52, certains auteurs⁶⁶ ont soutenu que l'approbation était un acte, analogue à la ratification, par lequel l'accord était valablement conclu sur le plan international. Emanant du Premier Ministre, il serait signifié à la partie cocontractante ou à l'Etat dépositaire aussitôt que la procédure interne d'élaboration est accomplie, notamment lorsque, dans les cas prévus par l'article 53, l'autorisation parlementaire a été obtenue. Ainsi, l'approbation ministérielle et la ratification présidentielle seraient de même nature juridique et tendraient, toutes deux, à perfectionner la validité d'une convention déjà signée, mais ne liant pas encore les parties sur le plan international.

Traité et accord seraient entre les mains de l'exécutif des instruments interchangeables de politique étrangère, puisqu'ils auraient même valeur internationale, même autorité interne et qu'ils seraient soumis, en vertu de l'article 53, aux mêmes exigences en matière de contrôle parlementaire préalable. Seuls des motifs d'opportunité dans le cadre de la répartition nouvelle des compétences entre le gouvernement et le Chef de l'Etat dicteraient un choix entre ces deux modes de conclusion.

Cette interprétation est conforme à la logique des textes et offre le grand avantage de réaliser l'immédiateté d'application des accords, en coordonnant leur validité internationale et leur effet interne.

Toutefois, elle paraît démentie par la pratique et les auteurs plus récents⁶⁷ penchent vers une autre solution :

- Les textes étant confus, il n'y aurait pas lieu de s'en tenir à leur lettre, mais il importerait plutôt de chercher l'intention du constituant : celui-ci, en introduisant la notion d'« accord » aurait, de toute évidence, entendu organiser constitutionnellement la pratique quelque peu anarchique,

⁶⁶ NGUYEN QUOC DINH : *La Constitution de 1958 et le droit international*, RDP 1959, pp. 515ss, notamment pp. 519-548.

CH. ROUSSEAU : *La Constitution de 1958 et les traités internationaux*, Mélanges Basdevant, Paris, 1960, pp. 493ss.

⁶⁷ J. DEHAUSSEY : *Les conditions d'application des normes conventionnelles sur le for interne français*, Clunet 1960, pp. 702ss, p. 718.

LESAGE : pp. 877-879.

J. SCHILLING : *Völkerrecht und staatliches Recht in Frankreich*, Veröffentlichungen des Instituts für internationales Recht an der Universität Kiel, Hambourg, 1964, pp. 143ss.

mais florissante sous la IV^e République, des «accords en forme simplifiée». Or on sait que ces accords se caractérisent par le fait qu'ils prennent effet, sur le plan international, dès leur signature ou, si une condition suspensive est stipulée, dès la survenance de celle-ci. L'approbation exigée par la Constitution ne saurait donc être un acte analogue à la ratification, mais il s'agirait d'une procédure exclusivement orientée vers l'ordre interne et faisant suite à la conclusion sur le plan international.

Cette interprétation est conforme à la pratique suivie depuis 1959, car le gouvernement français n'a jamais, semble-t-il, notifié à un Etat cocontractant son «approbation» d'un accord précédemment signé⁶⁸. Tout au plus, dans le cas des accords qui fixent une condition à leur entrée en vigueur, le Ministère des Affaires Etrangères informe-t-il son homologue de la survenance de cet événement.

Ainsi donc, les accords seraient valablement conclus dès leur signature, mais le constituant, désireux de canaliser une pratique désordonnée, aurait expressément fait dépendre leur force obligatoire interne, dans les cas prévus à l'article 53, de l'approbation de leurs termes par une loi. Il s'agirait là d'une simple confirmation des exigences posées par la jurisprudence sous la IV^e République en matière d'accords en forme simplifiée.

Il a été soutenu que la loi parlementaire valait elle-même approbation⁶⁹, mais cette opinion ne paraît pas conforme au texte de l'article 53⁷⁰ et à la pratique suivie⁷¹. Il paraît plus correct d'affirmer que l'accord est implicitement approuvé par le décret présidentiel (contresigné par le Premier Ministre) qui en ordonne la publication⁷². Dans les cas prévus à l'article 53, le décret doit évidemment être autorisé en vertu d'une loi; le respect des règles en matière de contrôle parlementaire se trouverait donc assuré.

⁶⁸ LESAGE: p. 878.

SCHILLING: p. 145.

⁶⁹ LESAGE: p. 878.

⁷⁰ L'article 53 dispose que les accords doivent être approuvés «en vertu d'une loi» mais non «par une loi».

⁷¹ Les lois portant sur des accords comportent toujours la clause «est autorisée l'approbation» et non la formule usuelle avant 1958 «est approuvé».

⁷² DEHAUSSEY: p. 718.

SCHILLING: pp. 146/147.

CE ass.: Arrêt *Sit Navigator* du 13. 7. 1965 (JCP 1965, II, 14349).

Le système de l'approbation interne, postérieure à la conclusion internationale, présente l'inconvénient de faire obstacle à l'immédiateté d'application des accords en vigueur. Le législateur, en refusant d'autoriser l'approbation par décret présidentiel, peut compromettre la mise en œuvre d'un engagement contracté par la France et mettre en cause la responsabilité internationale de celle-ci. Il est vrai qu'il est souvent pris la précaution de stipuler dans les accords en forme simplifiée que leur application est subordonnée à l'accomplissement de la procédure interne d'approbation⁷³.

Si l'on s'en tient à l'interprétation décrite ci-dessus, il apparaît que la notion de traités et d'accords, selon l'article 55, recouvre non seulement les « traités diplomatiques » de l'article 26 de la Constitution de 1946 mais englobe en outre tout le secteur des « accords en forme simplifiée » qui échappait totalement à la réglementation précédente. Sur ce point, la Constitution de 1958 serait en progrès puisqu'elle étendrait expressément à tout le droit conventionnel le principe de la primauté sur le droit interne. Il paraît cependant peu probable que le système institué par la Constitution puisse résorber complètement le domaine des accords en forme simplifiée. Les exigences de la vie internationale sont telles que certaines questions de moindre importance, bien qu'impliquant une autorisation parlementaire au sens de l'article 53 de la Constitution, continueront à être réglées par simple échange de lettres et sans « approbation » ultérieure.

III. *Le droit communautaire.* Les principes constitutionnels s'appliquent également en ce qui concerne le droit des communautés supranationales dont la France fait partie (C.E.C.A., Euratom, Marché Commun). Il s'agit non seulement des dispositions contenues dans les traités de communauté eux-mêmes (Traité de Rome, par exemple), mais aussi des actes émanant des organes communautaires compétents en vertu des traités (ainsi les règlements pris par la Commission de la C.E.E. en application du Traité)⁷⁴. C'est ainsi que dans un arrêt « Société U.N.E.F. contre Etablissements Consten » du 26 janvier 1963⁷⁵ la Cour d'appel de

⁷³ Voir par exemple accord franco-luxembourgeois du 20. 4. 1959 publié au Journal officiel le 6. 4. 1961 (JO 1961, p. 3501), cité par Schilling.

⁷⁴ J.-L. ROPERS: *Le Marché Commun et la justice française*, JCP 1961, I, 1624.

A. PÉRY: *L'article 177 du Traité de Rome et les juridictions françaises*, RCDIP 1963, pp. 473ss et 695ss, p. 696.

⁷⁵ CLUNET 1963, pp. 728ss, note GOLDMAN. RCDIP 1963, pp. 399ss, note METZGER.

Paris, saisie d'une affaire d'exclusivité d'exploitation relevant du droit communautaire, décida de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission de la C.E.E., compétente en vertu d'un règlement arrêté par le Conseil, se soit prononcée en l'espèce. A cette occasion, la Cour précisa expressément que le droit communautaire s'impose aux tribunaux nationaux avec la force même du droit interne, en raison des dispositions formelles de la Constitution de 1946 sous l'empire de laquelle le Traité de Rome a été ratifié et de celles de la Constitution de 1958 dont l'article 55 rappelle expressément que «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»⁷⁶.

Ainsi donc, en cas de conflit entre un acte d'un organe communautaire et une loi française même postérieure en date, le juge français devrait donner la préférence à l'acte communautaire. Le Conseil d'Etat n'a pas non plus hésité à appliquer le droit communautaire, sans exiger sa confirmation dans une loi française⁷⁷.

§ 3. Conditions formelles de la réglementation constitutionnelle

Aussi bien l'article 26 de l'ancienne constitution que l'actuel article 55 font dépendre la mise en œuvre de leur réglementation de la «régularité» des conventions internationales en cause: régularité de la ratification (ou de l'«approbation» pour les accords de la Ve République) et régularité de la publication.

I. Abandon de l'exigence de la promulgation

Relevons tout d'abord que l'exigence de la promulgation, essentielle sous la IIIe République, a été abandonnée par les constitutions d'après-guerre. La promulgation, ordre d'exécuter donné par le Chef de l'Etat, était un acte attributif de force obligatoire interne; elle était considérée

⁷⁶ La même Cour de Paris, dans un arrêt en date du 4. 3. 1964 (Dalloz 1964, p. 419, note MINJOZ), applique le droit communautaire (Règlement No 3) de préférence à un traité franco-italien en vigueur.

⁷⁷ CE: Arrêt du 22. 12. 1961 dans la cause *S.N.C.F. contre Ministère des Travaux Publics et des Transports* (Rec. 1961, p. 739).

Voir à ce sujet:

R. M. CHEVALIER: *Le droit de la Communauté européenne et les juridictions françaises*, RDP 1962, pp. 646ss.

avant-guerre comme le préalable nécessaire à toute application d'un traité. Cette procédure, qui faisait double emploi avec la publication, fit à l'époque couler beaucoup d'encre. Certains auteurs, d'inspiration dualiste, crurent reconnaître en elle une sorte de transformation en règle interne de la norme internationale. D'autres auteurs, par contre, constatant que les traités tiraient leur force obligatoire de leur validité internationale et que le Président de la République était tenu, en vertu d'une compétence liée, de promulguer les traités définitivement conclus, estimaient que cet acte constituait une étape inutile dans la mise en œuvre du droit international⁷⁸.

En renonçant à la promulgation, les constitutions d'après-guerre ont apporté une simplification à la mise en œuvre des traités; elles ont toutefois maintenu l'exigence de la publication.

II. Exigence d'une publication régulière

Les Constitutions de 1946 et de 1958⁷⁹ font toutes deux dépendre l'application judiciaire des conventions internationales de leur publication. La publication, à la différence de la promulgation, est un simple acte matériel répondant à des nécessités pratiques et qui ne modifie pas la nature ou la portée de la norme internationale qu'elle affecte⁸⁰, celle-ci étant en principe exécutoire dès sa ratification. La publication au Journal officiel a donc simplement pour fonction de porter à la connaissance des citoyens que le traité, valablement conclu sur le plan international, a acquis force exécutoire interne et qu'il peut être invoqué devant les tribunaux: à ce titre, elle serait une mesure d'ordre, confirmative du caractère obligatoire d'une norme préexistante. De cette analyse, il découle que la publication, à la différence de la promulgation, n'est pas

⁷⁸ SCHELLE: *Précis*, II, pp. 352-354.

MOUSKHÉLY: p. 110.

LUCHAIRE: pp. 835 ss.

ROUSSEAU: *Le régime actuel de la publication des traités*, Dalloz 1953, chronique XXXII, pp. 169 ss.

⁷⁹ Article 26 de la Constitution de 1946: «Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi ...»

Article 55 de la Constitution de 1958: «Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ...»

⁸⁰ LUCHAIRE: p. 838.

ROUSSEAU: *Droit international public*, p. 46.

SCHILLING: pp. 149/150.

un élément fondamental de la procédure d'exécution, mais qu'elle est destinée tout au plus à faciliter la mise en œuvre des traités.

Pourtant, la jurisprudence, se fondant sur les textes constitutionnels, attribue au défaut de publication les mêmes effets qu'autrefois à l'absence de promulgation; comme le relève M. DEHAUSSY⁸¹, le contrôle de l'existence de la publication s'est purement et simplement substitué à celui de l'existence de la promulgation. Cette tendance s'est manifestée dès l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946⁸² et a été expressément confirmée par la Chambre civile de la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, dans un arrêt du 11 mars 1953 dans la cause *Gambino contre Arcens*⁸³; appelée à se prononcer sur la force obligatoire interne d'un échange de lettres franco-italien des 28 octobre et 2 novembre 1948, la Cour énonça, comme principe général, que le juge français ne pouvait appliquer que les traités dûment publiés. Cette exigence de la publication concerne aussi bien les traités soumis à ratification que ceux en forme simplifiée conclus directement par l'exécutif et approuvés par décret⁸⁴. Depuis l'arrêt *Gambino-Arcens*, les tribunaux ont systématiquement refusé de tenir compte des conventions internationales non publiées⁸⁵.

Il importe pourtant de rappeler que dans le domaine de la publication l'exécutif ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire. Dans la mesure où la publication est érigée en un élément nécessaire de l'application, l'exécutif est absolument tenu d'y procéder dès qu'une ratification régulière intervient. Le principe posé par la Cour de cassation, consacrant le maintien d'une promulgation «détournée», n'aurait pas une grande

⁸¹ p. 708.

⁸² CA Paris: Arrêt du 18. 5. 1947 (GP 8. 7. 1947).

CA Rouen: Arrêt du 31. 10. 1950 (RCDIP 1951, p. 490).

CA Paris: Arrêt du 28. 11. 1950 (Dalloz 1951, p. 440).

⁸³ JCP 1953, II, 7673, note Ourliac et de Juglart.

⁸⁴ Voir BENOIST: *La force obligatoire pour les tribunaux des accords diplomatiques en forme simplifiée*, JCP 1952, I, 992.

PFLOESCHNER: pp. 47-54 et 128-135.

CC, chambres réunies: Arrêt du 27. 4. 1950 (Sirey 1950, I, 165).

⁸⁵ CC civ.: Arrêt *Consorts Rueff contre Directeur général des Impôts* du 4. 4. 1960, AFDI 1960, p. 1039.

CC civ.: Arrêt *Rocca contre Bourjac* du 12. 10. 1960 (Dalloz 1960, p. 743).

CC civ.: Arrêt *Le Breton contre Delle Loesch* du 16. 5. 1961 (Dalloz 1961, p. 489).

CE: Arrêt *Société Indochinoise d'électricité* (Actualité juridique 1961, p. 482).

CC civ.: Arrêt *Zanini contre Wicki* du 21. 11. 63 (Bull. civ. 1963, IV, 675).

importance pratique si le gouvernement remplissait cette obligation, s'il exerçait sa compétence liée. Cependant, tel n'est pas toujours le cas. Nombreux sont en effet les exemples de traités qui n'ont pas fait l'objet d'une publication au Journal officiel⁸⁶.

Une refonte du système s'impose, dans le sens d'un automatisme mieux assuré de la publication, et aussi dans celui d'une simplification de la procédure à suivre⁸⁷.

En outre, dans une réglementation future, il faudrait prévoir un recours auprès d'une autorité judiciaire ou du Conseil d'Etat contre l'omission de la publication par le gouvernement. C'est ainsi seulement que la publication pourra être ramenée aux dimensions d'un simple acte matériel.

III. Exigence d'une ratification ou d'une approbation régulière

A. Définition de la régularité

La Constitution de 1958, aux articles 53 et 55, et celle de 1946, à l'article 26, posent la condition d'une ratification (ou approbation) régulière, comme préalable à l'application immédiate et privilégiée des traités dans l'ordre interne.

Cette exigence est parfaitement logique en ce qui concerne la ratification, puisqu'elle confirme simplement une condition posée par l'ordre international lui-même. La situation est quelque peu différente en ce qui concerne les « accords » ; car, ainsi qu'on l'a vu plus haut, l'« approbation » dont ils doivent faire l'objet n'est pas analogue à la ratification, mais a le caractère d'un acte de l'exécutif (décret présidentiel de publication) simplement attributif de force obligatoire interne.

Il ne suffit pas que le fait juridique de la ratification ou de l'approbation soit établi ; il faut encore qu'il soit intervenu régulièrement au

⁸⁶ Voir sur ce point ROUSSEAU : *Le régime actuel de la publication des traités en France*, Dalloz 1959, chronique XXXII, pp. 169ss.

La Constitution et les traités, Etudes juridiques 1954, pp. 19ss.

Voir aussi dans AFDI 1962, pp. 888ss. : *La publication des engagements internationaux de la France* (Etude rédigée sous la direction du professeur F. LE ROY).

⁸⁷ Relevons qu'aux termes d'un décret en date du 14 mars 1953 (JO 15. 3. 1953, p. 2436) la publication au Journal officiel a été rendue obligatoire pour tous les accords « de nature à affecter, par leur application, les droits ou obligations des particuliers ».

Cette mesure législative n'a toutefois pas été strictement respectée jusqu'à présent.

regard de la procédure interne d'élaboration fixée par la Constitution, c'est-à-dire que les étapes prévues par le droit public interne aient été préalablement suivies.

L'exigence de régularité concerne essentiellement le respect des compétences législatives en matière d'élaboration des traités, pour tous les cas où la participation du Parlement, sous forme d'autorisation de ratifier ou d'«approuver», est constitutionnellement requise. La France, comme tous les Etats à structure démocratique, connaît en effet l'intervention parlementaire dans le processus d'élaboration des conventions internationales⁸⁸.

La Constitution de 1946 énonçait, à son article 27, ce qui suit concernant les traités soumis à l'autorisation parlementaire préalable :

«Les traités relatifs à l'organisation internationale, les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ceux qui modifient les lois internes françaises, ainsi que ceux qui comportent cession, échange, adjonction de territoire, ne sont définitifs qu'après avoir été ratifiés en vertu d'une loi. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.»

L'article 53 de la *Constitution de 1958* reproduit, à quelques nuances près, les termes de l'article 27 de 1946 :

«Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.»

Une différence importante doit cependant être relevée. Alors que l'ancienne constitution soumettait à l'autorisation préalable tous les

⁸⁸ Voir à ce propos, LESAGE : pp. 879ss.

traités «modifiant les lois internes françaises», la nouvelle disposition ne prévoit l'intervention parlementaire que lorsqu'une «disposition de nature législative» est affectée. Cette modification par rapport à l'ancien texte correspond à la nouvelle distinction entre le «domaine réglementaire» et le «domaine législatif» consacrée par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958. Seuls les traités et accords portant sur des matières relevant du «domaine législatif», c'est-à-dire figurant parmi celles énumérées à l'article 34, sont sujets à contrôle parlementaire, alors que dans les autres cas l'exécutif peut assumer seul la responsabilité de la conclusion⁸⁹. Cette innovation constitue une restriction sérieuse des compétences législatives en matière d'élaboration des traités, qui répond aux pouvoirs accrus que le régime de la Ve République tient à accorder à l'exécutif. Elle a pour effet de simplifier sensiblement le processus de conclusion et facilite dès lors la mise en œuvre du droit international.

La Constitution prévoit en outre une procédure spéciale d'élaboration pour les traités ou accords dont il est établi qu'ils portent atteinte à des dispositions constitutionnelles de fond.

L'article 54 énonce ainsi que:

«Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République ou par le Premier Ministre, ou par le Président de l'une ou de l'autre Assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.»

Pour ces traités, la procédure ordinaire d'approbation définie à l'article 53 n'est donc pas applicable. Si le Conseil constitutionnel, instance politico-judiciaire de contrôle, dûment saisi, constate qu'une convention internationale comporte des clauses anticonstitutionnelles, cette convention est soumise à un processus spécial d'élaboration comportant la révision constitutionnelle préalable. Le bénéfice de l'immédiateté et de la primauté consacré à l'article 55 est donc subordonné en ce cas au respect par l'exécutif chargé de conclure de cette procédure d'élaboration particulière⁹⁰.

⁸⁹ DEHAUSSY: p. 722.

⁹⁰ La question des rapports entre traités et dispositions constitutionnelles de fond sera examinée en détail plus loin.

B. Le contrôle judiciaire de la régularité

Si la Constitution fait dépendre l'exécution interne des traités de la régularité de leur élaboration, la question se pose d'emblée de savoir quel organe peut en contrôler le respect. Le juge peut-il procéder lui-même à un tel examen de la régularité, ou est-il lié par l'action de l'exécutif?

Il faut distinguer ici entre la publication d'une part, et la ratification ou l'approbation, de l'autre.

1. Les tribunaux ont clairement admis leur compétence de contrôler l'existence d'une publication régulière⁹¹. La publication ne fait pas partie de la procédure internationale de conclusion, et, de par son caractère automatique, elle ne soulève aucun problème d'appréciation juridique. Il s'agit d'un simple élément de fait dont il est très facile pour le juge de constater l'accomplissement.

2. Par contre, le contrôle judiciaire de la ratification ou de l'approbation et de leur régularité soulève des questions beaucoup plus délicates. Le Président de la République en ratifiant un traité accomplit une fonction internationale et crée un rapport juridique entre Etats; il agit comme un organe compétent pour engager la France. Lorsqu'il approuve un accord, sa décision constitue un acte de gouvernement. Dans les deux cas, l'opportunité de l'acte est soustraite à l'appréciation du juge.

La question de l'opportunité de la conclusion étant mise à part, le juge est-il habilité à contrôler si la procédure d'élaboration interne, telle qu'elle est définie par la Constitution, a été respectée?

A l'heure présente, la plupart des auteurs reconnaissent au juge le droit de refuser l'application d'un traité ratifié ou approuvé en dérogation aux règles internes en matière d'autorisation parlementaire préalable et se fondent à cet égard sur le texte de la Constitution⁹².

⁹¹ CC ass. plén.: Arrêt du 11. 3. 1953 (Dalloz 1953, p. 297).

CA Paris: Arrêt *Dama Nguyen Hui Chau* du 20. 6. 1959 (JCP 1959, II, 11309).

CC civ.: Arrêt *Consorts Rueff contre Direction générale des Impôts* du 4. 4. 1960 (Bull. civ. 1960, III, p. 122).

Voir aussi AFDI 1960, p. 1098, note 19.

⁹² ROUSSEAU: *Droit international public*, p. 34.

BENOIST: *Le statut des ressortissants italiens et l'incidence des dispositions de la Constitution sur les traités*, GP 1951, II, pp. 26ss.

SAVATIER: *A propos des cartes de commerçant*, Dalloz 1953, chronique IV, p. 21.

Quant aux tribunaux, ils n'hésitent pas à contrôler la régularité formelle de la ratification ou de l'approbation et l'on peut citer de nombreux cas dans lesquels l'application du traité a été refusée parce qu'aucune ratification ou approbation n'était intervenue ou qu'elle était techniquement incorrecte⁸³. La question est moins claire, en revanche, en ce qui concerne le contrôle de la régularité matérielle des traités: le juge peut-il contrôler si les prescriptions constitutionnelles en matière d'élaboration interne des traités ont été respectées⁸⁴? Alors que, sous la III^e République, les tribunaux n'ont jamais donné effet à un traité ratifié en violation des règles de la Constitution relatives à l'approbation parlementaire⁸⁵, la jurisprudence d'après-guerre s'est montrée beaucoup plus timide. Citons, à cet égard, les conclusions prises par l'avocat général Blanchet dans la cause *Gambino contre Arcens*⁸⁶:

« Par le seul fait que l'accord a été ratifié par le Président de la République et publié au Journal officiel, sa validité ne saurait être contestée par l'autorité judiciaire. La régularité formelle de l'ordre donné suffit à le rendre obligatoire pour les tribunaux. »

Toutefois, dans le cas d'un accord en matière d'extradition conclu avec la Belgique par échange de lettres en date des 17 décembre 1946 et 10 janvier 1947, certaines cours d'appel ont refusé d'appliquer l'accord

R. PINTO: *La réglementation constitutionnelle de la conclusion des traités internationaux* Actualités juridiques 1954, p. 125.

JAQUET: pp. 545s.

A. CH. KISS: *Notes de jurisprudence française*, AFDI 1960, pp. 1031ss.

DEHAUSSEY: pp. 724/725.

L. CAVARÉ: *Le droit international public positif*, 2^e éd., Paris, 1961/62, II, pp. 78ss, pp. 137ss.

⁸³ CA Aix: Arrêt du 15. 12. 1954 (GP 1955, I, 114).

Trib. civ. Seine: Arrêt du 5. 11. 1955 (GP 1956, I, 45).

CE ass.: Arrêt du 16. 11. 1956 (Rec. 1956, p. 439).

CC soc.: Arrêt du 19. 6. 1956 (JCP 1956, II, 10828).

Trib. grande instance Seine: Jugement du 13. 10. 1959 (RCDIP 1961, p. 141).

CE ass.: Arrêt *Sit Navigator* du 13. 7. 1965 (JCP 1965, II, 14349).

⁸⁴ Voir Pinto: *Éléments de droit constitutionnel*, p. 442.

Le contrôle de la régularité des conventions internationales par les juridictions françaises, Etudes Mestre, Paris, 1956, pp. 437ss, p. 442.

BENOIST: JCP 1952, I, 992.

⁸⁵ CA DOUAI: Arrêt du 2. 3. 1926 (Clunet 1927, p. 119).

CA LYON: Arrêt du 30. 10. 1929 (Clunet, p. 656).

⁸⁶ CC civ.: Arrêt du 11. 3. 1953 (Dalloz 1953, p. 297).

parce que, modifiant une loi française, il aurait dû faire l'objet d'une approbation parlementaire⁸⁷.

Dans la jurisprudence plus récente, nous n'avons pas trouvé de décisions de tribunaux judiciaires dans lesquelles il était procédé au contrôle matériel d'un traité.

Quant au Conseil d'Etat, il s'est expressément prononcé sur la question dans un arrêt en date du 3 mars 1961⁸⁸. Saisi d'une demande en annulation du décret portant publication des traités instituant la C.E.E. et l'Euratom, qui était fondée sur l'argument selon lequel ces traités modifiaient la Constitution et auraient dû faire l'objet d'une procédure d'élaboration qualifiée, le Conseil rejeta la requête en déclarant qu'il ne lui appartenait pas « d'apprécier la régularité de la procédure suivie pour la ratification de traités internationaux ».

La jurisprudence paraît donc très mouvante encore, et il est difficile de prévoir l'orientation qu'elle prendra. Sa tendance semble être, toutefois, défavorable au contrôle matériel⁸⁹.

§ 4. Conditions de fond de la réglementation constitutionnelle: La clause de réciprocité

La nouvelle Constitution de 1958 ajoute aux conditions formelles mentionnées plus haut une importante condition de fond: l'article 55 précise que

« Les traités ou accords ratifiés 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. »

⁸⁷ CA Riom: Arrêt du 26. 1. 1950 (JCP 1951, II, 5946).

CA Rouen: Arrêt du 31. 10. 1950 (JCP 1951, II, 5946).

CA Paris: Arrêt du 28. 11. 1950 (RDP 1952, p. 1104).

CA Toulouse: Arrêt du 7. 6. 1951 (JCP 1951, II, 6487).

CA Colmar: Arrêt du 7. 5. 1953 (Dalloz 1953, p. 604).

Voir aussi Pinto: *Le contrôle de la régularité des conventions internationales par les juridictions françaises*, pp. 437 ss.

⁸⁸ PFLÖSCHNER: pp. 48 ss.

Arrêt *André et Société de Tissage N. Carmant* (Rec. 1961, p. 154; AFDI 1962, p. 931), Confirmé dans un arrêt *Deschamps* et autres du 17. 1. 1964 (Clunet 1965, p. 120).

⁸⁹ Voir Pinto: *Note*, Clunet 1965, p. 120.

F. DUMON: *Conflits entre les normes résultant des traités ayant institué les Communautés européennes et celles des droits nationaux des Etats membres*, RIDC 1965, pp. 21 ss, p. 31.

I. Les précédents

L'exigence de la réciprocité constitue certes une innovation d'importance par rapport au système antérieur. Elle trouve pourtant son origine dans certains précédents jurisprudentiels de la IV^e République.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un double arrêt *Ara-Arroyos* et *Bruni-Dlle Galtier* du 24 mars 1953¹⁰⁰, subordonna l'application privilégiée d'un traité d'établissement franco-espagnol de 1862 à l'application effective de celui-ci par l'Etat cocontractant. Cette exigence était formulée par le biais d'une requête d'interprétation officielle adressée au Ministère des Affaires Etrangères: la Cour demanda à l'exécutif de lui faire savoir s'il existait ou non une réciprocité de la part de l'Etat cocontractant; elle laissait entendre que, faute d'une telle réciprocité de fait, elle n'appliquerait pas le traité, nonobstant la garantie d'immédiateté et de primauté consacrée par l'article 26 de la Constitution de 1946.

Cette jurisprudence fut, en son temps, vivement critiquée par la doctrine¹⁰¹ qui dénonça en elle, à raison, une dérogation à la lettre de la Constitution, une usurpation abusive de compétences traditionnellement réservées à l'exécutif et, enfin, une limitation injustifiée apportée au principe constitutionnel de la primauté des traités.

Cette réaction ramena la jurisprudence à une attitude plus conforme à l'esprit de la Constitution de 1946, de sorte qu'à l'avènement de la Ve République l'exigence de la réciprocité était complètement abandonnée¹⁰².

¹⁰⁰ CC crim.: Arrêt du 24. 3. 1953 (Dalloz 1953, p. 365).

Même sens:

Trib. corr. Seine: Jugement du 31. 5. 1949 (Dalloz 1949, p. 420).

Trib. corr. Seine: Jugement du 12. 12. 1950 (GP 1951, I, 228).

¹⁰¹ SAVATIER: *A propos des cartes de commerçant*, Dalloz 1953, chronique IV, p. 25.

J. BROUCHOT: RCDIP 1953, p. 575.

BENOIST: *L'interprétation des traités diplomatiques par les tribunaux judiciaires*, JCP 1953, I, 1133.

WEILL et LEAUTÉ: JCP 1953, II, 7659.

SARRAUTE et TAGER: GP 1954, I, 26.

M. SIMON-DEPITRE: *L'activité professionnelle des étrangers en France*, Paris, 1955, p. 45.

JAQUET: pp. 196/197.

¹⁰² CC crim.: Arrêt *Dubreuil* du 3. 3. 1954 (Bull. crim. 1954, p. 174).

CC crim.: Arrêt *Hurtado* du 10. 3. 1955 (Bull. crim. 1955, p. 263).

CC crim.: Arrêt *Padilla* du 25. 7. 1956 (JCP 1956, II, 9519).

CC crim.: Arrêt *Sastella* du 25. 5. 1956 (Bull. crim. 1956, p. 718).

On peut donc s'étonner de voir revivre cette exigence dans le texte de la Constitution de 1958. Cette condition se comprend mieux si l'on se souvient que la Constitution de la Ve République est placée sous le signe de «l'indépendance nationale» et tend à sauvegarder l'autorité de la France au sein du concert des nations. La consécration expresse de la réciprocité, préalable à l'application interne des traités, s'explique donc comme un frein délibérément apporté au principe de la primauté, jugée dangereuse dans son automatisme pour l'intégrité nationale. L'exception «non adimpleti contractus» appliquée à tous les stades de la mise en œuvre des traités parut au constituant la meilleure garantie contre des partenaires récalcitrants et un utile moyen de pression à exercer le cas échéant.

II. La définition de la réciprocité

La notion de la réciprocité est en soi fort ambiguë. Réciprocité législative, diplomatique, trait pour trait: autant de sens différents que connaît le droit international. Ainsi, dans le domaine particulier des traités d'établissement, le principe de la réciprocité implique tantôt une simple assimilation de l'étranger au national, tantôt une égalité de traitement «trait pour trait»¹⁰³.

Le Comité consultatif constitutionnel (CCC) envisagea tout d'abord une réciprocité «législative»¹⁰⁴. Cette réciprocité devait consister, au sens du projet élaboré par le Comité, à subordonner l'application du principe constitutionnel de la primauté des traités à la condition que ce même principe soit proclamé par le droit public de l'Etat cocontractant. Ainsi les tribunaux français ne pourraient mettre en œuvre un traité de préférence à une loi interne contraire, conformément à la réglementation de l'article 55, que dans la mesure où il serait établi que le cosignataire fournit par sa réglementation constitutionnelle une garantie générale de même nature, applicable au traité en question. La réciprocité ne serait pas alors appréciée en fonction de chaque situation particulière, mais d'une façon globale.

¹⁰³ Voir P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Précis de droit international privé*, Paris, 1954, p. 204.

¹⁰⁴ Le CCC proposa le texte suivant: «Les traités régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois.»

«La disposition qui précède ne peut être opposée par les Etats étrangers qui ne respectent pas ce principe.»

Toutefois, le constituant s'est finalement rallié à une notion «spécifique» de réciprocité qui trouve son expression dans la formule: «sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie». Il s'agit ici, comme le relève M. NGUYEN QUOC DINH¹⁰⁶, d'une réciprocité dans l'exécution, une réciprocité de fait ne concernant strictement que la mise en œuvre du traité dont l'application est envisagée. Il importe donc peu que l'Etat cocontractant possède ou non, dans son système constitutionnel, une clause générale et abstraite énonçant la primauté des traités. Il faut et il suffit que les organes exécutifs, législatifs ou judiciaires de cet Etat se soient conformés à la lettre et à l'esprit du traité, qu'ils en aient assuré matériellement le respect. Il s'agit là d'une pure appréciation de fait: le traité en question a-t-il, oui ou non, été scrupuleusement appliqué par l'Etat cosignataire? Dans l'affirmative, l'article 55 déploie tous ses effets, et le juge est autorisé à l'appliquer immédiatement, nonobstant les lois internes contraires. Dans la négative, l'article 55 ne s'applique pas, et le juge est renvoyé aux principes traditionnels en matière d'exécution judiciaire des traités. L'exigence de la réciprocité «spécifique» constitue ainsi une application aux relations internationales de l'exception non adimpleti contractus du droit civil¹⁰⁶.

III. Portée et application de la clause de réciprocité

1. La clause de réciprocité est formulée à l'article 55 de la Constitution et ne concerne donc que la mise en œuvre des principes énoncés dans cette disposition. Or l'article 55 porte uniquement sur la question de la primauté des traités, alors que le principe de leur force obligatoire pour le juge est énoncée à l'article 54. Il s'ensuit que l'absence de réciprocité dans l'exécution d'un traité privera ce traité, devant le juge français, du bénéfice de la supériorité sur les normes internes, mais n'affectera pas l'immédiateté de son application. Ainsi, le traité qui ne sera pas exécuté par l'Etat cocontractant conservera néanmoins son caractère obligatoire interne et s'imposera au juge, avec force de

¹⁰⁶ p. 556.

¹⁰⁶ NGUYEN QUOC DINH: p. 557.

KISS: *Note de jurisprudence*, AFDI 1960, pp. 1031 ss.

«Exceptio non adimpleti contractus de caractère judiciaire» (Goldman, Clunet 1953, pp. 644 ss, à propos de l'arrêt *Bruni-Gallier*).

loi. Dès lors, le juge appliquera le traité, mais en cas de conflit avec une loi française contraire, l'opposition sera résolue selon le principe «lex posterior derogat priori». La norme la plus récente s'imposera, sous réserve toutefois de la présomption traditionnelle selon laquelle le législateur n'a pas voulu déroger à une obligation internationale. En d'autres termes, l'absence de réciprocité dans l'application d'un traité n'aura pas pour effet d'enlever à celui-ci toute validité dans l'ordre juridique français, mais le dégradera dans la hiérarchie au rang d'une loi ordinaire.

2. La clause de réciprocité, constituant une application particulière de l'exceptio non adimpleti contractus, doit être invoquée devant le juge par voie d'exception et n'est pas examinée d'office¹⁰⁷.
3. Le juge peut-il apprécier lui-même si un traité fait l'objet de la réciprocité d'application par l'Etat cocontractant? Cette solution qui aurait l'avantage de préserver l'indépendance des tribunaux est cependant impraticable. En effet, le juge n'est pas en mesure de vérifier si un traité est appliqué ou non dans un pays étranger, car il ne dispose pas des moyens d'information nécessaires. On imagine d'ailleurs aisément le trouble que provoquerait sur le plan des relations internationales des controverses surgissant entre différents tribunaux appréciant de façon contradictoire l'efficacité des mesures prises par un Etat étranger, en exécution de ses engagements envers la France. Un tribunal ne peut donc pas trancher de sa propre autorité la question de savoir si l'exigence de la réciprocité est réalisée ou non concernant les traités invoqués devant lui. Seul le Ministère des Affaires Etrangères est habilité à se prononcer sur cette question.

Aussi, lorsque les parties font valoir devant le juge l'exception de la non-réciprocité (il suffira à cet égard qu'elles fournissent des indices de la non-exécution du traité par l'Etat cocontractant¹⁰⁸), le tribunal sursoira à sa décision jusqu'à ce que le Ministère des Affaires Etrangères ait tranché la question. L'avis du gouvernement liera le juge et aura pour lui l'autorité d'une décision préjudicielle.

¹⁰⁷ CA Paris: Arrêt du 17. 3. 1960 (JCP 1960, II, 11609).

Voir aussi Kiss: AFDI 1960, pp. 1031 ss.

¹⁰⁸ Kiss: AFDI 1960, pp. 1034 ss.

IV. Appréciation de la clause de réciprocité

Le droit international connaît l'*exceptio non adimpleti contractus* et autorise dans certaines conditions un Etat à se libérer des obligations d'un traité, lorsqu'il constate que celui-ci n'est pas exécuté par l'Etat contractant. Cependant, le droit international subordonne ce dérogement à la formalité de l'acte contraire: l'Etat qui se croit autorisé à ne plus appliquer un traité, faute de réciprocité, doit le dénoncer. La dénonciation est, comme la ratification, un acte unilatéral émanant de l'exécutif (pour les traités, le Président de la République; pour les accords, le Premier Ministre) qui a pour effet de mettre fin à une obligation internationale et, par voie de conséquence, à ses effets internes.

Or l'article 55 institue, parallèlement à la dénonciation, une procédure purement interne de mise en œuvre de l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui suspend partiellement les effets d'un traité lors de son application par le juge, alors que sur le plan international l'obligation subsiste. Cette différenciation entre effets internes et effets internationaux n'est pas conforme au principe de la validité directe des normes internationales dans l'ordre interne. A notre avis, il eût été préférable de ne pas soulever la question de la réciprocité au niveau de l'application judiciaire et de s'en tenir au principe selon lequel le juge applique, sans distinction, tous les traités qui n'ont pas été dénoncés, en laissant l'exécutif seul apprécier s'il est opportun ou non d'invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus*, en vue de la dénonciation de tel ou tel traité en particulier¹⁰⁸.

Section III – La jurisprudence en matière d'application du principe de la primauté des traités

Il ne faut pas se méprendre sur la véritable portée de dispositions comme l'article 26 de la Constitution de 1946 ou l'article 55 de la Constitution de 1958. Elles ne sont pas, pour l'application du droit international, une garantie définitive, car le constituant, même s'il proclame l'immédiateté et la primauté des traités, ne les met pas complètement à l'abri des erreurs ou des réticences des organes internes chargés de les mettre en œuvre. Une réglementation de ce genre n'opère en somme qu'un

¹⁰⁸ Voir en ce sens PFLÖSCHNER : p. 205. Il est vrai qu'un certain correctif est apporté par le fait que le juge doit requérir l'avis de l'exécutif quant à l'existence de la réciprocité.

transfert de responsabilité des organes législatifs aux organes judiciaires. Au niveau de l'application judiciaire, tout danger de violation du droit international n'est donc pas écarté, puisqu'il demeure possible au juge interne de donner au traité, dont il est constitutionnellement chargé de réaliser la primauté, une interprétation partisane. Il aura d'autant plus tendance à interpréter le traité dans un sens favorable à l'intérêt national que de fortes pressions politiques s'exercent sur lui, émanant notamment du gouvernement. Le risque de violation du droit international ne sera pas écarté (même dans un système prévoyant la primauté), tant que ce seront les organes étatiques qui seront chargés de l'appliquer.

Après avoir examiné, dans les pages qui précèdent, l'énoncé constitutionnel de la primauté des traités, il importe donc à présent d'examiner dans quelle mesure la jurisprudence a réalisé cette injonction. Cette analyse nous permettra d'apprécier si, conformément aux nouveaux principes constitutionnels, les traités bénéficient effectivement, au stade de leur application, d'une suprématie par rapport à la loi, ou si, au contraire, le mécanisme judiciaire de la mise en œuvre y fait obstacle. Dans cette recherche, nous aurons à examiner deux catégories différentes de décisions: celles des tribunaux judiciaires et celles des tribunaux administratifs.

§ 1. *La jurisprudence judiciaire*

Comme nous l'avons relevé, le juge est encore influencé en France par le principe traditionnel de la souveraineté de la loi qui représente pour lui la norme suprême à respecter. Sans doute ne peut-il pas se soustraire ouvertement aux injonctions de la Constitution en matière de primauté des traités; cependant, animé par son ancien réflexe de soumission à la loi, le juge évite de devoir mettre en échec l'œuvre du législateur. Cette opposition latente entre de vieilles traditions judiciaires et la volonté du constituant ont conduit les tribunaux à des solutions parfois illogiques et, comme nous le verrons, relativement peu favorables à la véritable primauté des traités dans l'ordre interne.

I. La reconnaissance du principe de la primauté

La jurisprudence judiciaire a très généralement reconnu la compétence du juge d'appliquer les traités à l'encontre des lois internes con-

traires¹¹⁰. Dans de nombreux cas, elle mentionne expressément la réglementation constitutionnelle et reconnaît qu'elle consacre la primauté des traités au stade de leur application judiciaire. Il n'existe aucun arrêt à notre connaissance contestant que l'article 55 de la Constitution s'adresse en premier lieu au juge et lui impose l'obligation de préférer le traité à la loi française qui y déroge.

Cette jurisprudence favorable en principe à la primauté des traités s'est principalement manifestée dans le domaine de la condition des étrangers¹¹¹.

Ainsi, en ce qui concerne les réglementations en matière de fermage (ordonnance du 17 octobre 1945), de baux à loyer (loi du 1er septembre 1948) et de baux commerciaux (décret du 30 septembre 1953) qui excluaient les étrangers du bénéfice de leurs dispositions, la jurisprudence se fondant sur le principe «*lex specialis derogat generali*» a le plus souvent interprété la loi française comme «*réservant nécessairement le cas où l'étranger pouvait invoquer une convention internationale l'assimilant aux nationaux*»¹¹².

Les tribunaux ont aussi eu l'occasion de prendre position à propos de l'exercice par les étrangers d'une profession commerciale en France. Un décret du 12 novembre 1938, toujours en vigueur, prévoit que tout étranger qui veut ouvrir un commerce doit être en possession d'une «*carte de commerçant*» délivrée par les autorités administratives compétentes. A l'encontre de cette réglementation, les étrangers invoquent les conventions internationales en vigueur entre leur pays et la France (convention franco-espagnole de 1862, convention franco-suisse de 1882, conventions franco-italiennes de 1930 et de 1951, etc.). La jurisprudence, appelée à trancher, n'a pas toujours appliqué en fin de cause le traité, mais énonça à maintes reprises, à l'occasion de tels litiges, qu'en vertu de la Constitution le droit international conventionnel s'impose au juge

¹¹⁰ Voir AFDI 1961, p. 914; 1962, p. 937; 1963, p. 978.

¹¹¹ Voir notamment: PFLORSCHNER, pp. 111 - 168.

¹¹² CC civ.: Arrêt *Epoux Verbrigghe contre Dlle Bellet* du 11. 7. 1947 (JCP 1947, II, 3950).

CC civ.: Arrêt *Braun contre Thureau* du 28. 7. 1948 (JCP 1949, II, 4650).

CA Aix: Arrêt du 31. 10. 1951 (JCP 1951, IV, p. 183).

CA Paris: Arrêt du 11. 12. 1951 (GP 1951, II, Ve Bail No 597).

CA Paris: Arrêt du 6. 2. 1956 (Dalloz 1956, sommaire 78).

avec plus grande force que la loi interne et qu'en cas de conflit véritable la norme internationale devrait toujours prévaloir¹¹³.

Toutefois, comme nous le verrons plus loin, les tribunaux (notamment la Cour de cassation) hésitent à constater eux-mêmes l'existence d'un tel conflit et, surtout lorsqu'il s'agit du statut des étrangers, préfèrent s'en remettre à l'interprétation gouvernementale, cette interprétation étant généralement en faveur de l'application de la loi française¹¹⁴.

Dans d'autres secteurs encore, le principe constitutionnel de la primauté a été confirmé et mis en œuvre par les tribunaux, notamment dans le domaine du droit fiscal¹¹⁵, de la sécurité sociale¹¹⁶, du statut des troupes étrangères en France¹¹⁷, du droit de la guerre¹¹⁸, des compétences judiciaires¹¹⁹, des transports¹²⁰, du for¹²¹.

Enfin, dans le domaine du droit communautaire, rappelons ce qui a été dit plus haut, à savoir que les tribunaux tant judiciaires qu'administratifs reconnaissent que la Constitution leur impose l'obligation d'appliquer les dispositions des traités de communauté, dans la mesure où elles sont «self-executing», ainsi que les injonctions émanant des organes communautaires et de faire primer ces normes sur toute règle interne contraire. Mentionnons en ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 janvier 1963 rendu dans la cause *Société U.N.E.F. contre Etablissements Consten*, dans lequel la Cour déclare expressément que le droit des

¹¹³ Citons à titre d'exemple:

CA Paris: Arrêt *Vallès* du 1. 4. 1954 (Sirey 1955, II, 24).

CA Colmar: Arrêt *Pelaccia, Ruzzi et De Unfer* (RGDIP 1959, p. 88).

Trib. corr. de la Seine: Jugement *Ministère public contre Sciana et Soussan* du 27. 11. 1962 (RGDIP 1963, pp. 270/271).

¹¹⁴ CC crim.: Double arrêt *Ara-Arrayos* (GP 1953, I, 331, première espèce), et *Bruni et Dlle Galtier* (GP 1953, I, 331, deuxième espèce), du 24. 3. 1953.

CC crim.: Arrêt *Balseiro* du 26. 11. 1957 (Bull. crim. 1957, p. 1390).

¹¹⁵ CC civ.: Arrêt *Consorts Rueff contre Directeur général des Impôts* du 4. 4. 1960 (Bull. civ. 1960, III, 122).

¹¹⁶ CC civ.: Arrêt *Caisse primaire de Sécurité sociale de la région parisienne contre De Klaiiss* du 28. 3. 1962 (Bull. civ. 1962, II, 250).

¹¹⁷ Trib. corr. Corbeil: Jugement *Auchison-Wittry* du 5. 4. 1954 (RGDIP 1954, p. 602).

¹¹⁸ CC crim.: Arrêt *Allgaier* du 29. 6. 1954 (JCP 1954, IV, 119).

¹¹⁹ CC crim.: Arrêt *Cadiuzi et autres* du 18. 11. 1958 (Bull. crim. 1958, No 677, p. 1211).

¹²⁰ CC crim.: Arrêt *Boisseau-Lotz* du 20. 1. 1959 (Bull. crim. 1959, No 52, p. 96).

¹²¹ CC civ.: Arrêt *Flor contre Société Jaeger et Becker* (Bull. civ. 1960, I, 454).

Communautés européennes a le pas sur les lois françaises en raison des dispositions formelles des constitutions de 1946 et de 1958¹²².

Au vu de ces différents arrêts, on peut constater que le juge français ne met pas en doute le principe de la primauté et se reconnaît la compétence de faire prévaloir le traité sur les lois françaises contraires, même plus récentes en date. A notre connaissance, il n'y a pas d'exemple d'un tribunal qui aurait expressément contesté sa compétence de mettre en œuvre l'injonction constitutionnelle et qui, ayant constaté une contradiction irréductible entre un traité en vigueur et une loi interne, aurait appliqué cette dernière de préférence aux dispositions du traité. Toutefois il n'a pas suffi que le juge admette le principe de la primauté pour que celui-ci soit effectivement réalisé. L'étude de la jurisprudence révèle que le juge français éprouve toujours, malgré les termes explicites de la réglementation constitutionnelle, de grandes hésitations à mettre en échec l'œuvre du législateur national.

II. Les résistances jurisprudentielles

Nous avons vu que le juge français se reconnaît en principe la compétence de mettre en œuvre l'injonction constitutionnelle de la primauté des traités et qu'à maintes reprises il a réaffirmé que les traités régulièrement publiés et ratifiés devaient être préférés aux normes internes contraires. Mais force est aussi de constater que lorsqu'un cas de conflit de normes se présente en pratique, les tribunaux éprouvent une véritable répugnance à désavouer le législateur en mettant en œuvre le traité à l'encontre d'une loi en vigueur. Elevé dans le respect de la souveraineté de la loi, pénétré de l'idée qu'il est le serviteur fidèle du législateur, le juge ne s'est pas encore adapté à l'évolution du droit dans ce domaine et ne veut pas assumer lui-même la tâche ingrate de procéder au contrôle des lois, sous quelque forme que ce soit. Alors que le droit public français lui a toujours interdit et lui interdit encore de vérifier la

¹²² CA Paris: Arrêt *Société U.N.E.F. contre Etablissements Consten* du 26. 1. 1963 (Clunet 1963, pp. 728ss, p. 736; note Goldman).

Voir aussi:

CE: Arrêt *S.N.C.F. contre Ministère des Travaux publics et des Transports* du 22. 12. 1961 (Rec. 1961, p. 739).

CC crim.: Arrêt *Riff* du 19. 2. 1964 (Clunet 1965, pp. 85ss, note Jeantet; RDP 1964, pp. 885, 890). Arrêt *Nicolas et Société Brandt* du 22. 10. 1964 (Clunet 1965, pp. 905s, note Jeantet).

constitutionnalité des lois, il n'a pas pu se faire à l'idée que la Constitution lui impose précisément un contrôle de ce genre dans le domaine des relations internationales.

L'on ne s'étonnera donc pas de constater qu'aujourd'hui encore le juge éprouve de grandes réticences à se départir des anciennes traditions. Mis en présence d'un véritable conflit de normes que la Constitution lui commande de trancher en faveur des traités, il cherchera à éviter le dilemme; il fuira sa responsabilité. Plutôt que d'écarter une loi en vigueur, comme la Constitution le lui commande, il aura tendance à nier la contradiction, souvent contre l'évidence, ou il se départira en faveur d'autres autorités de la responsabilité de choisir. Cette résistance sourde de la jurisprudence a pris essentiellement deux formes, à savoir :

1. L'interprétation restrictive des traités:
2. Le recours à l'interprétation gouvernementale.

Nous les examinerons tour à tour.

A. L'interprétation restrictive des traités

Il est généralement admis en doctrine et en jurisprudence que le juge doit s'efforcer, dans toute la mesure du possible, de concilier par voie d'interprétation les traités et les lois internes. Alors que dans la plupart des pays européens, les tribunaux tentent cette conciliation en présumant que le législateur n'entendait pas mettre en échec un traité en vigueur et en interprétant restrictivement la loi, les tribunaux français ont de plus en plus tendance au contraire à interpréter restrictivement le traité¹²⁹. Le conflit entre traité et loi, même s'il est manifeste, est simplement nié, au nom d'une sorte de présomption en faveur de la norme interne, et l'application du traité est indirectement mise en échec. Ce phénomène se constate chaque fois que le traité met en jeu des intérêts économiques ou politiques déterminants et que le juge estime qu'il ne lui appartient pas de compromettre, sur le plan juridique, l'action délibérée du Parlement ou du gouvernement.

¹²⁹ Citons notamment: CC civ.: Arrêt *Procureur de la République Metz contre De Steinfels* du 30. 4. 1959 (Bull. civ. 1959, No 6, p. 5).

CC civ.: Arrêt *Société « Aux Editions de Minuit » contre Société Entreprise Graphique « O Cruzeiro »* du 5. 5. 1959 (Dalloz 1959, p. 221).

Cette tendance à l'interprétation abusivement restrictive du traité s'est surtout manifestée dans le domaine de la condition des étrangers. Evoquons à cet égard le conflit célèbre entre la Convention franco-espagnole d'établissement de 1862 et deux décrets-lois de 1938.

L'article 1 de la Convention prévoit que «les sujets des deux pays peuvent ... exercer toute espèce d'industrie, faire le commerce tant en gros qu'en détail ...», avec comme seule restriction de se conformer aux conditions légales qui s'imposent aux nationaux.

A l'encontre de la Convention, les décrets-lois des 17 juin et 11 novembre 1938 subordonnent l'exercice d'un commerce pour tout étranger à la possession d'une carte de commerçant.

Alors que la grande majorité de la doctrine était de l'avis que les décrets étaient manifestement en contradiction avec les dispositions de la Convention et qu'en application de celle-ci les Espagnols devaient être dispensés de la carte¹²⁴, une partie de la jurisprudence interpréta restrictivement la Convention de façon à pouvoir appliquer les décrets aux Espagnols et leur imposer la possession de la carte.

Un exemple caractéristique de cette jurisprudence est celui d'un arrêt «*Coll contre Ministère Public*» de la Cour de Paris, du 29 janvier 1951¹²⁵. Aux termes de cet arrêt, les décrets de 1938 n'auraient pas pour but de limiter les droits des étrangers d'exercer une profession en France. Ils auraient le caractère de simples «lois de police» destinées à organiser rationnellement la vie économique. Ces règles seraient d'ordre public interne; la France ne pouvant, par voie de traité, limiter sa souveraineté dans le domaine de la police interne, la Convention de 1862 ne saurait donc être interprétée comme impliquant une telle limitation. La Cour maintint en conséquence l'exigence de la carte de commerçant pour les Espagnols, nonobstant les dispositions contraires de la Convention¹²⁶.

¹²⁴ CHAVRIER: *Note Dalloz* 1952, p. 801.

CH. FREYRIA: *Note RCDIP* 1952, p. 475.

GOLDMAN: *Note Clunet* 1953, p. 645.

SAVATIER: *A propos des cartes de commerçant*, *Dalloz* 1953, chronique IV, p. 21.

WEIL et LÉAUTE: *JCP* 1953, II, 7659.

PFLOESCHNER: pp. 152 ss.

¹²⁵ *JCP* 1952, II, 7056, première espèce.

¹²⁶ Relevons toutefois une nombreuse jurisprudence en sens contraire qui préfère la Convention aux décrets et dispense les Espagnols de la carte:

(*suite* p. 143)

La tendance à interpréter restrictivement les traités s'est particulièrement manifestée ces temps derniers dans le domaine de la mise en œuvre du droit communautaire, et notamment en ce qui concerne l'application de l'article 177 du Traité de Rome.

L'article 177 énonce que la Cour de Justice de la Communauté est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation à donner au Traité et aux actes pris par les institutions de la C.E.E. Les juridictions des Etats membres devant lesquelles une telle question d'interprétation est soulevée peuvent en saisir la Cour de Justice et, s'il s'agit de juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, elles y sont tenues.

La doctrine n'hésite pas à admettre que l'article 177 lie, en tout état de cause, le juge français de dernière instance et que celui-ci doit surseoir à statuer et saisir la Cour de Justice de toute question d'interprétation relative au droit communautaire, dès qu'une partie au procès la soulève¹²⁷.

Quant à la jurisprudence, elle se montre beaucoup plus réservée et paraît vouloir restreindre le plus possible l'application de l'article 177.

C'est ainsi que la Cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt rendu en date du 9 mai 1963, dans la cause Nicolas contre Société Brandt et autres¹²⁸ reconnut expressément que la Cour de Justice de Luxembourg avait seule la compétence d'interpréter le droit communautaire, mais refusa néanmoins de surseoir à statuer, en faisant valoir que, dans le cas d'espèce, il ne s'agissait pas d'interpréter une norme de la C.E.E., mais uniquement d'examiner s'il y avait un conflit entre une règle communautaire claire et une disposition interne française, question relevant exclusivement de l'appréciation du juge interne.

¹²⁶ (suite)

CA Lyon: Arrêt du 16. 2. 1952 (JCP 1952, II, 6996).

CA Riom: Arrêt du 11. 12. 1952 (Dalloz 1953, p. 123).

CA Colmar: Arrêt du 7. 11. 1958 (RCDIP 1959, p. 88).

Quant à la Cour de cassation, elle refuse d'interpréter la Convention et, comme nous le verrons plus loin, s'en remet à l'interprétation officielle du gouvernement.

¹²⁷ CHEVALIER: pp. 646 ss.

PÉPY: pp. 695 ss.

F. BATAILLER: *Le juge interne et le droit communautaire*, AFDI 1963, pp. 735 ss, p. 761.

GOLDMAN: *Note Clunet* 1964, pp. 93 ss.

J. DE SOTO: *Note Clunet* 1964, pp. 794 ss.

F. CH. JEANTET: *L'arrêt «Albatros»*, JCP 1965, I, 1907.

¹²⁸ JCP 1963, II, 13222; *Clunet* 1964, pp. 93 ss, note GOLDMAN.

La Cour de cassation paraît vouloir faire sienne cette interprétation restrictive de l'article 177, car dans un arrêt rendu en date du 22 octobre 1964¹²⁹ elle a expressément confirmé la décision de la Cour d'Amiens.

Cette jurisprudence était d'ailleurs annoncée par un arrêt en date du 19 février 1964, dans la cause «*Riff*»¹³⁰; la Chambre criminelle ayant à se prononcer sur la compatibilité de la législation française en matière de transports avec l'article 80 du Traité de Rome nia, de sa propre autorité, l'existence d'un conflit et justifia son refus d'en référer à la Cour de Justice de la Communauté en affirmant que, selon l'article 177 du Traité, cette Cour était compétente en ce qui concerne l'interprétation des dispositions obscures de la législation communautaire, mais non pour trancher des conflits entre cette législation et le droit interne.

Le Conseil d'Etat a fait preuve des mêmes réticences à l'égard de l'article 177 du Traité de Rome dans un arrêt en date du 19 juin 1964¹³¹. Ici encore il s'agissait de savoir si le droit interne français, en l'espèce un décret et un arrêté ministériels fixant les obligations des importateurs de pétrole, était compatible avec certaines dispositions du Traité instituant la C.E.E. (notamment l'article 7). Les parties requérantes demandaient au Conseil d'Etat de surseoir à statuer pour obtenir l'interprétation de la Cour de Luxembourg. Le Conseil d'Etat admit expressément qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution il était tenu d'appliquer l'article 177, mais releva que selon cette disposition il n'y avait lieu de surseoir à statuer que si une «question» relative à l'interprétation du Traité était «soulèvee» devant lui. Le Conseil jugea que ces conditions n'étaient remplies que s'il y avait «doute» sur la portée d'une disposition et si l'issue du litige dépendait de la solution qui était donnée à cette question.

Dans le cas d'espèce, et nonobstant le fait que les requérants avaient bien soulevé la question de l'interprétation de dispositions du Traité, le Conseil d'Etat admit que ces dispositions étaient «claires», et qu'il n'y avait dès lors pas lieu de renvoyer pour interprétation.

¹²⁹ Clunet 1965, pp. 90 ss.

¹³⁰ Clunet 1965, pp. 86 ss; RDP 1964, pp. 886 et 900.

¹³¹ Arrêt d'assemblée dans la cause *Société des Pétroles Shell-Berre et autres* (Clunet 1964, pp. 794 ss, note J. DE SOTO; Revue du Marché Commun 1964, pp. 491 ss; NJW 1964, p. 2338).

Voir aussi: RDP 1964, p. 1019, avec conclusions de Mme Questiaux.

Confrontant alors le Traité de la C.E.E. et les dispositions internes, il conclut à l'absence de conflit entre ces deux catégories de normes.

Quant aux tribunaux inférieurs, qui ont la possibilité mais non l'obligation d'en référer à la Cour de Luxembourg, ils ne paraissent pas empressés de faire usage de cette faculté¹³².

L'interprétation restrictive de l'article 177 a été vivement critiquée par la doctrine¹³³: les auteurs relèvent qu'il ressort très clairement de la disposition dont il s'agit que ce n'est pas au juge national d'apprécier si une règle communautaire est claire ou non, mais que le tribunal interne de dernière instance doit automatiquement saisir la Cour de Justice de Luxembourg dès que la question d'interprétation est «souvée» par une partie. Il a été souligné en outre qu'on ne pouvait pas trancher un conflit entre deux normes sans établir au préalable la portée de chacune d'elles, c'est-à-dire sans procéder à leur interprétation.

La jurisprudence française concernant la portée de l'article 177 est d'ailleurs en contradiction avec l'interprétation que la Cour de Justice des Communautés donne de cette disposition. Nous nous référons à cet égard aux arrêts rendus le 15 juillet 1964 dans la cause *Costa contre ENEL*¹³⁴ et le 4 février 1965 dans la cause *Albatros contre S.O.P.E.C.O.*¹³⁵.

Il est encore trop tôt pour savoir si les tribunaux français s'en tiendront à cette interprétation qui risque de compromettre gravement la mise en œuvre du droit communautaire, ou s'ils seront sensibles aux arguments de la doctrine et aux injonctions émanant des autorités européennes.

Relevons toutefois que dans d'autres domaines la jurisprudence a été plus favorable à la mise en œuvre des traités, et qu'elle a souvent présumé que la loi française réservait nécessairement l'application des accords internationaux en vigueur. Tel est notamment le cas, comme nous l'avons vu plus haut, en ce qui concerne le statut du fermage, la législation sur

¹³² Trib. com. Seine: Arrêt du 8. 3. 1965 (JCP 1965, II, 14208).

¹³³ BATAILLER: p. 761.

R. M. CHEVALIER/G. RASQUIN: *De quelques problèmes soulevés par l'application du droit communautaire en droit interne*, Revue du Marché Commun 1964, pp. 489 ss, p. 491.

GOLDMAN: *Note Clunet* 1964, pp. 93 ss.

JEANTET: *Note de jurisprudence* (Clunet 1965, pp. 86 ss).

¹³⁴ Arrêt 6/64, Recueil de la Jurisprudence de la Cour, vol. X, pp. 1141 ss; Revue du Marché Commun 1964, pp. 494/495; NJW 1964, p. 2371.

¹³⁵ Arrêt 20/64, Recueil de la Jurisprudence de la Cour, vol. XI, p. 3.

les baux de locaux d'habitation et à usage professionnel et la législation sur les baux commerciaux¹⁸⁶.

B. Le recours à l'interprétation gouvernementale des traités

Si, comme nous venons de le voir, les tribunaux français ont tendance à interpréter restrictivement les accords internationaux afin de sauvegarder l'application de la loi interne, leur réticence à mettre en œuvre le principe constitutionnel de la primauté des traités s'est manifestée, au cours de ces dernières années, sous une autre forme encore. Mis en présence d'un conflit entre un traité et une loi, le juge, plutôt que d'interpréter lui-même le traité, est de plus en plus enclin à s'en remettre à l'appréciation du gouvernement. Il est vrai que le recours à l'interprétation gouvernementale des traités n'est pas un phénomène nouveau dans la jurisprudence française et que les tribunaux ont toujours distingué, comme nous le verrons, entre les dispositions des traités qu'ils étaient en droit d'interpréter et celles pour lesquels l'avis du gouvernement devait être requis. Toutefois, il est frappant de constater qu'au cours des dernières années le juge restreint toujours davantage le domaine où il s'estime compétent en l'espèce et qu'il va jusqu'à considérer que l'interprétation des traités est du ressort exclusif de l'exécutif.

Cette évolution peut avoir de graves conséquences quant à la mise en œuvre du droit international. En effet, si l'avis gouvernemental lie le juge lors de l'application de tout accord international, il s'ensuit une véritable substitution de compétence qui fait perdre à l'autorité judiciaire le contrôle de la primauté des traités. L'exécutif détient alors le pouvoir d'apprécier librement la portée d'un traité et peut, au moyen d'une interprétation tendancieuse et au gré de l'opportunité politique de l'heure, imposer au juge la mise en œuvre de la loi contraire.

La distinction traditionnelle entre dispositions de droit public et de droit privé

La jurisprudence française reconnut très tôt que son pouvoir d'interpréter les traités comportait des limites. Craignant sans doute de

¹⁸⁶ CC civ. : Arrêt *Epoux Verbrigghe contre Dlle Bellart* du 11. 7. 1947 (JCP 1947, II, 3950).

CC civ. : Arrêt *Dayras contre Grigor* du 10. 2. 1955 (JCP 1955, II, 8640).

CA Paris : Arrêt *Dame Rollin contre St-Léger Rasson* du 22. 5. 1950 (JCP 1950, II, 106).

CA Nancy : Arrêt *Consorts François-Ruoyer contre Consorts Waxweiler* du 4. 10. 1961 (RGDIP 1962, p. 55).

compromettre par une appréciation erronée la conduite des relations extérieures, elle préféra s'en remettre, dans les domaines où les relations internationales sont en cause, à la décision de l'exécutif. Les tribunaux eurent pourtant beaucoup de peine à dégager un critère de distinction entre les normes qu'ils pouvaient interpréter et celles où l'avis du gouvernement devait être requis. Au début du XIXe siècle déjà, la Cour de cassation consacrait une distinction devenue classique par la suite entre litiges d'intérêt public et litiges d'intérêt privé¹³⁷. Quant aux premiers, le juge serait lié par l'interprétation du gouvernement; quant aux seconds, par contre, ses compétences demeureraient entières. Par la suite, la formule se modifia légèrement et l'on distingua entre dispositions d'intérêt privé contenues dans un traité (par exemple celles concernant les transports de marchandises, l'organisation du travail, la détermination de droits privés reconnus aux étrangers, la propriété intellectuelle) et les dispositions d'intérêt public (notamment les clauses d'extradition, les clauses portant sur les réquisitions, les délimitations de territoires, les immunités consulaires, le droit de la guerre, les conventions d'armistice)¹³⁸.

Aucun de ces critères n'est vraiment satisfaisant, car ils instituent une délimitation arbitraire entre deux catégories de normes qui, dans la réalité, se confondent souvent. En effet, toute disposition contenue dans un traité a une incidence d'ordre public du simple fait que sa violation entraîne la responsabilité de l'Etat; de même toute règle internationale de caractère public comporte des effets pour les particuliers.

On peut encore dire que les tribunaux judiciaires ne sont jamais saisis que de litiges d'intérêt privé et, d'autre part, que chaque traité relève par lui-même du droit public. M. BATIFFOL¹³⁹ définit la formule comme un «standard souple», variable selon les circonstances. Cette imprécision apparaît d'ailleurs dans la terminologie employée par les tribunaux qui utilisent, tour à tour, les termes «litiges d'intérêt public ou privé», «traités de droit public ou privé», «clauses d'intérêt public

¹³⁷ SIREY 1839, I, 577.

¹³⁸ Voir sur l'objet de la distinction:

J. BASDEVANT: *Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques*, RCDIP 1949, pp. 413 ss.

J. BENOIST: *L'interprétation des traités d'après la jurisprudence française*, Revue hellénique de droit international 1953, pp. 103 ss.

M. ANCEL: *Note JCP 1963, II, 13270*.

¹³⁹ BATIFFOL: *Traité*, p. 39.

ou privé», «conflits», «matières», pour situer cette ligne de démarcation flottante¹⁴⁰. C'est dire qu'en fait il n'y a pas de critère universel, mais que souvent la jurisprudence interprète ou se désiste, selon les circonstances extrajuridiques de la cause.

La question prit, entre les deux guerres, un relief particulier à propos de la législation française sur les loyers. Le Ministre des Affaires Etrangères entendit imposer aux tribunaux, dans ce domaine où seuls des intérêts privés étaient en cause, sa propre interprétation des traités d'établissement franco-suisse et franco-britannique. Contestant la valeur de l'ancien critère, il soutint que l'interprétation gouvernementale faisait automatiquement corps avec le texte des conventions et s'imposait en tout état de cause aux juges¹⁴¹. Ce point de vue fut vivement critiqué par la doctrine qui refusa de reconnaître à l'interprétation unilatérale du gouvernement une force semblable à celle du traité lui-même.

Quant à la jurisprudence, elle continua à interpréter les dispositions d'intérêt privé contenues dans les traités en cause et contesta, dans ce domaine, tout caractère impératif à l'avis gouvernemental. Cependant, dans les matières d'intérêt public, fidèle à la distinction traditionnelle, elle admit le caractère obligatoire de l'avis gouvernemental, dans la mesure du moins où l'ambiguïté du traité rendait une interprétation nécessaire. Elle se réservait en outre le droit d'apprécier souverainement si une telle ambiguïté existait, ce qui en soi représentait déjà une forme d'interprétation. L'élément de doute admis, le tribunal recourait alors à l'avis de l'exécutif qui, une fois exprimé, faisait corps avec le traité¹⁴².

La solution était donc très nette, et le juge se réservait un large domaine d'appréciation à l'intérieur duquel il ne tolérait aucune intervention émanant d'un autre organe étatique. Sous l'empire de la Constitution de 1946, la Cour de cassation, dans un arrêt, toutes chambres réunies, *Consorts Friedmann contre Ministère Public* du 27 avril 1950¹⁴³, confirma le

¹⁴⁰ M. CHRÉTIEN: *L'application et l'interprétation des clauses fiscales des traités internationaux par les tribunaux français*, RCDIP 1951, pp. 41 ss, p. 49.

¹⁴¹ Voir M. SIBERT: *Traité de droit international public*, Paris, 1951, pp. 309 ss.

¹⁴² CC civ.: Arrêt Sanchez du 22. 12. 1931, avec les conclusions du Procureur général Matter (Sirey 1932, I, 257).

¹⁴³ JCP 1950, II, 5660.

principe traditionnel et réaffirma la compétence judiciaire d'interpréter les dispositions d'intérêt privé.

La chambre civile de la Cour de cassation est restée jusqu'à présent fidèle à ce principe; elle continue à appliquer la distinction entre les dispositions d'intérêt public et privé et se reconnaît le droit d'interpréter ces dernières librement. Elle a confirmé cette attitude au cours des dernières années dans de nombreux arrêts¹⁴⁴. Toutefois, lorsqu'un traité a reçu une interprétation officielle de la part du gouvernement, et même si cette interprétation porte sur des dispositions qui ne sont pas d'intérêt public, les tribunaux s'estiment liés par elle¹⁴⁵.

L'évolution récente de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cependant, au cours des dernières années, une évolution s'est dessinée : la Chambre criminelle de la Cour de cassation, abandonnant la distinction traditionnelle suivie par la Chambre civile, applique une formule nouvelle selon laquelle «... les conventions internationales sont des actes de haute administration qui ne peuvent être interprétés, s'il y a lieu, que par les puissances entre lesquelles elles sont intervenues ...» et «... que s'agissant de l'interprétation des conventions diplomatiques, la juridiction saisie est nécessairement astreinte soit à se conformer à l'interprétation officielle, soit à surseoir à statuer si celle-ci n'est pas produite ...» Cette nouvelle jurisprudence a été consacrée pour la première fois dans un

¹⁴⁴ CC civ.: Arrêt *Epoux Korvino Larrat* du 4. 5. 1956 (JCP 1956, II, 9581).

CC civ.: Arrêt *S.N.C.F. contre Di Giuseppe* du 15. 5. 1957 (Bull. civ. 1957, III, No 155, p. 134).

CC civ.: Arrêt *Moss contre Procureur général* du 22. 3. 1960 (JCP 1961, II, 11936).

CC civ.: Arrêt *Administration des Domaines contre Epoux Widman* du 5. 11. 1962 (Bull. civ. 1962, I, pp. 393/394).

CC civ.: Arrêt *Receveur-Percepteur du 5e arrondissement de Paris contre Chassagne* du 19. 3. 1963 (JCP 1963, II, 13270):

«Attendu qu'il appartient aux tribunaux judiciaires d'interpréter les traités diplomatiques, sauf lorsque les dispositions soumises à leur interprétation mettent en jeu des questions de droit public international ...»

¹⁴⁵ Trib. grande instance Seine: Jugement *Association des porteurs français de scripts lombards contre Etat italien et Comité des obligataires de la Cie des Chemins de fer Danube-Save-Adriatique* du 24. 5. 1961 (GP 1961, II, 37) et arrêt confirmatif de la CA Paris du 11. 12. 1962 (JCP 1963, II, 13167).

Trib. grande instance Seine: Jugement *Gavilloux contre Dlle H ...* du 29. 3. 1960 (JCP 1961, II, 12161).

double arrêt du 24 mars 1953¹⁴⁶, par lequel la Cour cassa les arrêts de la Cour de Paris, dans la cause «*Ara-Arroyos*», et de la Cour de Riom, dans la cause «*Bruni et Delle Galtier*», et instruisit les cours de renvoi de requérir l'interprétation gouvernementale des traités invoqués.

Il n'est plus question d'une répartition des compétences dans l'interprétation entre le judiciaire et l'exécutif. La Chambre criminelle est formelle: le juge, chaque fois qu'il y a doute sur le sens d'un traité, doit requérir l'avis gouvernemental; il n'est plus désormais habilité à interpréter lui-même les clauses, même d'intérêt privé, contenues dans un traité.

On aurait pu croire que l'arrêt *Ara-Arroyos* demeurerait isolé, mais la Chambre criminelle persista dans son attitude et réaffirma dans une longue série d'arrêts, concernant surtout l'application de la Convention franco-espagnole de 1862, que le juge n'était en aucun cas habilité à interpréter les dispositions d'un traité¹⁴⁷.

La Chambre criminelle, tout en imposant l'interprétation gouvernementale, s'est montrée sévère cependant quant à la forme dans laquelle cette interprétation doit être fournie. Pour éviter que les juges soient liés par des avis émanant d'autorités administratives inférieures, la Cour exige que cette interprétation émane du Ministre des Affaires Etrangères lui-même et qu'elle soit dûment publiée dans le Journal officiel¹⁴⁸. Quant à savoir qui doit provoquer l'interprétation gouvernementale, cette tâche revient normalement au tribunal saisi. Cependant, la Cour de cassation a admis, dans un arrêt *Moraldo contre Caisse régionale d'assurance-vieillesse* du 24 janvier 1962¹⁴⁹, qu'un tribunal peut surseoir à statuer et laisser à la partie la plus diligente le soin de requérir l'interprétation officielle.

¹⁴⁶ JCP 1953, II, 7659; GP 1953, I, 331; RCDIP 1953, p. 573.

¹⁴⁷ CC crim.: Arrêts *Dame Dubreuil* du 3. 3. 1954 (Bull. crim. 1954, p. 171),
Hurtado du 10. 3. 1955 (RCDIP 1956, p. 48),

Padilla du 25. 7. 1956 (JCP 1956, II, 9519),

Garcia du 5. 7. 1957 (Bull. crim. 1957, No 362, p. 654),

Czuk et Czuk du 28. 7. 1958 (Bull. crim. 1958, No 582, p. 1025),

Procureur général Poitiers contre Juan du 2. 1. 1959 (Bull. crim. 1959, No 5, p. 7),

Aschbacher et Lertola du 22. 1. 1963 (RDP 1963, p. 1230),

¹⁴⁸ CC crim.: Arrêt *Padilla* du 25. 7. 1956 (JCP 1956, II, 9519).

Voir LERBOURS-PIGEONNIÈRE: *Droit international privé*, p. 44.

¹⁴⁹ Bull. civ. 1962, II, pp. 75/76.

Or, il s'avère que l'interprétation gouvernementale, dictée par des considérations d'opportunité, va souvent à l'encontre de l'application du traité. Ainsi, à la suite de l'arrêt *Ara-Arroyos*, le gouvernement, dont l'interprétation était requise, déclara que la Convention franco-espagnole de 1862 ne dispensait pas les Espagnols de la possession de la carte de commerçant et qu'en tout état de cause, les décrets de 1938 restaient en vigueur¹⁵⁰. Les tribunaux, liés par cet avis, durent donc appliquer la réglementation interne et écartèrent le traité.

La doctrine condamne cette jurisprudence restrictive et affirme qu'elle constitue une entorse au principe de la séparation des pouvoirs ¹⁵¹.

Par ailleurs, les tribunaux qui admettent encore leur compétence d'interpréter les dispositions d'intérêt privé d'un traité ont tendance, depuis 1946, à réduire le domaine des dispositions entrant dans cette catégorie et soumettent de plus en plus de matières à l'appréciation du gouvernement¹⁵². En ce sens la Cour de cassation, dans un arrêt toutes chambres réunies rendu dans la cause *Friedmann contre Ministère public*¹⁵³, requit l'interprétation gouvernementale d'une clause relative à la nationalité, alors que les tribunaux s'étaient toujours estimés compétents en ce domaine¹⁵⁴. Ce resserrement des compétences judiciaires touche encore le domaine des dispositions fiscales (CC civ. 2. 2. 1954, JCP 1954, II, 8174), de la législation du travail (CC civ. 28. 3. 1962, Bull. civ. 1962, II, p. 250) et de la sécurité sociale (CC civ. 24. 1. 1962, Bull. civ., II, pp. 75/76). De façon générale, la jurisprudence tend à admettre qu'il y a disposition d'intérêt public chaque fois qu'en fait le Ministère des

¹⁵⁰ Lettre du Ministère des Affaires Etrangères en date du 15. 4. 1957, publiée au Journal officiel le 25. 5. 1957. Voir au surplus PFLÖESCHNER: pp. 164 ss.

¹⁵¹ BENOIST: JCP 1953, I, 1133.

BROUCHOT: RDCIP 1953, p. 575.

SIMON-DEFFITRE, pp. 41 ss.

BATIFFOL: *Traité*, pp. 44/45.

ANCEL: JCP 1963, II, 13270.

¹⁵² Voir, concernant cette restriction progressive:

SARRAUTE et TAGER: GP 1954, I, pp. 27 ss.

ANCEL: JCP 1963, II, 13270.

¹⁵³ Dalloz 1950, p. 379.

¹⁵⁴ Il est vrai que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Moss contre Procureur général* du 22. 3. 1960 (Bull. civ. 1960, I, No 173, p. 139), s'est à nouveau déclarée compétente en ce domaine.

Affaires Etrangères a pris position, par voie d'interprétation officielle; elle laisse ainsi à l'exécutif le soin de décider la limite des compétences judiciaires en matière d'interprétation¹⁵⁵.

Il est intéressant de remarquer que cette réduction des compétences du juge coïncide avec la consécration constitutionnelle de la primauté des traités. On a le sentiment que les tribunaux, simples organes d'application, reculent devant les nouvelles responsabilités en matière d'application des traités que la Constitution leur a imparties, et qu'en conséquence ils cherchent à s'abriter derrière le paravent de l'interprétation gouvernementale. Ceci illustre la constatation de M. PAUL DE VISSCHER qu'il ne suffit pas que la Constitution énonce la primauté pour que la technique du contrôle juridictionnel puisse automatiquement assurer cette primauté¹⁵⁶. Il faut encore que ce contrôle soit constitutionnellement organisé ou du moins que la liberté du juge d'interpréter les traités soit expressément affirmée.

§ 2. *La jurisprudence administrative*¹⁵⁷

1. Le Conseil d'Etat, dans une jurisprudence constante, a exclu de son contrôle les actes dits de gouvernement, c'est-à-dire ceux qui revêtent un caractère de haute administration. Dans ce domaine particulier, le Conseil laisse à l'exécutif tout le poids de ses responsabilités. Parmi ces actes figurent tous ceux qui mettent en cause les rapports du gouvernement français avec une puissance étrangère, et notamment les traités internationaux¹⁵⁸. Le Conseil d'Etat se refuse ainsi à examiner la

¹⁵⁵ Voir BATHIFOL: *Note RCDIP* 1956, p. 66.

ANGEL: *Note JCP* 1963, II, 13270.

¹⁵⁶ P. DE VISSCHER: *Note RCDIP* 1955, pp. 296ss, p. 299.

¹⁵⁷ Voir en général:

M. VIRALLY: *L'introuvable acte de gouvernement*, RDP 1952, pp. 319ss.

M. VIRALLY: *Le Conseil d'Etat et les traités internationaux*, JCP 1953, I, 1098.

C. HEUMANN: *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur l'application des traités diplomatiques*, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1953, pp. 71-73.

P. DE LA PRADELLE: *Jurisdiction administrative et droit international*, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1962, pp. 13ss.

M. WALINE: *Droit administratif*, 9e éd., Paris, 1963.

J. PUISOYE: *Etat actuel de l'acte de gouvernement*, JCP 1965, II, 1939.

¹⁵⁸ CE: Arrêt *Pioton es-qualités* du 18. 11. 1960 (RDP 1961, p. 909).

régularité des traités, ainsi que les actes tendant à leur conclusion, comme la négociation, la signature, la ratification¹⁵⁹.

2. La question est par contre plus nuancée en ce qui concerne les mesures d'application des traités. D'une façon générale, elles sont assimilées au traité lui-même et constituent, à ce titre, des actes de gouvernement échappant à tout contrôle. Cependant, si la décision administrative d'application est détachable du traité et que, combinée à une réglementation nationale, elle est exclusivement orientée vers l'ordre interne, le Conseil d'Etat a estimé qu'un recours dirigé contre elle était recevable. De tels actes, qui violeraient soit la loi, soit le traité dont ils dépendent, seraient donc susceptibles d'annulation¹⁶⁰. Cependant, la distinction est très délicate à faire car, comme le relève M. VIRALLY¹⁶¹, on ne peut guère apprécier à la lumière du droit interne seul si l'exécution d'une obligation internationale est en cause.

Dans tous les cas où l'acte est intégré à la conduite des relations extérieures et qu'il est régi par la norme internationale, le Conseil d'Etat se déclare incompétent et refuse d'annuler¹⁶².

Cette attitude restrictive s'explique par le fait que la juridiction administrative se considère comme un organe purement interne relevant du gouvernement et solidaire de celui-ci. A ce titre, il considère ne pouvoir appliquer que le droit interne. Cette réserve est parfaitement admissible lorsqu'elle se limite au domaine des actes directs d'exécution non détachables de la norme internationale ou lorsqu'elle met le traité lui-même à l'abri d'un contrôle de régularité.

3. Cependant, le traité peut être invoqué devant un tribunal administratif, à un tout autre titre: non pas comme objet du recours, mais comme source de droit applicable sur le plan interne. Au même titre que la loi, l'accord international peut régir une question soulevée devant le Conseil d'Etat et déterminer le sort de la cause en définissant le cadre

¹⁵⁹ WALINE: *Droit administratif*, No 360, p. 218.

PUISOYE: JCP 1965, II, 1939.

¹⁶⁰ En ce sens:

CE: Arrêt du 3. 2. 1950 (Rec. 1950, p. 71).

Trib. des conflits: Arrêt *Radiodiffusion française* du 2. 2. 1950 (Sirey 1950, III, 73).

¹⁶¹ VIRALLY: *L'introuvable acte de gouvernement*, RDP 1952, p. 347.

¹⁶² Arrêt *Société Lotti & Cie* du 3. 7. 1946 (Rec. 1946, p. 190).

juridique du conflit¹⁶³. Sur ce plan, il est une simple norme interne et porte pas directement sur la politique étrangère.

Par une extension abusive de la notion de «relations internationales réservées à l'appréciation du gouvernement», l'ancienne jurisprudence s'était abstenue d'appliquer les traités aux questions soulevées devant la juridiction administrative. Dans un arrêt du 28 mai 1937¹⁶⁴, le Conseil d'Etat avait expressément déclaré que le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait examiner la régularité d'un décret quand l'irrégularité invoquée résidait dans la violation d'une convention internationale. En refusant de contrôler la conformité de telles décisions aux traités, le Conseil d'Etat laissait à l'administration un pouvoir discrétionnaire, au risque d'affaiblir la force obligatoire des traités¹⁶⁵.

Depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946, le Conseil d'Etat a heureusement modifié cette jurisprudence. L'article 26 de la Constitution énonçant expressément que les traités ont force de loi, il lui était difficile de persister dans le refus d'appliquer les conventions internationales. Le revirement fut consacré, en assemblée plénière, par un arrêt *Kirkwood*, du 3 mai 1952¹⁶⁶, où le Conseil d'Etat déclara recevable un recours en annulation d'un décret d'extradition, en tant que celui-ci violait une convention internationale. Le Commissaire du gouvernement Letourneur, qui fut l'artisan de cette décision, la justifia comme suit:

«Dorénavant la Constitution assimile formellement aux lois positives françaises les conventions internationales; elle les intègre dans la législation française; de ce fait, elle impose nécessairement au juge de les traiter comme des lois positives françaises, et non plus comme des actes mettant en cause les rapports internationaux.»

Depuis l'arrêt *Kirkwood*, le Conseil d'Etat a maintes fois confirmé sa nouvelle attitude. Citons à cet égard les arrêts *Compagnie des Produits chimiques et Raffinerie de Berre* du 27 avril 1956¹⁶⁷, *Petalas* du 3 février 1956¹⁶⁸,

¹⁶³ VIRALLY: *Le Conseil d'Etat et les traités internationaux*, JCP 1953, I, 1098.

¹⁶⁴ SIREY 1937, III, 73.

¹⁶⁵ HEUMANN: p. 72.

¹⁶⁶ REC. 1952, p. 291; GP 1952, II, 14.

¹⁶⁷ RDP 1956, p. 1428.

¹⁶⁸ JCP 1956, II, 9184.

Société Eky du 12 février 1960¹⁶⁹, *S.N.C.F.* du 22 décembre 1961¹⁷⁰,
Couhadoux du 23 novembre 1962¹⁷¹.

4. Une limite importante est cependant apportée à la compétence d'appliquer les traités: le Conseil d'Etat s'est toujours refusé à interpréter les traités invoqués devant lui. Malgré l'évolution de son attitude générale, il maintient actuellement encore sa réserve sur ce point et ne consent à appliquer directement que les dispositions parfaitement claires des traités¹⁷². Chaque fois qu'il y a une ambiguïté, il surseoit à statuer pour pouvoir requérir l'interprétation du gouvernement et, lorsque celle-ci est intervenue, il se considère comme lié par elle. La jurisprudence du Conseil d'Etat est constante à cet égard¹⁷³.

Cependant, lorsque les dispositions conventionnelles sont claires (question que le tribunal apprécie lui-même), le juge administratif n'hésite pas à appliquer le traité, sans en référer au gouvernement (Trib. conflits, arrêt *Barbezan* du 24 juin 1954 (Sirey 1955, III, 67); arrêt *consorts Faucigny-Lucinge et Leroux* (GP 1954, II, 414); arrêt *Shell-Berre et autres* du 19 juin 1964 (Clunet 1964, pp. 794ss.)¹⁷⁴.

Certains auteurs ont estimé que ce refus d'interpréter était en contradiction avec l'attitude nuancée des tribunaux judiciaires qui distinguent entre disposition d'intérêt public et disposition d'intérêt privé. Nous ne croyons pas qu'une telle opposition existe vraiment. Le Conseil d'Etat n'a jamais à trancher des questions d'intérêt privé, mais il se prononce sur la validité d'actes administratifs qui, de par leur nature, ont toujours un caractère d'intérêt public. Il faut dès lors voir dans le principe du

¹⁶⁹ JCP 1960, II, 11629 bis, Note VEDEL.

¹⁷⁰ Rec. 1961, p. 739; AFDI 1962, pp. 935/936.

¹⁷¹ RGDIP 1966, pp. 428/429.

¹⁷² Arrêt *Couhadoux* du 23. 11. 1962 (RGDIP 1963, pp. 428/429).

Voir encore jurisprudence citée par La Pradelle, p. 21.

¹⁷³ CE: arrêts du 3. 2. 1950 (Sirey 1950, III, p. 89),
du 28. 7. 1951 (RGDIP 1953, p. 104),
du 12. 2. 1955 (RGDIP 1956, p. 5),
du 18. 11. 1960 (RDP 1961, p. 909),
du 12. 10. 1962 (AFDI 1963, p. 977),
du 13. 11. 1963 (AFDI 1964, p. 858).

¹⁷⁴ A la différence de la Cour de cassation (arrêt *Garcia*), le Conseil d'Etat n'exige pas que l'interprétation du Ministère des Affaires Etrangères soit délivrée dans une forme qualifiée.

Conseil d'Etat en matière d'interprétation une confirmation de la grande distinction consacrée par les tribunaux judiciaires¹⁷⁵.

En résumé, constatons que les tribunaux administratifs ont assoupli leur position par rapport aux traités. En étendant la notion de l'acte détachable à une série de mesures qui, jusqu'à présent, échappaient à tout contrôle administratif, en limitant la notion d'acte de gouvernement et en reconnaissant enfin la compétence d'appliquer les dispositions claires des traités, le Conseil d'Etat contribue dans la limite de ses pouvoirs à la mise en œuvre du droit international.

Section IV – Traités et dispositions constitutionnelles de fond

Depuis la fin de la dernière guerre, avec la conclusion de nombreux traités créateurs d'organismes superétatiques et portant délégation de souveraineté, la question des rapports entre le droit international conventionnel et les dispositions constitutionnelles de fond se pose avec de plus en plus d'acuité. En 1954, lors du grand débat sur la constitutionnalité du traité instituant une Communauté Européenne de Défense (CED), la question fut posée de savoir si, et dans quelle mesure, un traité contraire à certaines dispositions matérielles de la Constitution avait force obligatoire pour le juge. La doctrine prit position et engagea sur cette matière brûlante d'actualité une polémique qui souleva les passions et divisa la Faculté en deux blocs hostiles¹⁷⁶.

Le problème se pose sur le plan du droit public interne. Il s'agit en effet de savoir :

¹⁷⁵ WALINE: *Droit administratif*, No 108, pp. 70 ss.

La PRADELLE: p. 25.

¹⁷⁶ G. SCHELLE: *De la prétendue inconstitutionnalité des traités*, RDP 1952, pp. 1012 ss.

G. R. DELAUME: *De l'interprétation et de l'application des traités par les tribunaux internes*, Clunet 1953, pp. 584 ss.

R. PINTO: *Le Monde*, 24. 9. 1953.

S. BASTID – G. BURDEAU – CH. EISENMANN – P. LAMPUÉ – M. SIBERT: *Le Monde*, 2. 6. 1954 et 30. 7. 1954.

A. PHILIP: *Le Monde*, 9. 6. 1954.

G. VEDEL: *Le Monde*, 15. 6. 1954.

CH. ROUSSEAU: *Un dernier mot sur la CED et la Constitution*, *Le Monde*, 11. 8. 1954.

CH. ROUSSEAU: *La ratification des traités en France*, Etudes Mestre, Paris 1956, pp. 480 ss.

1. Si le droit public interne prévoit une hiérarchie entre le traité et la Constitution, et s'il confère aux tribunaux ordinaires la compétence d'en vérifier le respect sous forme d'un contrôle de la constitutionnalité des traités.

2. Si le droit public interne prévoit une procédure spéciale d'élaboration pour les traités contraires à des dispositions constitutionnelles de fond et s'il fait du respect de la procédure spéciale la condition de l'application judiciaire de ces traités.

a) Ni la Constitution de 1946 ni celle de 1958 n'énoncent expressément la primauté des traités sur les dispositions constitutionnelles contraires.

b) La Constitution prévoit-elle par contre une procédure particulière d'élaboration des traités inconstitutionnels qui, si elle est observée, donnerait à ces traités une autorité supra-constitutionnelle dans l'ordre interne ?

La Constitution de 1946 n'apporta pas de réponse expresse à cette question. Cependant, dans la logique du système, certains principes pouvaient être dégagés. D'une façon générale, la Constitution de 1946 instituait le système de la correspondance entre la procédure d'élaboration des traités et celle de l'adoption des règles internes. Lorsque le traité portait sur une matière que l'exécutif était habilité à régler seul sur le plan interne, la signature du Ministère des Affaires Etrangères, confirmée par la ratification du Président de la République, était considérée comme suffisante. Par contre, lorsque le traité empiétait sur le domaine normalement réservé à l'Assemblée nationale, celle-ci devait participer à la procédure, en accordant son approbation préalable.

Dans la logique de ce parallélisme, les traités modifiant la Constitution devaient être élaborés sur le plan interne, selon la procédure en vigueur en matière de révision constitutionnelle. Les articles 90ss. exigeant à cet égard une majorité parlementaire qualifiée et, dans certaines circonstances, un recours au peuple¹⁷⁷, il était dès lors normal que les traités dérogeant à la Constitution fussent soumis eux aussi à ces conditions d'approbation plus sévères.

On a objecté à l'exigence d'une procédure de révision constitutionnelle que l'article 27 de la Constitution de 1946, définissant les conditions de

¹⁷⁷ Majorité des 3/5 dans les deux Assemblées, ou majorité des 2/3 à l'Assemblée nationale, statuant en deuxième lecture, sinon référendum populaire.

l'approbation parlementaire des traités ne prévoyait aucune procédure spéciale en matière de traités inconstitutionnels. On a aussi invoqué en ce sens¹⁷⁸ le fait que ce même article 27 prévoyait l'approbation parlementaire ordinaire pour les traités instituant des organisations internationales qui, par essence, dérogent à la Constitution. Réserver un traitement particulier aux accords inconstitutionnels serait, selon eux, introduire arbitrairement dans le droit public une nouvelle catégorie de traités, alors que la Constitution ne prévoyait rien de tel¹⁷⁹. D'autres auteurs affirmèrent au contraire que l'article 27 n'était pas complet, puisqu'il ne réglait pas la question des traités inconstitutionnels et que cette lacune devait être comblée par une interprétation systématique et téléologique de la Constitution. Une telle interprétation devait nécessairement conduire à la conclusion, citée plus haut, que les traités modifiant la Constitution avaient à être approuvés selon la même procédure que celle prévue en matière de revision constitutionnelle¹⁸⁰.

La Constitution de 1958, à son article 54, a expressément tranché la question :

« Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la revision de la Constitution. »

En rapprochant cette disposition de l'article 55 de la nouvelle Constitution, il apparaît que :

1. L'ordre juridique français accorde la primauté interne à tous les traités internationaux, qu'ils soient conformes ou non aux dispositions constitutionnelles, pourvu que leur ratification soit régulière.
2. La ratification des traités contraires à certaines dispositions constitutionnelles de fond n'est régulière que si la Constitution a été

¹⁷⁸ VEDEL: *Le Monde*, 15. 6. 1954.

¹⁷⁹ ROUSSEAU: *La ratification des traités en France*, p. 480.

VEDEL: *Le Monde*, 15. 6. 1954.

PHILIP: *Le Monde*, 9. 6. 1954.

¹⁸⁰ Le groupe des Six: *Le Monde*, 2. 6. 1954.

préalablement révisée¹⁸¹ de façon à éliminer toute contradiction avec le traité.

3. Cette exigence de révision constitutionnelle préalable constitue une étape particulière de la procédure d'élaboration du traité, et son respect constitue dès lors une des conditions de la validité internationale de la ratification.
4. Le Conseil constitutionnel est l'organe chargé de contrôler, le cas échéant, et seulement sur demande des organes désignés à l'article 54, l'opposition entre un projet de traité et les dispositions matérielles de la Constitution. Il est seul compétent pour procéder à ce contrôle normatif.
5. Le juge ordinaire doit contrôler la régularité de la ratification. Il doit donc vérifier, dans le cas où le Conseil constitutionnel se serait prononcé dans le sens de l'inconstitutionnalité, si, avant la ratification du traité, la Constitution a été dûment révisée; et il doit, faute d'une révision adéquate, se refuser à appliquer le traité. Cependant, le juge, s'il constate l'inconstitutionnalité d'un traité que le Conseil constitutionnel n'a pas été appelé à contrôler, ne peut suppléer lui-même à cette omission et doit appliquer le traité nonobstant l'existence objective de la contradiction¹⁸².

Le système consacré par l'article 54 a le grand avantage de clarifier la situation et de concilier les exigences politiques de la souveraineté nationale avec les principes de la primauté des traités sur le droit interne.

Il faut cependant regretter que le constituant ait posé des conditions aussi sévères à la ratification des traités dits inconstitutionnels. L'exigence d'une véritable révision préalable à la conclusion des traités est de nature à compromettre la bonne marche des relations internationales¹⁸³. Il est vrai que le Conseil constitutionnel ne se saisit pas d'office,

¹⁸¹ La procédure de révision de la Constitution est définie par l'article 89 de la Constitution: Le projet de révision est tout d'abord voté par les deux assemblées; ensuite, il est soumis au référendum populaire, à moins que le Président de la République ne préfère le soumettre au Parlement réuni en congrès, où il doit alors recueillir les 3/5 des voix exprimées.

¹⁸² Voir à ce sujet: LESAGE: AFDI 1962, pp. 882/883.

¹⁸³ Il sera intéressant de comparer à cet égard l'article 54 avec la réglementation néerlandaise, décrite plus loin.

de sorte que si le Président de la République, son Premier Ministre ou les Présidents des Chambres s'entendent sur la nécessité et l'urgence de la conclusion d'un traité, ils éviteront d'ouvrir la voie à la procédure qualifiée¹⁹⁴. Il y a d'ailleurs tout lieu de penser que sur des questions d'importance décisive, et lorsque la conclusion d'un traité même inconstitutionnel s'impose d'évidence, l'unanimité de ces quatre autorités se fera sans difficulté pour éviter un recours au Conseil. Ainsi les limites apportées à la mise en œuvre des traités inconstitutionnels sont moins sévères qu'elles ne le semblent à première vue¹⁹⁵.

CHAPITRE III – CONCLUSIONS

La solution apportée par le droit positif français peut se résumer comme suit :

I. Règles générales du droit international

1. La Constitution de 1958 ne contient aucune disposition concernant l'application interne des règles générales.
2. La jurisprudence reconnaît l'immédiateté des règles générales du droit international et les applique même si elles ne font pas l'objet d'une confirmation législative en droit interne ; elle les subordonne cependant aux normes internes qui les contredisent.

II. Traités internationaux

1. Les Constitutions de 1946 et 1958 accordent « force de loi » aux traités, pour autant qu'ils soient régulièrement ratifiés et publiés, et elles consacrent leur primauté par rapport aux lois internes.
2. La Constitution de 1958 subordonne cette primauté à l'exigence d'une réciprocité de fait.

¹⁹⁴ A. COCATRE-ZILGIEN : *Constitution de 1958, droit international, relations extérieures et politique étrangère*, AFDI 1958, pp. 644 ss., pp. 650/651.

¹⁹⁵ Mentionnons que l'article 11 de la Constitution de 1958 autorise le Président de la République, sur proposition du gouvernement ou des assemblées à soumettre au référendum « tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

3. Les tribunaux se déclarent compétents pour contrôler la régularité formelle de la ratification et de la publication des traités.
4. Les tribunaux se déclarent en principe compétents pour appliquer les traités de préférence aux lois internes contraires, en exécution de la réglementation constitutionnelle.
5. Les tribunaux ont cependant tendance à interpréter les traités et les lois en conflit de façon à assurer l'application de la loi, nonobstant les dispositions du traité.
6. Les tribunaux judiciaires hésitent à interpréter les dispositions d'un traité, notamment les dispositions dites d'intérêt public, et surseoient de plus en plus souvent à statuer pour requérir l'interprétation gouvernementale. Cette interprétation est presque toujours en faveur de l'application de la loi interne contraire au traité.
7. Le Conseil d'Etat, depuis 1952, consent à annuler les actes administratifs contraires à un traité. Cependant, il se refuse à examiner la régularité du traité lui-même et les mesures d'exécution non détachables de celui-ci.
Les tribunaux administratifs n'interprètent jamais les traités et requièrent toujours l'interprétation du gouvernement, lorsque les dispositions du traité ne sont pas claires.
8. Les traités *inconstitutionnels* ont force obligatoire interne, mais si le Conseil constitutionnel constate leur inconstitutionnalité, la ratification doit être précédée d'une révision de la Constitution.

* * *

Les constituants de 1946 et 1958 ont cherché, par leurs réglementations, un difficile équilibre entre les exigences de la démocratie et celles de la primauté du droit international.

Sur le plan théorique, ce système constitutionnel, en tentant la délicate conciliation entre les impératifs du droit international et les anciennes traditions de la démocratie française, représente un effort très louable et tout à fait original dans le sens de la primauté du droit international.

Sur le plan pratique, il n'aboutit pas, hélas, au résultat escompté. L'échec doit en être attribué aux réticences éprouvées par les tribunaux à mettre en œuvre des principes aussi innovateurs. Elevé dans le respect de la souveraineté de la loi, le juge ne peut encore se résoudre à écarter une loi française pour appliquer à sa place une norme internationale.

La Constitution, si elle a clairement affirmé le principe de la primauté des traités, n'en a pas suffisamment précisé les modalités. Corollairement à l'affirmation générale de ce principe, il aurait fallu préciser les compétences judiciaires en matière d'application des traités et surtout définir les pouvoirs du juge dans le domaine de l'interprétation. Si le constituant avait accordé aux tribunaux le droit exclusif d'apprécier la portée des conventions, ces tribunaux n'auraient pas été en droit de se libérer en faveur de l'exécutif de leurs responsabilités.

Il n'en reste pas moins que le constituant français a tenté un généreux effort dans le sens de la primauté. Il est à espérer qu'à l'avenir les juges s'adapteront à l'évolution générale. En dernier ressort, le problème qui nous occupe est un problème de jurisprudence dont la solution dépend, quelle que soit la réglementation constitutionnelle, d'un certain état d'esprit, plus ou moins favorable au droit international. Le renforcement, sous la Ve République, du dogme de l'indépendance nationale peut causer quelque inquiétude à cet égard.

LES SOLUTIONS DU DROIT NÉERLANDAIS

CHAPITRE I – LES RÈGLES GÉNÉRALES DU DROIT INTERNATIONAL

Le droit constitutionnel néerlandais contient depuis 1953 des dispositions très innovatrices en ce qui concerne l'application interne des traités internationaux et la place hiérarchique qu'ils occupent dans l'ordre juridique national. En revanche, le droit néerlandais n'a jamais comporté de réglementation expresse et codifiée relative au droit international coutumier, et lors des révisions constitutionnelles récentes ce domaine ne fut pas pris en considération. Aussi appartient-il de tout temps, et aujourd'hui encore, à la jurisprudence de poser les principes applicables en la matière et d'indiquer selon quels critères il y a lieu de mettre en œuvre les règles générales émanant de l'ordre international.

Or il apparaît, à cet égard, que le juge néerlandais s'est toujours reconnu la compétence de mettre en œuvre la coutume internationale; il n'a jamais requis à cet effet une transformation de la norme internationale en une loi interne et n'a jamais subordonné son application à l'existence d'une disposition législative interne portant reconnaissance par les Pays-Bas de la norme en question¹. Il est vrai que dans plusieurs cas la loi néerlandaise fait mention du droit international coutumier². Mais dans la plupart des décisions judiciaires qui appliquent une règle du droit des gens, les lois dont il s'agit ne sont pas en cause³. Le juge néerlandais applique le droit international coutumier en tant que tel, en qualité de règle internationale, et non en vertu d'une transformation en norme juridique interne. En d'autres termes, devant les tribunaux, la coutume internationale jouit de l'immédiateté d'application, sans qu'il soit

¹ L. ERADES et W. L. GOULD: *The Relation between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States* (ci-après: «*EraDES*»), Leyden/New York, 1961, p. 226.

² Article 13 a de la loi du 15 mai 1829 concernant les principes généraux régissant la législation du Royaume; article 8 du Code criminel; article 38 du Code criminel militaire.

³ Voir ERADES: pp. 270 ss.

nécessaire qu'en vertu d'une législation confirmative interne elle ait été reçue dans l'ordre national⁴.

Contre l'immédiateté d'application de la coutume internationale, on a parfois invoqué une loi du 15 mai 1829 concernant les principes généraux régissant la législation du Royaume, loi encore en vigueur d'ailleurs, dont l'article 3 dispose que «la coutume n'a pas force de loi, sauf dans les cas où la loi écrite renvoie à la coutume». Cependant, la Cour suprême, dans un arrêt du 12 janvier 1858 dans la cause «*Twenthe*»⁵, a précisé que cette disposition ne concernait que la coutume interne et qu'elle ne pourrait pas avoir pour effet d'exclure l'application des règles générales du droit international.

En ce qui concerne la solution à apporter aux conflits qui peuvent surgir entre la loi interne et les règles coutumières internationales contraires, la jurisprudence n'est pas nombreuse. Toutefois, il semble ressortir des décisions les plus récentes en la matière que les tribunaux néerlandais ne s'estiment pas habilités à écarter l'application d'une loi en vigueur parce qu'elle violerait à une règle coutumière internationale. Ainsi dans un arrêt du 15 décembre 1948⁶, la Cour d'appel de La Haye a déclaré qu'un décret contraire à une coutume internationale avait néanmoins force de loi, «les tribunaux n'étant pas habilités à en apprécier les dispositions à la lumière du droit international».

Dans un arrêt du 24 décembre 1949,⁷ la Cour spéciale de justice d'Amsterdam aboutit au même résultat en faisant valoir que, la Constitution néerlandaise n'admettant pas le contrôle de la constitutionnalité des lois, le juge n'était pas habilité à contrôler la conformité de celles-ci aux règles coutumières internationales en vigueur.

Ainsi donc le juge néerlandais n'applique-t-il la coutume internationale que s'il n'existe aucune disposition légale qui s'y oppose.

Toutefois, cette règle est tempérée par l'application de la présomption traditionnelle selon laquelle il y a lieu d'admettre que le législateur n'a pas entendu déroger à une règle coutumière internationale en vigueur.

⁴ ERADES: pp. 271/272.

I. SEIDL-HOHENVELDERN: *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, ICLQ 1963, p. 96.

⁵ Cité par ERADES: p. 228.

⁶ *Nederlandsche Jurisprudentie* (N.J.) 1949, No 566, cité dans ERADES, p. 350.

⁷ N. J. 1950, No 682. ERADES, p. 350.

Cependant si la loi écarte expressément la mise en œuvre de la coutume en cause, le juge devra s'incliner devant cette injonction⁸.

Ces décisions ont été critiquées; ainsi, MM. ERADES et VAN PANHUY⁹ estiment que la jurisprudence devrait imposer l'application d'une règle du droit international même en présence d'une loi contraire, car, selon eux, le droit international contiendrait une règle exigeant que les dispositions internes s'inclinent devant des règles internationales qui les contredisent. Ce principe étant lui-même incorporé au droit néerlandais, le juge devrait en tenir compte pour faire prévaloir en tout état de cause les normes internationales.

S'il est exact que le droit international a sur le plan interne une vocation à la primauté, la plupart des auteurs contestent qu'il contienne une règle imposant une hiérarchie de normes devant les juridictions étatiques. Aussi l'argumentation de MM. ERADES et VAN PANHUY nous paraît quelque peu fragile en l'espèce. Faute de dispositions constitutionnelles expresses leur enjoignant de faire primer les règles internationales, on ne voit guère comment les tribunaux néerlandais auraient pu adopter une jurisprudence s'écartant de celle qui a été mentionnée ci-dessus.

En tout état de cause, la présomption que le législateur n'a pas voulu déroger aux règles du droit international et l'interprétation des lois internes dans un sens favorable à l'application de la coutume internationale sont de nature à conférer à celle-ci une place réellement privilégiée dans l'ordre juridique interne. Cette solution est d'ailleurs fort proche de celle qui est appliquée dans les pays anglo-saxons, en France et en Suisse où elle s'est révélée être très favorable aux normes internationales.

CHAPITRE II – LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Section I – Antécédents

Jusqu'en 1953, la Constitution néerlandaise ne contenait pas de disposition réglementant expressément l'application interne des traités

⁸ Arrêts de la Cour suprême en date des 13 janvier 1956 et 6 mars 1959, siégeant comme Cour des Prises dans la cause « *Société Anonyme Maritime et Commerciale contre Royaume des Pays-Bas* » (N.J. 1956, No 141; NILR 1963, p. 82).

⁹ ERADES: p. 351.

H. F. VAN PANHUY: *The Netherlands Constitution and International Law*, AJIL 1964, pp. 88 ss., p. 105.

internationaux par le juge. Il a toujours été admis par la jurisprudence et la doctrine qu'un traité régulièrement conclu et publié avait force obligatoire interne et s'imposait aux tribunaux. Sans doute, les auteurs dualistes ont-ils soutenu que le traité était « transformé » en une norme interne par le jeu de la publication et de la promulgation, mais, en fait, il n'a jamais été contesté qu'une règle conventionnelle en vigueur s'imposait au juge et qu'elle prévalait sur toutes dispositions légales antérieures en sens contraire¹⁰, sans qu'il y ait besoin d'une législation « réceptive » proprement dite.

En revanche, la situation était plus ambiguë quant à l'autorité à reconnaître aux traités par rapport à la législation subséquente à leur entrée en vigueur. De vives controverses doctrinales se sont élevées au sujet de cette question : pour se convaincre de l'importance de ces oppositions de doctrine, il suffit de se reporter à la longue liste bibliographique que M. ERADES a dressée à ce sujet¹¹.

Quant à la jurisprudence, elle n'a pas très nettement tranché le débat. De façon générale, on peut relever que les tribunaux inférieurs se sont montrés plutôt favorables à la primauté des traités sur les lois, mais la Cour suprême, elle, n'a jamais admis ce principe expressément. Certes, elle a reconnu la supériorité des traités sur les dispositions internes de rang inférieur à celui de la loi¹², mais en ce qui concerne les conflits entre traités et normes législatives proprement dites, elle a eu plutôt tendance à les résoudre en recourant à la présomption selon laquelle le législateur n'a pas entendu déroger au traité¹³. Grâce à cette interprétation de la loi favorable au traité, la Cour suprême a toujours pu éviter qu'un traité en vigueur soit expressément écarté au profit d'une loi interne plus récente.

Ainsi, sans reconnaître le principe de la primauté des traités sur l'ordre interne, la jurisprudence néerlandaise tendait en fait à sauvegarder la norme conventionnelle internationale¹⁴ et à lui accorder une primauté, sinon de droit, du moins de fait.

¹⁰ Voir ERADES: p. 371.

¹¹ ERADES: p. 412.

¹² Arrêt de la Cour suprême du 25 janvier 1952 (N.J. 1952, No 125).

¹³ Arrêt de la Cour suprême du 5 janvier 1951 (N.J. 1951, No 69).

¹⁴ Arrêt de la Cour suprême du 4 mai 1954 (N.J. 1954, No 382).

Section II — Les nouvelles dispositions constitutionnelles

La Constitution néerlandaise a fait l'objet de deux revisions en ce qui concerne ses dispositions relatives aux traités internationaux. La première, en date du 22 mai 1953, met en œuvre une réglementation tout à fait innovatrice en matière d'élaboration et d'application des traités; la seconde, du 23 août 1956, sans apporter de modifications substantielles, a introduit certaines précisions dans l'énoncé des principes précédemment consacrés.

Dans cette réglementation nouvelle qui ne comprend pas moins de huit articles (articles 60 à 67)¹⁵, le constituant s'est appliqué, en s'in-

16 Article 60

Les traités avec d'autres puissances et avec des organisations internationales sont conclus par le Roi ou sous son autorité, et sont ratifiés par le Roi pour autant que le traité le prévoit.

Les traités sont communiqués dès que possible aux Etats généraux; ils ne sont pas ratifiés et n'entrent pas en vigueur tant que les Etats généraux ne les ont pas approuvés.

Le juge ne contrôle pas la constitutionnalité des traités.

Article 61

Il y a approbation tacite si, dans un délai de trente jours après le dépôt à cet effet du projet de traité devant les deux Chambres des Etats généraux, le désir que le traité soit soumis à une approbation expresse n'a pas été exprimé par l'une des Chambres, au nom d'une des Chambres, ou dans l'une des Chambres par un nombre de membres représentant un cinquième de leur effectif constitutionnellement fixé.

Le délai prévu à l'alinéa qui précède est suspendu lorsque les Etats généraux ne sont pas en session.

Article 62

Sauf pour le cas prévu à l'article 63, l'approbation n'est pas requise:

- a) s'il s'agit d'un traité qui en est dispensé par la loi;
- b) s'il s'agit d'un traité portant exclusivement sur l'exécution d'un autre traité déjà approuvé, pour autant que la loi ne prévoit pas l'exception de son approbation;
- c) si le traité n'impose pas de charges financières importantes au Royaume et s'il n'a pas une durée de plus d'un an;
- d) si, dans des cas extraordinaires, l'intérêt du Royaume s'oppose impérativement à ce que le traité entre en vigueur seulement après avoir été approuvé;

Les traités désignés sous alinéa 1 litt. d seront soumis aussitôt que possible à l'approbation des Etats généraux. L'article 61 est alors applicable. Si l'approbation est refusée, il devra être mis fin au traité dès que cela sera juridiquement possible.

Si l'intérêt du Royaume ne s'y oppose pas impérieusement, le traité ne sera conclu que sous la réserve qu'il prendra fin en cas de non-approbation.

Article 63

Si l'évolution de l'ordre juridique international l'exige, des traités pourront être conclus en dérogation à la Constitution. En ce cas, l'approbation doit être accordée

spirant des tendances modernes du droit international, à refondre tout le système des relations extérieures du Royaume, tant en matière de procédure de conclusion et d'approbation parlementaire qu'en ce qui concerne l'autorité des traités internationaux dans le cadre de l'ordre juridique interne. Cette révision témoigne de l'étroite interdépendance qui existe entre les principes d'application interne des traités et la procédure constitutionnelle de leur élaboration; elle a été saluée comme représentant un grand pas en avant dans le sens de la primauté du droit international.

Mais en fait la Cour suprême, en recourant systématiquement à une présomption favorable au maintien du traité et en interprétant restrictivement les lois contraires, avait préparé la voie, de sorte que les nouvelles dispositions constitutionnelles étaient en réalité moins révolutionnaires qu'elles ne le paraissaient de prime abord :

«As related to international agreements, the care that, with the rarest of exceptions, the courts took to avoid negating international agreements even when desirous of applying the apparently conflicting statute left in 1953 a legal situation in which the constitutional change of that year that accorded primacy to international agreements was hardly revolutionary¹⁶.»

expressément; les Chambres des Etats généraux ne peuvent adopter le projet de loi déposé à cet effet qu'à une majorité des deux tiers des voix exprimées.

Article 64

Les quatre articles qui précèdent s'appliquent également à l'adhésion aux traités et à leur dénonciation.

Article 65

Les dispositions des traités qui imposent des obligations aux particuliers ont force obligatoire dès leur publication.

Article 66

Les prescriptions législatives en vigueur dans le Royaume ne sont pas applicables si elles contreviennent aux dispositions d'un traité imposant des obligations aux particuliers, et conclu antérieurement ou postérieurement à leur entrée en vigueur.

Article 67

Par traité ou sur la base d'un traité, des compétences législatives administratives ou judiciaires peuvent être déléguées à des organisations internationales, en tenant compte le cas échéant de la procédure prévue à l'article 63.

Les articles 65 et 66 sont applicables aux décisions émanant d'organisations internationales.

¹⁶ ERADES: p. 413.

Il n'en reste pas moins que les révisions constitutionnelles, en codifiant les tendances jurisprudentielles, leur donnaient beaucoup plus de force; au surplus, comme nous le verrons plus loin, les dispositions nouvelles vont bien au-delà des principes jusqu'alors appliqués par les tribunaux et méritent de ce fait tout notre intérêt.

Nous examinerons les règles constitutionnelles de 1953/56 sous l'angle tour à tour de la procédure de conclusion des traités, de la primauté des traités sur les lois internes, de leurs rapports avec les dispositions de la constitution elle-même, du contrôle judiciaire et du pouvoir d'interprétation des juges.

§ 1. *La procédure de conclusion*

Avant 1953, la Constitution néerlandaise, pour se conformer aux exigences de la pratique diplomatique et aux nécessités de la vie juridique internationale, avait fondamentalement distingué entre les traités proprement dits, soumis à l'approbation des Chambres, et les «accords», conventions de moindre importance, qui étaient dispensés de cette procédure. Mais par une pratique coutumière inattendue, la distinction entre traités et accords s'était établie selon un critère de pure forme, selon que l'instrument diplomatique contenait ou non une clause de ratification¹⁷.

En vue de mettre fin à cette équivoque et pour faire participer d'une façon plus large les États généraux à l'élaboration des conventions internationales, la Constitution révisée abandonne l'ancienne distinction et soumet désormais tous les traités internationaux à l'approbation parlementaire, sous réserve de quatre cas limitativement énumérés à l'article 62. Cette extension considérable du contrôle de l'ordre législatif risquerait d'alourdir dangereusement le mécanisme des relations extérieures, mais elle est heureusement tempérée par un système d'approbation tacite d'inspiration britannique qui est prévu à l'article 61 :

Si, dans un délai de trente jours après le dépôt d'un traité devant le Parlement, un débat n'est pas demandé par une des Chambres, au nom d'une des Chambres ou dans l'une des Chambres par un cinquième de ses membres, le traité est réputé tacitement approuvé et les organes exécutifs sont habilités à le ratifier. Cette réglementation a, depuis 1953, fait ses preuves et a permis d'expédier rapidement et sans publicité

¹⁷ H. F. VAN PANHUYS: *La révision récente des dispositions constitutionnelles néerlandaises relatives aux relations internationales*, RDP 1955, pp. 336 ss.

inutile la conclusion de nombreux traités dont la mise en œuvre était urgente¹⁸. Relevons que ce système n'est pas admis en ce qui concerne les traités qui dérogent aux dispositions constitutionnelles de fond et qui, comme nous le verrons, doivent faire l'objet d'un vote à la majorité qualifiée des deux tiers.

§ 2. *La primauté des traités sur les lois internes*

Tout en étendant les pouvoirs de contrôle du législatif sur l'élaboration du droit international conventionnel, la Constitution néerlandaise réglemente de façon tout à fait précise à ses articles 65 et 66 l'autorité des traités par rapport aux normes internes.

Ainsi l'article 65 proclame que «les dispositions des traités qui imposent des obligations aux particuliers ont force obligatoire dès leur publication». Mais il ne s'agit pas là d'une innovation, car les tribunaux avaient précédemment consacré en une jurisprudence constante le principe de l'immédiateté des normes conventionnelles, et la Cour suprême avait imposé l'application judiciaire des traités «self-executing» indépendamment de toute intervention législative interne. Aucune procédure de promulgation par décret n'était nécessaire, et la simple publication des dispositions du traité suffisait à lui donner force obligatoire¹⁹.

En revanche, l'article 66, que l'on peut d'ailleurs rapprocher de l'article 55 de la Constitution française de 1958 et de l'article 26 de celle de la IV^e République, apporte un élément nouveau en énonçant pour la première fois en droit constitutionnel néerlandais le principe de la primauté des traités sur les lois internes: «Les prescriptions législatives en vigueur dans le Royaume ne sont pas applicables si elles contreviennent aux dispositions d'un traité imposant des obligations aux particuliers et conclu antérieurement ou postérieurement à leur entrée en vigueur.» Les normes légales néerlandaises sont subordonnées au droit international conventionnel et doivent s'effacer, lorsqu'elles entrent en contradiction avec lui. Toutes les dispositions d'un traité sont ainsi assurées d'une application judiciaire quel que soit l'état du droit national et nonobstant

¹⁸ R. BAUER: *Die Niederländische Verfassungsänderung von 1956 betreffend die auswärtige Gewalt*, ZöRV 1957/58, pp. 137 ss., pp. 144-146.

Voir aussi VAN PANHUY: AJIL 1964, p. 97.

¹⁹ VAN PANHUY: RDP 1955, p. 348.

l'existence d'une législation contraire²⁰. Toutefois, le privilège ne s'étend pas aux traités non «self-executing» qui ne s'adressent pas directement aux particuliers et dont la mise en œuvre dépend d'une législation interne complémentaire. Au niveau de leur application judiciaire, ces traités non «self-executing» ont la force des ordonnances qui les matérialisent²¹. La doctrine a d'ailleurs critiqué cette solution et a soutenu que le juge devrait pouvoir contrôler la conformité de la législation d'exécution au traité qu'elle met en œuvre. L'article 66 a une portée très large puisqu'il étend sa réglementation à tous les accords internationaux quelle que soit la forme dans laquelle ils ont été conclus. Il s'ensuit qu'un accord passé par simple échange de notes aura, aussi bien qu'un traité approuvé par le Parlement, force obligatoire à l'encontre des lois internes antérieures ou postérieures. De la sorte, la Constitution néerlandaise édifie une hiérarchie très nette selon laquelle toute norme émanant de l'ordre international jouit d'une prééminence absolue par rapport aux normes législatives internes. Plus encore, c'est le juge national qui est habilité à mettre cette hiérarchie en œuvre; il doit appliquer le droit international en tout état de cause et peut, le cas échéant, suspendre ou écarter les normes internes en vigueur qui lui sont contraires. La Constitution lui confère ainsi un pouvoir de contrôle sur le législateur, puisqu'il lui impose l'obligation de vérifier la conformité des lois internes aux normes internationales et de sanctionner toute contradiction par une censure de l'œuvre législative.

L'introduction de cette disposition consacrant la primauté ne se fit pas sans heurt et de nombreuses voix s'élevèrent, lors des travaux préparatoires et notamment au sein de la Commission *van Eysinga* chargée de l'élaboration des nouvelles dispositions, pour en souligner les prétendus dangers. Le principe de la primauté ne fut pas contesté en soi; en revanche, sa réalisation sous forme d'un contrôle judiciaire des lois fit l'objet de nombreuses critiques de la part des constitutionnalistes²². Les adversaires du contrôle judiciaire, s'inspirant de la notion traditionnelle de la souveraineté populaire, avaient peine à admettre que le juge, «simple

²⁰ G. BEER: *Judicial Control of the European Communities*, Londres, 1962, p. 217.

H. MOSLER: *L'application du droit international par les tribunaux nationaux*, RCADI 1957, I, p. 619 ss.

²¹ Voir BAUER: p. 152.

²² Voir ERADES: pp. 413/414.

serviteur du peuple», ait la compétence de mettre en cause la volonté populaire, et puisse faire obstacle à la décision du Parlement. L'on invoqua la présomption que le législateur n'entend pas mettre en cause le traité et qu'en conséquence il faut toujours admettre, même en cas d'apparente contradiction, que la loi ne déroge pas à ses dispositions. Il fut aussi soutenu que l'appréciation de la portée d'un traité auquel le législateur procède, lorsqu'il adopte une loi portant sur une matière déjà régie par ce traité, devrait lier le juge²³.

D'autre part, on souleva l'objection que, la Constitution ne prévoyant pas le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, il serait illogique d'introduire un tel contrôle au profit des traités. Le gouvernement lui-même, tout en affirmant sa conviction que les traités internationaux sont des normes d'essence supérieure, fit preuve de quelques réticences à admettre que cette supériorité puisse être mise en œuvre par un autre organe que le législatif ou l'exécutif; toutefois, il se rallia finalement à l'opinion de la majorité de la commission qui désirait confier cette tâche aux tribunaux²⁴.

Le texte finalement adopté en 1953, et légèrement remanié en 1956, donne clairement aux juges, même de première instance, la compétence de contrôler la conformité des lois internes aux dispositions conventionnelles internationales. Il y a toutefois lieu de remarquer que cette procédure de contrôle ne vise pas à annuler la norme interne qui viole un traité, mais tend simplement à écarter l'application de la loi dans un cas d'espèce, lorsque cette loi se trouve en contradiction avec un accord international. La loi reste en vigueur, mais ses effets, dans la cause considérée, sont suspendus au profit de ceux de la norme internationale.

La jurisprudence néerlandaise n'a pas eu souvent l'occasion d'appliquer la nouvelle réglementation constitutionnelle, car les cas où des dispositions légales internes violent délibérément un traité en vigueur sont rares. Citons toutefois deux arrêts de la Cour suprême l'un en date du 13 avril 1960²⁵, l'autre en date du 19 janvier 1962²⁶ qui se réfèrent

²³ E. ZIMMERMANN: *Die Neuregelung der auswärtigen Gewalt in der Verfassung der Niederlande*, ZaSRV 1953/54, pp. 164 ss., p. 195.

²⁴ ERADES: pp. 413 ss.

²⁵ N.J., no. 436; voir aussi traduction en français dans l'Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme 1960, pp. 649 ss., p. 655.

²⁶ NILR 1962, pp. 317 ss.

expressément à l'article 66 et au principe de la primauté des traités qui s'y trouve énoncé.

Cependant, les tribunaux manifestent quelques réticences, et semblent vouloir limiter la portée des articles 65 et 66. Cette résistance prend deux formes distinctes :

– Interprétation très restrictive de la notion de traités «self-executing». Dans plusieurs cas, le juge a écarté l'application du traité en faveur de celle d'une loi contraire, parce qu'il estimait que le traité ne contenait pas de dispositions imposant des obligations aux particuliers²⁷.

– Conciliation des dispositions du traité et d'une loi contraire par une interprétation restrictive, non de la loi interne, mais du traité²⁸.

Cette tendance est assez dangereuse, et risque de mettre en cause tout le système de la primauté; il y a toutefois lieu d'espérer qu'il ne s'agira là que de réticences passagères.

Mentionnons enfin que l'immédiateté énoncée par l'article 65 et la primauté sur les lois internes, telle qu'elle est consacrée par l'article 66, s'appliquent également, en vertu de l'article 67, aux décisions des organisations internationales auxquelles les Pays-Bas ont délégué par traité des pouvoirs administratifs, judiciaires ou législatifs: ces décisions jouissent ainsi de la même autorité interne qu'un traité international et n'ont pas à être confirmées par une législation interne d'application pour autant qu'elles s'adressent aux particuliers²⁹.

§ 3. La primauté des traités sur la Constitution³⁰

L'article 63 va plus loin encore sur la voie de l'internationalisme et réglemente d'une façon tout à fait novatrice les rapports entre les traités et la Constitution elle-même.

²⁷ Arrêt de la Cour suprême du 1er juin 1956 dans la cause «*Instituut national des appellations d'origine v. J. Mettes*», NILR 1959, pp. 399 ss.

Voir aussi jurisprudence citée par VAN PANHUYS: AJIL 1964, pp. 102 à 104.

²⁸ Arrêt de la Cour suprême du 11 avril 1958 dans la cause «*N. V. tot voortzetting van de Koninklijke Hollandse Lloyd v. Dampskibsselskabet Torm A.S.*», NILR 1960, p. 167.

Arrêt de la Cour suprême du 19 janvier 1962 (voir note no. 27 ci-dessus).

²⁹ A. VAN KLEFFENS: *Die niederländische Verfassung als Beitrag zur einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts*, Festschrift für O. RIESE, Karlsruhe, 1964, pp. 45 ss.

³⁰ Voir ERADES: pp. 465-468.

VAN PANHUYS: AJIL 1964, pp. 98/99.

Sur le plan du droit international, le fait que les dispositions d'un traité se trouvent en contradiction avec des règles de fond de la Constitution ne fournit pas à l'Etat un argument à invoquer pour se dégager de sa responsabilité, car, selon l'opinion très générale de la doctrine du droit des gens, le respect des dispositions constitutionnelles de fond ne constitue pas une condition de validité d'un traité international. En revanche, sur le plan interne, l'organe compétent pour lier l'Etat est tenu, lors de l'élaboration et de la conclusion d'un accord international, de se conformer aux règles constitutionnelles. Une violation de ces règles par l'exécutif ou par le législatif a pour conséquence que la norme internationalement valable est inconstitutionnelle sur le plan étatique. En ce cas, le juge, s'il possède la compétence de contrôler la conformité à la Constitution des normes qu'il doit appliquer, est tenu de refuser de mettre en œuvre la règle internationale en cause. Les normes constitutionnelles se trouveraient ainsi au sommet de la hiérarchie de l'ordre interne, et domineraient à la fois les lois et les dispositions du droit international.

La Constitution néerlandaise renverse cette hiérarchie traditionnelle et accorde expressément aux traités internationaux régulièrement publiés une force supra constitutionnelle. L'article 63 reconnaît la validité interne d'accords conclus en dérogation aux dispositions de fond de la Constitution pour autant cependant qu'une procédure spéciale de conclusion ait été respectée: les traités inconstitutionnels sont valablement ratifiés s'ils ont été approuvés par les Etats généraux aux deux tiers des voix émises dans chacune des Chambres.

Cette procédure est beaucoup plus simple que celle de la révision constitutionnelle proprement dite pour laquelle les démarches suivantes sont requises: adoption d'une loi à la majorité ordinaire des deux Chambres constatant l'opportunité d'une modification de la Constitution, dissolution du Parlement, nouvelles élections, adoption de nouvelles dispositions constitutionnelles par le Parlement à la majorité des deux tiers des voix exprimées dans chacune des Chambres, promulgation solennelle par proclamation simultanée dans les mairies et tribunaux du pays.

Le Gouvernement et les Etats généraux déterminent si un traité déroge ou non à la Constitution et peuvent donc souverainement écarter la procédure spéciale en contestant l'existence d'une contradiction entre les deux normes. Le Gouvernement, s'il estime que le traité déroge à la Constitution, requiert dans le projet de loi d'approbation qu'il soumet au

Parlement, un vote à la majorité qualifiée. Dans ce cas, le Parlement est lié par l'appréciation gouvernementale et doit se prononcer à la majorité des deux tiers. En revanche, lorsque le Gouvernement considère qu'il n'y a pas opposition avec la Loi fondamentale et se contente de requérir un vote à la majorité ordinaire, le tiers des députés peut requérir un vote préalable sur la constitutionnalité du traité proposé. Ce vote qui s'opère à la majorité simple tranche la question de savoir si l'approbation elle-même devra être acquise à la majorité ordinaire ou qualifiée.

Une fois le vote final acquis, que ce soit selon la procédure ordinaire ou à la majorité qualifiée, le traité a force supraconstitutionnelle et s'impose en tout état de cause au juge. Celui-ci ne peut pas opérer un second contrôle de constitutionnalité; il est lié par l'avis du Gouvernement et du Parlement (article 60, alinéa 3: «Le juge ne contrôle pas la constitutionnalité des traités») et ne peut donc écarter l'application d'un traité adopté selon la procédure ordinaire sous prétexte que ce traité dérogeant à la Constitution aurait dû faire l'objet d'un vote à la majorité qualifiée³¹.

On pourrait voir dans cette forme spéciale d'approbation parlementaire une procédure simplifiée de revision constitutionnelle, parallèle au mode ordinaire de revision. Précédant la naissance de l'obligation internationale, elle aurait pour effet d'éliminer préalablement l'obstacle d'inconstitutionnalité et ouvrirait le chemin au traité.

Nous croyons au contraire que les conditions posées par l'article 63 tendent uniquement à définir un mode spécial d'approbation parlementaire et qu'elles ne concernent donc que la procédure de conclusion internationale. Elles n'opèrent pas en soi une revision constitutionnelle. La modification de la Constitution est indirecte; elle découle non pas de la procédure spéciale d'approbation, mais de l'entrée en vigueur du traité sur le plan international, consécutive au vote parlementaire qualifié. Le traité inconstitutionnel, mais régulièrement approuvé par les Etats généraux, s'impose alors au juge sans modifier à proprement parler la Constitution; il suspend simplement les dispositions de celle-ci qui lui sont contraires. Il n'y a donc pas lieu de parler d'un véritable processus de revision³².

³¹ Jusqu'à ce jour la procédure qualifiée de l'article 63 n'a été suivie que deux fois, à savoir pour le traité instituant une Communauté européenne de Défense (qui n'est jamais entré en vigueur) et pour le traité entre les Pays-Bas et l'Indonésie concernant la Nouvelle-Guinée, du 15 août 1962 (voir VAN PANHUY, AJIL 1964, pp. 98/99).

³² Une solution analogue est consacrée par la Constitution autrichienne, telle qu'elle

L'article 60, alinéa 3, refuse au juge le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des traités invoqués devant lui et l'oblige en tout état de cause à appliquer le traité régulièrement ratifié par préférence aux dispositions constitutionnelles contraires. Le constituant a entendu ainsi laisser au Gouvernement et au Parlement le soin d'apprécier souverainement la constitutionnalité des traités et donner un caractère définitif à leur option. Sans doute la possibilité objective d'une contradiction entre traité et Constitution n'est-elle pas définitivement écartée, mais cette contradiction se trouve en tout état de cause tranchée en faveur de l'application du droit international. Il existe un certain risque d'erreur dans l'appréciation du Gouvernement ou du Parlement, puisqu'il leur est pratiquement loisible d'approuver à une majorité ordinaire un accord qui est entaché d'inconstitutionnalité et d'en imposer au juge l'application: celui-ci n'a cependant pas la compétence de redresser l'erreur en procédant à un nouveau contrôle de constitutionnalité, mais doit se soumettre entièrement à l'appréciation du Parlement.

Ainsi donc, si un traité a été approuvé par les Chambres (quelle que soit d'ailleurs la procédure d'approbation) et si la ratification internationale a été opérée, ce traité acquiert force suprême au niveau de l'application judiciaire. Il y a toutefois lieu de relever que selon les termes de l'article 63 des traités dérogeant à la Constitution ne peuvent être conclus que si «l'évolution de l'ordre juridique international l'exige». Cette condition a été expressément soulignée par le Gouvernement dans son message à

a été révisée en date du 4 mars 1964: les traités qui dérogent à la Constitution doivent être approuvés par le Nationalrat (Chambre des Députés) dans les conditions prévues en matière de révision constitutionnelle, à savoir par un arrêté recueillant les deux tiers des voix émises, la moitié des députés prenant part au vote; au surplus, l'arrêté d'approbation doit contenir une disposition confirmant expressément que le traité déroge à la Constitution.

Les traités conclus à la suite d'une telle procédure ont dans l'ordre interne force constitutionnelle.

A la différence du système néerlandais, la Constitution autrichienne confère à une cour constitutionnelle la compétence de contrôler la régularité matérielle des traités, c'est-à-dire de vérifier si la procédure requise en matière d'approbation parlementaire a été respectée. Si un traité dérogeant à la Constitution a été adopté par le Parlement à la majorité ordinaire, la Cour le déclarera inconstitutionnel et en refusera l'application interne.

(Voir M. von Grünigen: *Die österreichische Verfassungsnovelle über Staatsverträge vom 4. März 1964*, ZaöRV 1965, pp. 76 ss.)

La solution française est également proche de celle de la Constitution néerlandaise. Nous renvoyons à cet égard aux pages 156 ss.

la seconde Chambre des Etats généraux³³. Quant à savoir ce qu'il faut entendre par les exigences de l'ordre juridique international, les interprétations peuvent évidemment varier.

§ 4. *Le contrôle juridictionnel*

Le pouvoir de réaliser la primauté est conféré, comme nous l'avons relevé plus haut, aux tribunaux ordinaires et non pas, comme en Allemagne, à une instance unique à laquelle toutes les causes ambiguës seraient renvoyées. Ce contrôle judiciaire est décentralisé, puisqu'il appartient à n'importe quel juge devant lequel un conflit de normes est porté, et quel que soit son rang, de l'effectuer.

Cette solution a été critiquée; on lui a reproché particulièrement de créer par la décentralisation des responsabilités judiciaires la possibilité de contradictions entre les décisions des différents tribunaux saisis des mêmes conflits³⁴. Mais ce risque est inhérent à toute organisation judiciaire prévoyant plusieurs cours de même instance, et le reproche pourrait s'adresser tout aussi bien à la juxtaposition d'une pluralité de tribunaux devant appliquer la loi interne, et risquant de l'interpréter en sens contraire. L'existence d'une hiérarchie des organes judiciaires dominée par la Cour suprême, instrument d'unification des jurisprudences inférieures, n'est-elle pas une garantie suffisante de la coordination des interprétations judiciaires du droit international? Le problème est controversé.

Section III. L'interprétation des traités

On sait que la question des pouvoirs dont disposent les tribunaux quant à l'interprétation du droit international et notamment des traités peut jouer un rôle considérable en ce qui concerne la mise en œuvre du principe de la primauté. En effet, si le juge est tenu de suivre l'interprétation gouvernementale et si le Gouvernement, pour des raisons de politique intérieure, désire restreindre l'application d'un traité en vigueur, le juge peut se trouver contraint de faire prévaloir une loi interne. Inversement, si le juge a toute latitude d'apprécier la portée des traités, il

³³ Voir ERADES: p. 468.

³⁴ P. GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht*, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955, p. 24.

peut arriver, s'il est mal informé ou peu au courant des problèmes de droit international, qu'il donne une interprétation erronée à un traité et place, de ce fait, son gouvernement dans une situation embarrassante.

Aux Pays-Bas, la question des pouvoirs d'interprétation du juge dans le domaine des traités a fait couler beaucoup d'encre³⁶. Les discussions doctrinales à ce sujet ont pris un tour particulièrement vif à propos du cas suivant: dans une procédure sommaire, le Président du Tribunal du district d'Amsterdam admit que l'archipel des Moluques du Sud était un Etat indépendant, alors que le Gouvernement néerlandais n'avait jamais reconnu l'existence de cet Etat. Cette décision fut cassée par la Cour d'appel d'Amsterdam³⁶; elle était néanmoins de nature à troubler les relations néerlandais-indonésiennes.

De nombreuses voix s'élevèrent à l'époque pour proposer une limitation des pouvoirs d'interprétation du juge, en subordonnant leur appréciation dans certains cas aux directives du Ministère des Affaires Etrangères, et l'on suggéra que, pour le moins, une collaboration plus étroite s'établisse entre l'exécutif et le judiciaire en ce domaine.³⁷ Des projets de lois ont été élaborés en ce sens et déposés devant les Chambres, mais à l'heure actuelle les tribunaux néerlandais demeurent encore souverains dans l'interprétation du droit international, tant conventionnel que coutumier, et n'ont pas à tenir compte des injonctions de l'exécutif.

CHAPITRE III – CONCLUSIONS

Les revisions constitutionnelles de 1953 et de 1956 ont mis le droit public néerlandais à l'avant-garde de l'internationalisme juridique. Aucune constitution n'avait consacré en termes aussi explicites et de façon aussi absolue le principe de la primauté des traités internationaux sur le droit international. On peut sans doute citer l'exemple de la Constitution française qui, à son article 55, prévoit que les traités priment les lois internes, mais ce principe est tempéré par la réserve de la réciprocité, réserve que la Constitution néerlandaise n'a pas prévue.

³⁶ ERADES: pp. 257 et ss.

³⁶ N. J. 1951, No 129.

Voir aussi M. BOS: «*Le premier procès de la République des Moluques du Sud contre la Société Anonyme Koninklijke Paketvaart Maatschappij*», Clunet, 1953, pp. 286 et ss.

³⁷ ERADES: p. 263.

Par ailleurs, il faut souligner le caractère très original des dispositions relatives à l'approbation des traités qui dérogent à la Constitution et relever que par le biais de l'article 60, alinéa 3, les traités aux Pays-Bas ont acquis force supraconstitutionnelle.

Il est vrai que les dispositions nouvelles paraissent moins innovatrices si on les considère dans la perspective des solutions consacrées précédemment par la jurisprudence. Nous avons mentionné que même avant l'entrée en vigueur des nouveaux articles constitutionnels, les juges s'étaient toujours montrés très soucieux de respecter le droit international et que par le biais de la « présomption favorable », les traités jouissaient déjà précédemment d'une primauté de fait dans l'ordre interne. Il n'en reste pas moins vrai que le constituant néerlandais, en codifiant cette jurisprudence qui pouvait fluctuer, a donné plus de force encore au principe de la primauté du droit international.

Tout au plus peut-on regretter que cette réglementation constitutionnelle se soit limitée au droit international conventionnel et que les tribunaux ne lui aient pas encore donné sa pleine application.

En ce qui concerne l'application de la nouvelle réglementation, on a pu constater que les tribunaux manifestent encore certaines résistances et qu'ils réduisent la portée de nouvelles dispositions en interprétant restrictivement la notion de traité « self-executing ». Il faut espérer qu'il ne s'agit là que d'une réaction passagère.

LES SOLUTIONS DU DROIT SUISSE

Le système juridique suisse ne connaît pas, et n'a jamais connu, de réglementation constitutionnelle expresse des rapports entre le droit international et le droit interne. Sans doute la Constitution fédérale mentionne-t-elle le droit des gens ou les traités internationaux dans plusieurs de ses dispositions, notamment aux articles 8 à 11, 85, 89, 102, 112, 113 et 114bis, mais aucun de ces articles ne définit la place hiérarchique que les normes internationales doivent occuper dans l'ordre juridique suisse ou ne précise les modalités de leur application par le juge national.

Cette lacune dans la Constitution a eu pour effet de reporter sur la doctrine et la jurisprudence la responsabilité de dégager les principes de solution en la matière. La voie était ainsi ouverte aux contradictions jurisprudentielles et, il est encore difficile aujourd'hui d'énoncer avec certitude la solution que le droit positif suisse apporte au problème qui nous occupe. Les courants contradictoires de la doctrine et de la jurisprudence étrangères, notamment françaises, ne sont pas restés sans influence sur la pratique suivie en Suisse; si celle-ci a subi d'importantes fluctuations au cours des dernières décennies, c'est qu'à l'étranger aussi l'application du droit international a évolué au gré des tendances nouvelles.

Nous tenterons dans les pages qui suivent de faire le point des solutions du droit positif suisse, en distinguant, comme dans les chapitres précédents, entre le droit international coutumier et le droit international conventionnel. Nous consacrerons enfin un chapitre à l'examen des relations hiérarchiques entre les normes internationales et les dispositions de la Constitution fédérale.

CHAPITRE I - LES RÈGLES GÉNÉRALES DU DROIT INTERNATIONAL

La Constitution fédérale n'apporte aucune indication sur l'autorité de la coutume internationale et des principes généraux du droit devant le juge interne. Tout au plus peut-on citer l'article 112/2 où il est fait

mention du «droit des gens». Mais cette disposition, aux termes de laquelle le Tribunal fédéral connaît en matière pénale des crimes et des délits contre le droit des gens, ne concerne pas directement la question de l'autorité de la coutume internationale devant le juge fédéral: elle ne porte en fait que sur la délimitation des compétences judiciaires de la Confédération et des cantons. Pour ce qui est de la doctrine, elle ne fournit guère de précisions sur l'application du droit international et se contente en général de passer en revue la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Les auteurs qui ont porté leur attention sur le problème¹ ont tous abouti à la conclusion que les règles coutumières internationales ainsi que les principes généraux du droit font automatiquement partie du droit suisse et qu'ils sont immédiatement applicables par les tribunaux internes sans avoir besoin d'être confirmés au préalable par un traité international ou par une norme étatique. Citons à cet égard l'avis de M. GUGGENHEIM² selon lequel les règles du droit international coutumier ont une validité immédiate en droit interne, seules les règles coutumières incomplètes devant être confirmées par la législation interne.

Le Tribunal fédéral eut, à de nombreuses reprises, l'occasion de se prononcer sur l'application de la coutume internationale et sur son autorité interne, mais il s'abstint le plus souvent de justifier ses décisions par une prise de position doctrinale.

On peut ainsi évoquer un arrêt *Schinz-Obergericht Zurich*³ où il s'agissait de déterminer les effets d'une loi émanant d'un Etat non reconnu par la Suisse. Le Tribunal fédéral admit dans sa décision que les règles générales du droit international s'imposent au juge et qu'il y aurait déni de justice à ne pas les appliquer, mais releva que, dans le cas des effets

¹ R. MASTERS: *International Law in National Courts*, New York, 1932, p. 120.

R. ROOST: *Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, insbesondere in der Schweiz*, thèse non publiée, Bâle, 1946, p. 93.

E. A. GMÜR: *Immunität fremder Staaten und Staatsunternehmungen*, ASDI 1950, VII, pp. 988, p. 57.

M. GULDENER: *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich, 1951, p. 288.

P. GUGGENHEIM: *Droit international public*, Genève, 1953, I, p. 35.

² *Droit international public*, I, p. 35: «Il n'est besoin d'aucune procédure spéciale pour incorporer les règles du droit international coutumier au droit interne suisse. Elles y ont une validité immédiate.»

³ ATF 52 I 218 du 4. 6. 1926.

juridiques de la reconnaissance, la coutume internationale ne fournit pas de règles précises et incontestées susceptibles d'application.

Dans un arrêt «*République Hellénique-Obergericht Zurich*»⁴, le Tribunal fédéral reconnut l'existence d'une règle générale du droit international interdisant le séquestre de biens appartenant à un Etat étranger. Il se refusa en conséquence à appliquer à des biens, propriété de l'Etat grec, les articles 55 et 271 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Cette décision qui consacre l'application immédiate du droit international coutumier ne définit cependant pas les rapports hiérarchiques entre celui-ci et les normes internes. Le juge escamota la contradiction possible en présumant que le législateur n'avait pu vouloir porter atteinte à la coutume et que la loi en réservait donc implicitement l'application.

Citons encore les arrêts du Tribunal fédéral 41 II 141, 47 II 150, 49 I 150, 52 II 235 qui mettent le droit international directement en œuvre. Une seule décision divergente est à signaler: celle d'un arrêt du 31 octobre 1885 dans la cause *Luchsinger*⁵ où le Tribunal fédéral semble soutenir que les principes généraux du droit international ne doivent bénéficier de l'immédiateté d'application que s'ils sont repris dans un traité. Cette opinion, restée de jurisprudence isolée, s'appuyait sur une interprétation restrictive de l'article 113 de la Constitution fédérale.

Dans tous les arrêts précités (sauf l'arrêt *Luchsinger*), le Tribunal fédéral a appliqué la coutume internationale sans en exiger la transformation préalable en loi interne, mais ne développa pas les motifs qui l'ont conduit à adopter cette solution.

Le Tribunal fédéral exposa pour la première fois sa doctrine concernant la force obligatoire interne du droit international coutumier dans un arrêt *Ministère des Finances d'Autriche contre Dreyfuss* du 13 mars 1918⁶.

Il s'agissait en l'espèce de savoir s'il existait une règle coutumière internationale consacrant l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers devant les tribunaux nationaux. A l'appui de sa décision, le Tribunal fédéral énonça les principes suivants:

1) Le droit des gens doit être considéré comme droit fédéral, car d'après sa nature il postule son application générale à l'intérieur du pays et il doit être assimilé au droit interne proprement dit.

⁴ ATF 56 I 237 du 28. 3. 1930.

⁵ ATF 11, 411.

⁶ ATF 44 I 49.

La Cour confirma ainsi explicitement l'introduction automatique de la coutume internationale: celle-ci est assimilée au droit fédéral et s'impose à l'ordre juridique suisse avec force de loi.

2) La Cour avait encore à se prononcer sur la question de savoir quand une règle doit être considérée comme une coutume internationale applicable dans l'ordre interne. Elle refusa en l'espèce d'appliquer le principe allégué de l'immunité juridictionnelle, parce que celui-ci n'était «nullement admis d'une façon générale et sans réserve», et posa ainsi comme condition d'application des règles du droit international qu'elles aient fait l'objet d'une *reconnaissance générale par les Etats civilisés*. Cependant, le Tribunal fédéral ne reprit pas l'exigence de la Cour d'appel de Bâle qui, comme instance inférieure dans la même cause, avait déclaré qu'une règle de droit international coutumier devait, pour être appliquée, avoir fait l'objet d'une reconnaissance par la Suisse elle-même.

Dans un arrêt plus récent du 6 juin 1956 dans la cause *Royaume de Grèce contre Banque Julius Bär et Cie*⁷, le Tribunal fédéral a eu l'occasion, à propos de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, de confirmer cette jurisprudence favorable à l'incorporation immédiate de la coutume internationale:

«Quant à l'inobservation des principes du droit des gens, elle doit, conformément à la jurisprudence, être assimilée à la violation d'un traité. D'ailleurs en Suisse les principes du droit des gens sont considérés comme du droit interne.»

Les autorités administratives eurent également à se prononcer sur l'autorité interne de la coutume internationale et confirmèrent la solution consacrée par le Tribunal fédéral. A propos d'une affaire d'atteinte à la neutralité suisse, dans laquelle certains fonctionnaires du Consulat d'Allemagne à Zurich étaient impliqués, le Conseil fédéral eut à déterminer les limites du droit des autorités administratives fédérales de faire perquisitionner dans un immeuble consulaire étranger. Par une décision du 4 mai 1918, il se résolut à «autoriser l'instruction d'une enquête contre le Consulat général d'Allemagne dans les limites des usages consa-

⁷ ATF 82 I 82.

Même sens ATF, non publié, *Repubblica Italiana* du 17. 5. 1955.

Obgr. ZH, 21. 1. 1953, Bl. Zür. Rechtspr. 52, No 135.

Voir en outre Gmür: ASDI 1950, VII, p. 57.

crés par le droit international»⁸, reconnaissant par là que les règles de ce droit sont directement obligatoires pour les organes exécutifs⁹.

De même, le Département politique fédéral, dans une décision rendue le 20 août 1934 et portant sur la question de savoir si les règles internes suisses relatives au droit de gage pouvaient s'appliquer aux membres du Corps diplomatique¹⁰, énonça que «les autorités fédérales doivent se conformer aux normes générales reconnues du droit international... ainsi qu'aux principes généraux de la réciprocité internationale».

Depuis lors, de nombreux avis ou décisions émanant de l'administration fédérale sont venus confirmer cette attitude favorable aux règles du droit international. Qu'il nous suffise de mentionner parmi les prises de position les plus récentes:

- un avis de droit du Département politique en date du 28 février 1955¹¹ concernant les notions d'exterritorialité et de l'inviolabilité d'un immeuble diplomatique (attaque de la Légation de Roumanie à Berne);
- un avis du Département politique en date du 7 janvier 1956¹² concernant les procurations judiciaires des membres de missions diplomatiques;
- un avis du Département de justice et police en date du 17 septembre 1956¹³ relatif à la notification de documents judiciaires sur un territoire étranger;
- un avis de droit du Département politique en date du 28 mai 1958¹⁴ traitant de la protection diplomatique contre des arrestations illégales;
- un avis de droit du Département politique en date du 31 août 1961¹⁵ relatif à l'immunité de juridiction des agents diplomatiques.

Dans tous ces cas, les autorités se sont fondées sur des règles générales du droit international, sans se préoccuper de savoir si elles avaient été confirmées par une loi interne.

⁸ SALIS-BURCKHARDT: *Le droit fédéral suisse*, traduction Bovet, Neuchâtel, 1930-1935, No 2045bis.

⁹ Dans le même sens SALIS-BURCKHARDT: No 89, III; No 90, II.

¹⁰ JAA 8, No 7.

¹¹ JAA 25, No 1.

¹² JAA 26, No 36.

¹³ JAA 26, No 5.

¹⁴ JAA 28, No 1.

¹⁵ JAA 30, No 3.

On peut ainsi conclure que le droit suisse reconnaît aux règles générales force obligatoire interne du seul fait de leur validité internationale. Elles sont «per se» partie du droit interne, sans qu'elles aient besoin au préalable d'être «transformées» par un acte législatif interne, ou reprises dans un traité conclu par la Suisse. Il suffit que ces règles du droit international soient généralement reconnues, c'est-à-dire qu'elles répondent aux conditions que l'ordre international fixe lui-même à leur validité.

Le Tribunal fédéral n'eut pas jusqu'à présent l'occasion de se prononcer sur un conflit opposant la coutume internationale à une disposition légale interne. On peut dès lors s'interroger sur la place qu'occupent ces règles dans l'ordre hiérarchique des normes internes. Priment-elles les lois fédérales en suspendant l'application de celles-ci en cas de conflit, ou doivent-elles s'incliner devant les lois fédérales contraires? Le Tribunal fédéral ne s'est pas explicitement prononcé sur cette question; mais il y a tout lieu de penser que, si le cas devait se présenter, il reconnaîtrait au droit international coutumier la même autorité interne que celle dont bénéficient les dispositions des traités conclus par la Suisse: telle est en effet la solution qui paraît se dégager de l'arrêt *Royaume de Grèce contre Julius Bär et Cie* mentionné ci-dessus (ATF 82 I 82).

CHAPITRE II – LES TRAITÉS INTERNATIONAUX

A la différence des constitutions des pays limitrophes, la Constitution fédérale suisse ne contient aucune disposition réglementant expressément les rapports entre les traités internationaux et les règles internes et définissant la hiérarchie dans laquelle se situent leurs normes respectives. A défaut de définitions constitutionnelles, il s'agira d'examiner quels sont, en la matière, les principes de solution qui se dégagent logiquement de l'ordre juridique suisse dans son ensemble et ceux qui ont été consacrés par la doctrine et la jurisprudence. Dans cette analyse, nous nous efforcerons, dans une première section, de définir la nature juridique des normes conventionnelles internationales en droit suisse; à cet effet, nous étudierons la procédure constitutionnelle de leur élaboration et de leur conclusion et les actes juridiques internes qui ont pour effet de les mettre en vigueur. Lorsque nous aurons ainsi situé le droit international conventionnel dans l'ordre juridique interne en indiquant en quoi ses normes

se différencient des normes législatives internes, nous tenterons dans une seconde section de préciser, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence, quelle est, au niveau de l'application judiciaire, l'autorité des normes conventionnelles internationales par rapport à celle des règles internes. Il s'agira notamment de savoir si les traités bénéficient de l'immédiateté d'application et de la primauté sur les normes internes. Enfin nous examinerons dans une troisième section si le juge est libre dans l'interprétation des dispositions des traités ou s'il est tenu de suivre les injonctions du pouvoir exécutif, et si les principes en la matière ont une influence sur l'autorité interne des traités.

Section I – La nature juridique des traités en droit interne

§ 1. *Les organes chargés d'élaborer et de conclure les traités*¹⁶

Le droit international laisse aux Etats le soin de définir la procédure interne d'élaboration et de conclusion des traités internationaux. Il n'impose aucune règle en la matière autre que celle d'une présomption «*juris tantum*» en faveur des organes normalement habilités à conclure¹⁷. Ce principe est cependant tempéré par le fait que seules les règles constitutionnelles notoires doivent être prises en considération par l'Etat cocontractant lorsqu'il cherche à établir si un accord qu'il a conclu est valable sur le plan international¹⁸. Certains auteurs soutiennent cependant que la sécurité des relations internationales exige que l'organe apparemment compétent pour déclarer la volonté étatique doit pouvoir engager la Suisse, même s'il le fait en violation des règles constitutionnelles de conclusion¹⁹. Cependant la majorité de la doctrine suisse considère qu'un

¹⁶ Nous n'analyserons pas la question de la répartition des compétences entre Confédération et cantons en matière de conclusion de traités. D'après la doctrine tout à fait dominante actuellement, la Confédération peut conclure un traité touchant n'importe quelle matière, même celles qui en droit interne sont réservées aux cantons. Ceux-ci peuvent passer des accords dans le domaine restreint du voisinage, de la police, de l'économie publique, tant que le Conseil fédéral n'en a pas conclu lui aussi sur la même matière. (Voir J. F. AUBERT: *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux*, RDS 1962, pp. 268/269.)

¹⁷ H. ROLIN: *Les principes du droit international public*, RCADI 1950, II, p. 425.

¹⁸ J. BASDEVANT: *La conclusion et la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités*, RCADI 1926, V, pp. 535ss, p. 581.

¹⁹ W. BURCKHARDT: *Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge*, RDS 1915, p. 158. *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. 5. 1874*, 3e éd., Berne, 1937, ci-après «*Commentaire*», p. 673. (suite p. 188)

accord conclu en violation de la procédure de conclusion prévue par le droit fédéral n'a aucune validité, et ne lie pas l'Etat sur le plan international. Telle est en particulier l'opinion de M. GIACOMETTI selon laquelle un traité n'est internationalement obligatoire que lorsque l'Assemblée fédérale l'a approuvé:

«Denn eine Ratifikation ohne Genehmigung wäre völkerrechtlich irrelevant.»²⁰

La Constitution fédérale a désigné aux articles 85, chiffre 5, 89, alinéa 3 et 102, alinéa 1, chiffre 8, les organes étatiques pouvant engager la Suisse et ceux qui par un acte d'approbation doivent contribuer à la formation de la volonté étatique. Ces dispositions établissent en la matière une répartition de compétences entre l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral et le peuple, organes dont la participation à la procédure d'élaboration dépend de la nature de l'accord à conclure, ou de la durée des obligations qu'il impose. Afin de respecter la répartition interne des pouvoirs, la Constitution a laissé en général aux organes qui sont normalement habilités à édicter des normes internes dans un certain domaine le soin de contrôler également l'élaboration des règles internationales portant sur ces mêmes matières.²¹ Il s'agit d'éviter que, par la voie de la conclusion de traités internationaux, les principes de la séparation des pouvoirs sur le plan interne soient contournés et qu'un organe, l'exécutif en particulier, puisse par ce détour imposer l'application de normes qu'il n'est pas normalement fondé à édicter²².

¹⁹ (suite)

U. LAMPERT: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1918, p. 12.

G. PICCARD: *Der Abschluss internationaler Verträge durch den schweizerischen Bundesrat*, thèse, Zurich, 1938, pp. 94 ss.

²⁰ Même sens:

FLEINER-GIACOMETTI: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1949, ci-après «GIACOMETTI, *Bundesstaatsrecht*», pp. 819/11.

BLUMER-MOREL: *Handbuch d. Schweiz. Bundesstaatsrechtes*, 3e éd., Bâle, 1891, III, p. 349.

F. HIS: *Die rechtliche Geltung der Staatsverträge*, RDS 1915, pp. 437 ss, p. 464.

R. KUNDERT: *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im schweizerischen Staatsrecht*, Zurich, 1919, p. 45.

P. FREYMOND: *La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, thèse, Lausanne, 1947, p. 103.

GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 69.

B. TRINKLER: *Der Abschluss von Staatsverträgen in der Schweiz*, Berne, 1954, pp. 5 ss.

²¹ La coïncidence entre la répartition des compétences internes et celle en matière de relations extérieures n'est toutefois pas parfaite.

²² GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 819.

La Constitution fédérale énonce à l'article 102, alinéa 1, chiffre 8, que le Conseil fédéral «veille aux intérêts de la Confédération au-dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux et qu'il est en général chargé des relations extérieures», mais la Constitution accorde d'autre part à l'Assemblée fédérale en vertu de l'article 85, chiffre 5, une compétence parallèle en matière d'alliances et de traités:

«Les affaires de la compétence des deux conseils sont notamment les suivantes:

... 5) les alliances et les traités avec les Etats étrangers, ainsi que l'approbation des traités des Cantons entre eux ou avec les Etats étrangers; toutefois, les traités des Cantons ne sont portés à l'Assemblée fédérale que lorsque le Conseil fédéral ou un autre Canton élève des réclamations.»

Ces dispositions n'opèrent pas une distinction nette entre les sphères de compétence des deux organes étatiques dans le domaine des relations internationales. L'imprécision de leurs termes pourrait porter à croire que l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral sont investis de pouvoirs identiques et qui ne pourraient être exercés que conjointement. Laquelle de ces autorités est finalement habilitée à conclure valablement un traité? Sont-elles l'une et l'autre organes de conclusion? La doctrine se divise sur la question:

1) Selon une première opinion, l'article 85 serait déterminant: il ferait de l'Assemblée fédérale le «*treaty-making power*», en lui attribuant le pouvoir exclusif d'engager la Confédération; les Chambres exerceraient cette compétence en «*ratifiant*» elles-mêmes les traités soumis à leur approbation. L'approbation parlementaire ne serait pas dès lors une participation à l'élaboration du traité, mais une véritable déclaration de la volonté étatique ayant pour effet la conclusion même du traité.²³ Quant au Conseil fédéral, il n'aurait pas la compétence d'engager la Confédération. Son rôle serait limité au domaine de la négociation et de la signature; il aurait en outre à «*transmettre*» à l'Etat cocontractant la ratification opérée par l'Assemblée fédérale. Ne possédant en la matière aucun pouvoir de décision en propre, il serait tenu d'accomplir cette transmission, comme il est tenu de publier les lois régulièrement votées²⁴,

²³ A. APPOLTER: *Éléments de droit public suisse*, Berne, 1918, p. 149.

²⁴ M. BATTELLI: *Les institutions de démocratie directe en droit suisse et comparé moderne*, thèse, Genève, 1932.

Cette thèse paraît confirmée par le texte français de l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale où il est question des traités que l'Assemblée fédérale aura «ratifiés». Toutefois, nous ne croyons pas qu'il faille accorder trop d'importance à cette formule qui n'est d'ailleurs reprise ni dans la version allemande, ni dans le texte des arrêtés d'approbation de l'Assemblée fédérale. L'expression «ratifié» ne figure que dans les arrêtés de ratification du Conseil fédéral.

2) Nous pensons, comme la doctrine dominante, qu'il est faux de réduire le rôle du Conseil fédéral en matière de traités à celui d'un exécutant des volontés parlementaires.²⁶ L'article 102/8 lui accorde en effet la très large compétence «de veiller aux intérêts de la Confédération», ce qui implique le pouvoir de participer à la formation de la volonté étatique. Il faut d'autre part rappeler que l'article 95 de la Constitution fait du Conseil fédéral «l'autorité directoriale et exécutoire supérieure de la Confédération», ceci pour l'ensemble de son activité publique. Il semble, dès lors, plus conforme à l'esprit de la Constitution et particulièrement à celui des articles 102, alinéa 1, chiffre 8, et 95 de reconnaître au Conseil fédéral lui-même le pouvoir de conclure les traités et d'engager la Confédération par le moyen de la ratification.

L'approbation parlementaire n'a pas en soi pour effet de créer des liens interétatiques, mais constitue simplement une étape dans l'élaboration de la norme internationale. Elle est sans doute nécessaire pour la plupart des traités, et le Conseil fédéral n'est généralement autorisé à conclure que si les Chambres se sont favorablement prononcées. Mais l'approbation parlementaire n'a pas pour effet d'obliger l'exécutif à conclure: il l'y autorise tout au plus. Le Conseil fédéral est donc libre d'apprécier s'il est opportun ou non de lier en fin de compte la Confédération, et peut, selon les circonstances, renoncer à conclure un traité même si l'Assemblée fédérale l'y avait précédemment autorisé²⁰. Il jouit en la matière d'une compétence discrétionnaire.

Dans le même sens: BLUMER-MOREL: p. 349.

J. SCHOLLENBERGER: *Bundesverfassung der Schweiz, Eidgenossenschaft*, Berlin, 1905 p. 164.

²⁶ FREYMOND: p. 83.

¹⁰ BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 673.

H. STRÄULI: *Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung*, Zurich, 1933, p. 121.

GUGGENHEIM: Fiches juridiques suisses, No 447.

GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 820.

TRINKLER: p. 127.

La pratique des autorités fédérales s'est d'abord montrée hésitante sur la question de savoir à quel organe revenait la compétence de ratifier²⁷; mais dans deux circulaires, l'une du 8 février 1950, l'autre du 8 juillet 1952²⁸, le Département politique fédéral fait nettement la distinction entre la procédure internationale de conclusion, opérée exclusivement par le Conseil fédéral, et la procédure constitutionnelle d'approbation, qui n'a pas pour effet de créer des liens interétatiques.

L'opinion selon laquelle l'Assemblée fédérale n'est pas un organe de conclusion est en outre confirmée par le fait que dans certains cas le Conseil fédéral est habilité à conclure un traité sans avoir à requérir au préalable l'approbation parlementaire. Tel est en particulier le cas des accords qui n'imposent pas de nouvelles obligations à la Suisse, qui concernent des matières rentrant normalement dans les compétences du Conseil fédéral, qui portent sur l'exécution de traités antérieurs ou encore les traités qui, en matière commerciale, ont un caractère provisoire²⁹.

Outre l'approbation des Chambres fédérales, la Constitution institue une autre étape de l'élaboration interne du traité: celle du référendum prévu à l'article 89, alinéa 3. Les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans sont soumis au référendum populaire lorsque la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit cantons. Ce référendum facultatif ne met pas en cause la validité internationale de traités déjà conclus, mais constitue simplement, s'il y a lieu, un élément de perfection de l'arrêté fédéral d'approbation³⁰. L'arrêté n'entre pas en force tant que le délai référendaire de 90 jours ne s'est pas écoulé et, si durant ce délai une demande de référendum a abouti, tant que la majorité des votants ne l'a pas approuvé. Le Conseil fédéral doit dès lors attendre, avant de procéder à la ratification, que toutes les conditions de validité de l'arrêté d'approbation soient réunies et en particulier que l'obstacle de l'article 89, alinéa 3, ait été surmonté. Cependant, le peuple n'est pas investi pour autant (pas davantage que le Parlement) du pouvoir d'engager la Suisse; l'assen-

²⁷ JAA 8, No 14, laisse la question ouverte.

SALIS-BURCKHARDT: No 626, en contradiction avec 627 III.

²⁸ ASDI 1954, XI, p. 229; JAA 9, No 180.

²⁹ BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 675.

TRINKLER: p. 43.

AUBERT: pp. 270/271.

³⁰ GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, pp. 823-824.

timent qu'il donne aux dispositions d'un arrêté d'approbation permet sans doute à l'exécutif de conclure le traité, mais cet assentiment n'est pas, en soi, un acte de conclusion⁸¹. Le Conseil fédéral est donc seul compétent pour lier la Confédération sur le plan international, en ratifiant un traité ou en adhérant à une convention. Il ne peut accomplir ces actes de conclusion internationale que si les modalités prévues par la Constitution quant à la formation de la volonté étatique ont été respectées, mais ces modalités ne sont que des étapes préparatoires à la conclusion.

L'accord régulièrement approuvé puis ratifié par les parties est exécutoire dans l'ordre interne à la date qu'il a lui-même fixée à son entrée en vigueur, à condition toutefois d'avoir été régulièrement publié dans le Recueil officiel. La publication ne doit cependant pas être considérée comme créatrice de force obligatoire interne. Comme on le verra plus loin, cette étape supplémentaire a seulement pour but de faciliter la mise en œuvre pratique du traité, en le portant à la connaissance des personnes auxquelles il s'applique. La doctrine admet d'ailleurs que, dans certaines circonstances, le Conseil fédéral est habilité à mettre en œuvre un traité sans avoir à suivre la procédure de publication⁸².

§ 2. *La nature juridique de l'approbation parlementaire et de la publication*

A. En application de l'article 85, chiffre 5, de la Constitution fédérale, le Parlement est en principe appelé à approuver par arrêté tous les traités conclus par la Confédération. Toutefois, selon une pratique bien établie, l'approbation des Chambres n'est pas requise pour certaines catégories d'accords. Comme relevé plus haut, il s'agit des conventions qui n'imposent pas d'obligations nouvelles à la Suisse, celles qui ont fait l'objet d'une approbation anticipée, celles qui sont passées en exécution d'autres traités déjà approuvés et enfin certaines conventions commerciales de nature provisoire. Enfin, une tendance se fait jour dans la doctrine et la pratique de dispenser de la procédure d'approbation parlementaire les traités portant sur des matières qui, dans la répartition interne des compétences, relèvent du pouvoir réglementaire du Conseil fédéral⁸³.

⁸¹ GUGGENHEIM: Fiches juridiques suisses, No 447.

⁸² GUGGENHEIM: *Die nicht-veröffentlichungspflichtigen Verträge nach Völkerrecht und schweizerischem Bundesstaatsrecht*, Festgabe Nawiasky, Einsiedeln 1950, pp. 91 ss.

⁸³ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, pp. 68-70.

AUBERT: p. 270.

Quelle est la nature juridique de l'arrêté fédéral portant approbation d'un traité ?

Certains auteurs, influencés par la doctrine dualiste, affirment que l'arrêté d'approbation de l'Assemblée fédérale est un acte à double face. D'une part, il constituerait un élément de la procédure internationale d'élaboration du traité en autorisant l'exécutif à ratifier; d'autre part, il serait un acte législatif interne ayant pour effet d'accorder force de loi fédérale aux dispositions contenues dans un traité, celles-ci n'ayant par elles-mêmes aucune validité sur le plan étatique⁸⁴. L'arrêté d'approbation, qui a toutes les apparences d'un acte unique se décomposerait quant à sa portée juridique en deux injonctions distinctes déployant leurs effets dans des sphères séparées du droit. Le Tribunal fédéral a défendu cette théorie dans un arrêt *LEPESCHKIN* (ATF 49 I 188) dont on peut citer la phrase suivante: «L'obligation pour les tribunaux ne provient pas du traité lui-même, mais de l'acte d'approbation.» Cette affirmation se fonde sur l'identité formelle qui existe entre loi fédérale et acte d'approbation: ils émanent l'un et l'autre de l'organe législatif et sont tous deux susceptibles d'être soumis au référendum populaire.

Bien qu'il y ait identité dans la forme, nous ne croyons cependant pas que l'approbation parlementaire puisse être considérée comme une loi ordinaire, même si elle se manifeste dans la forme d'une disposition législative interne. Elle n'a qu'un seul but: autoriser l'exécutif à ratifier⁸⁵. Le vote d'une loi par l'Assemblée fédérale lui confère sa validité interne, sous réserve de l'écoulement du délai référendaire. Il suffit que l'exécutif en publie alors le texte dans le Recueil officiel – il y est tenu – pour que les autorités internes soient obligées de l'appliquer: le Parlement, sous réserve du consentement populaire, élabore souverainement la loi.

Il n'en va pas de même de l'arrêté d'approbation, qui représente une étape parmi d'autres de l'élaboration d'une norme internationale; cette norme ne lie les particuliers qu'à partir du moment où l'autorité exécutive compétente la perfectionne en concluant le traité et que celui-ci est entré

⁸⁴ AFFOLTER: p. 152.

KUNDBERT: pp. 5188.

F. FLEINER: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, p. 75.

BATTELLI: p. 54.

STRÄULI: p. 119.

E. RUCK: *Schweizerisches Staatsrecht*, 3e éd., Zurich, 1957, p. 327.

⁸⁵ BURCKHARDT: RDS 1915, p. 153.

en vigueur sur le plan international. Tant qu'il n'y a pas conclusion, le projet de traité demeure un acte juridique incomplet, démuné de toute force obligatoire interne ou internationale. Le Conseil fédéral, investi d'une compétence discrétionnaire en la matière, peut en refusant de conclure un traité approuvé par l'Assemblée fédérale priver cette approbation de toute portée juridique. On voit ainsi que l'intervention des Chambres dans l'élaboration d'un traité n'a pas le caractère d'une décision indépendante; elle n'est qu'un élément d'une procédure comportant d'autres interventions⁸⁶.

Une autre différence entre l'arrêté d'approbation d'un traité et une loi peut être trouvée dans la méthode selon laquelle le Parlement procède à leur examen et se prononce sur leur contenu. Alors qu'en matière de lois internes l'Assemblée fédérale peut étudier article par article le projet qui lui est proposé, les projets de traités doivent être approuvés ou rejetés «in globo», sans qu'une différenciation puisse être faite entre les dispositions qu'ils contiennent⁸⁷; tout au plus peut-il, dans le cas des accords multilatéraux, subordonner son approbation à la stipulation de réserves⁸⁸.

Si lois et arrêtés d'approbation d'un traité s'apparentent par leur commune soumission au référendum facultatif, sur ce point encore le système qui leur est appliqué n'est pas identique. Le contrôle populaire des arrêtés d'approbation se différencie de celui des lois, matériellement et historiquement. Rappelons en effet que les traités internationaux étaient totalement soustraits au contrôle du peuple dans la Constitution de 1874; ce n'est que plus tard, lors de la révision constitutionnelle du 30 janvier 1921, que le référendum fut étendu au domaine des traités. L'assimilation ne fut d'ailleurs que partielle. Alors que tous les lois et arrêtés de portée générale émanant de l'Assemblée fédérale peuvent faire l'objet d'un référendum, seuls les traités conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de 15 ans sont susceptibles d'être portés devant le

⁸⁶ BURCKHARDT: RDS 1915, p. 153.

A. DE MEURON: *L'autorité des traités internationaux en droit public suisse*, thèse, Neuchâtel, 1937, p. 48.

M. PAUR: *Der Abschluss von Staatsverträgen im Bundesstaat*, thèse, Zurich, 1938, pp. 52/53.

ROOST: p. 103.

⁸⁷ PAUR: pp. 52/53.

AUBERT: p. 269.

⁸⁸ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 78.

peuple. Le Conseil fédéral, exposant dans son message de 1919³⁹ les raisons de cette modification constitutionnelle, précisa d'ailleurs que l'extension des droits populaires au domaine des traités n'impliquait pas une assimilation totale de l'arrêté d'approbation aux lois internes ordinaires. Le motif de la revision était uniquement de limiter la souveraineté du Parlement dans un domaine où les obligations des particuliers pouvaient être mises en cause. Ainsi, l'instauration du référendum en matière de traités ne peut constituer un argument pour ceux qui veulent voir dans l'approbation parlementaire des traités une procédure législative à portée interne⁴⁰.

Concluons donc de ces différentes considérations que l'arrêté fédéral d'approbation est un acte juridique *uniquement orienté vers la création d'une norme internationale*. Il représente une étape de l'élaboration des traités et constitue ainsi une des conditions auxquelles la Constitution soumet la conclusion d'un accord international⁴¹.

Cette opinion est confirmée par une série de décisions administratives. Citons en particulier la réponse du Conseil fédéral à la Légation des Pays-Bas (SALIS-BURCKHARDT: II, No 626) où il est affirmé que les traités internationaux sont valables en droit interne en vertu de leur validité internationale et en l'absence de toute loi en confirme les termes.

De même, la Division fédérale de la justice, dans un avis de droit délivré en date du 28 mars 1956 concernant les mesures d'exécution interne d'un traité multilatéral non «self-executing» reconnaît expressément que les traités et les arrêtés d'approbation de l'Assemblée fédérale ne sont pas assimilables à des lois fédérales ordinaires:

«Der Staatsvertrag ist in seinen Wirkungen nach innen dem formellen Gesetz zwar mindestens ebenbürtig, bildet aber eine von ihm verschiedene, autonome Rechtsquelle und insofern ein sogenanntes materielles, kein formelles Gesetz.»⁴²

³⁹ FF 1919, II, p. 222.

⁴⁰ PAUR: p. 59.

BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 674.

⁴¹ BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 674.

MEURON: p. 40.

GUGGENHEIM: Fiches juridiques suisses, Nos 447 et 487.

⁴² JAA 26, No 1.

ASDI 1960, pp. 183-188.

B. Certains auteurs ont cru trouver une confirmation du principe dualiste de la transformation dans l'exigence de la publication des traités internationaux. Selon cette opinion, la publication aurait pour effet de rendre l'accord international valable sur le plan interne et aurait dès lors, dans la perspective de l'ordre juridique suisse, un effet transformateur⁴³. L'article 4 de la loi fédérale du 12 mars 1948 relative à la force obligatoire du Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 et à la nouvelle série du Recueil des lois⁴⁴ prévoit sans doute, comme pour les lois, la publication des traités au Recueil officiel. Mais il n'est dit nulle part comme en matière de lois (article 9) que la force obligatoire interne des traités dépend de cette publication. Par ailleurs, la loi fédérale du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils⁴⁵ réglemente expressément à son article 38 l'entrée en vigueur des actes législatifs et précise le moment où ils s'imposent aux autorités et aux particuliers, mais cette loi n'énonce rien de semblable à propos du droit international conventionnel. On doit en déduire que l'ordre juridique suisse laisse aux Etats contractants le soin de déterminer la date de l'entrée en vigueur des traités et reconnaît par là que ceux-ci tirent leur force obligatoire interne de leur caractère exécutoire sur le plan international⁴⁶, la publication étant une simple mesure d'ordre.

Ainsi, il apparaît que la procédure de publication ne revêt pas la même importance pour les traités que pour les normes législatives internes. Elle répond certes à une nécessité de la sécurité juridique et au principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », et facilite l'exécution du traité en clarifiant la question de savoir si la norme internationale s'adresse aux autorités seules ou à tous les destinataires de l'ordre juridique suisse⁴⁷. Mais cet acte n'est pas une formalité constitutive de validité interne; le traité a force obligatoire interne du fait de sa validité internationale et n'a pas besoin d'être transformé par un acte étatique pour s'imposer.

⁴³ RUCK: *Staatsrecht*, pp. 327/328.

⁴⁴ RO 1949, II, p. 1627.

⁴⁵ RO 1962, p. 811.

⁴⁶ GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht*: Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955, ci-après «*Völkerrechtliche Schranken*», p. 12

⁴⁷ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 36.

Même sens: BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 674.

H. ZUMSTEIN: *Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen*, thèse, Berne, 1951, p. 51.

La publication n'a donc, en ce qui concerne l'entrée en vigueur des dispositions d'un traité, qu'une valeur déclarative:

«Die Aufnahme eines völkerrechtlichen Vertrages in die Gesetzesammlung hat daher auch nach der schweizerischen Rechtsauffassung keine konstitutive, sondern eine deklaratorische Bedeutung.»⁴⁸

Section II – L'autorité interne des traités internationaux

§ 1. L'imédiateté d'application des traités

Nous avons relevé que l'arrêté fédéral d'approbation et la procédure de référendum populaire constituaient des étapes de l'élaboration du traité, mais que ces démarches sont exclusivement orientées vers la conclusion sur le plan international et ne sont pas destinées, dès lors, à créer des normes législatives internes. Quant à la publication du traité après sa conclusion, nous avons vu qu'elle a le caractère d'un acte administratif simplement déclaratif. Au surplus, le système juridique suisse ne connaît pas le système de l'incorporation spécifique du droit international conventionnel en vertu duquel les dispositions d'un traité doivent être reprises intégralement dans une loi interne ad hoc avant d'acquiescer force obligatoire pour les organes d'exécution nationaux.

Il apparaît ainsi qu'un traité international valablement conclu sur le plan international acquiert dès son entrée en vigueur entre les parties contractantes force obligatoire dans la sphère juridique suisse, au même titre que la législation interne. Citons à cet égard M. GIACOMETTI:

«Gemäss den Grundsätzen des Völkerrechtes wird der Staatsvertrag mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden für die Vertragsstaaten völkerrechtlich verbindlich. Mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit eines Staatsvertrages für die Schweiz tritt aber automatisch auch die staatsrechtliche Verbindlichkeit des Staatsvertrages rechtssetzender

⁴⁸ GUGGENHEIM: *Die nicht veröffentlichungspflichtigen Verträge nach Völkerrecht und schweizerischem Bundesstaatsrecht*, p. 96.

Dans le même sens: BURCKHARDT: RDS 1915, p. 165 et commentaire, p. 674.

De même JAA 9, No 31; 12, No 28.

SALIS-BURCKHARDT: 2767 II, 1215 II.

MEURON: p. 69.

ZUMSTEIN: p. 50.

Natur ein; d. h. mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden wird der rechtssetzende Staatsvertrag ipso jure auch für alle Behörden und Bürger verbindlich, insofern er unmittelbar anwendbar ist. Er stellt im letzteren Falle zugleich Bundesrecht dar. Es bedarf für den Eintritt der staatsrechtlichen Verbindlichkeit keiner Transformation des Staatsvertrages in ein Bundesgesetz.»⁴⁹

Toutefois, seuls les traités dits «self-executing», c'est-à-dire dont les dispositions sont suffisamment explicites et précises, et qui ont été dûment publiées, sont immédiatement applicables aux individus. Il existe en effet de nombreux traités internationaux qui ne sont pas destinés à être appliqués tels quels, mais qui ne contiennent que des directives à l'intention de l'exécutif; il est évident que ces traités-«cadre» ont besoin d'être précisés par une législation interne. Il ne s'agit pas, en ce cas, d'une transformation de la norme internationale, mais de l'exécution de celle-ci.⁵⁰

On a soutenu qu'à défaut de transformation par acte législatif spécial, l'incorporation des traités en droit interne était opérée par l'effet de l'arrêté fédéral d'approbation.⁵¹ Cette conception d'inspiration dualiste est à rejeter, car, comme nous l'avons vu au chapitre précédent, l'arrêté fédéral d'approbation n'est pas en soi constitutif de force obligatoire interne: preuve en soit que certains traités n'ont pas besoin d'être approuvés au préalable par l'Assemblée fédérale et qu'ils ont, néanmoins, force obligatoire interne, du seul fait de leur conclusion.⁵²

⁴⁹ p. 829. Même sens:

AFFOLTER: p. 152.

BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 688.

H. ZOELLY: *Innerstaatliche Wirkung des Völkerrechts*, Zurich, 1938, pp. 1-3.

PAUR: pp. 60ss.

P. DE VISSCHER: *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelles, 1943, p. 110.

GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 36.

A. F. SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4e éd, Bâle, 1957/1958, I, p. 70.

AUBERT: pp. 273-276.

⁵⁰ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 34.

⁵¹ KUNDERT: pp. 51ss.

FLEINER: *Bundesstaatsrecht*, p. 755.

E. RUCK: *Staatliches und überstaatliches Handelsrecht*, Festgabe C. WIELAND, Bâle, 1934,

pp. 320ss; *Staatsrecht*, pp. 240/241.

Voir aussi FF 1920, V, p. 457.

ZUMSTEIN: p. 37.

⁵² SCHINDLER: ASDI 1946, III, p. 212.

Le principe de l'immédiateté des traités «self-executing» trouve sa confirmation dans la pratique constante des autorités administratives. Evoquons les quelques exemples suivants:

1) Le Département de justice et police fut appelé à se prononcer sur la validité d'un traité germano-suisse, non soumis à l'approbation de l'Assemblée fédérale, mais dûment ratifié, et qui se trouvait être en opposition avec une loi schaffhousoise en vigueur. Le Département admit que le traité s'imposait à l'encontre de la loi cantonale, en vertu de sa seule validité internationale et en l'absence de toute transformation en droit interne: «En droit suisse, un traité qui a été valablement conclu et dûment publié est en principe obligatoire, non seulement pour les Etats comme tels, mais aussi pour les autorités et les particuliers.»⁵³

2) Lors de la conférence d'Algésiras, les puissances participantes décidèrent de créer un tribunal spécial pour juger les actions intentées au Maroc contre la Banque d'Etat et désignèrent le Tribunal fédéral comme autorité de recours. Le Conseil fédéral adhéra par la suite à cet accord et invita le Tribunal fédéral à examiner s'il pouvait se considérer comme directement investi par le traité de cette nouvelle compétence. Le Tribunal fédéral conclut que l'adhésion de la Suisse suffisait en soi à rendre obligatoires les dispositions de l'Acte d'Algésiras pour les organes de la Confédération, et que toute confirmation législative fédérale était dès lors inutile. «Dès que les autorités constitutionnellement compétentes ont conclu un traité sur une matière pouvant faire l'objet de stipulations internationales, l'Etat est lié envers son cocontractant, ce qui entraîne l'obligation des autorités et des citoyens d'observer la convention, aussitôt qu'elle devient par là droit fédéral...»⁵⁴

3) Le message relatif à l'approbation de la convention concernant la Banque des Règlements Internationaux adressé par le Conseil fédéral aux Chambres en date du 7 février 1930⁵⁵ contient une très nette affirmation du principe selon lequel les traités internationaux ont «per se» force obligatoire interne et qu'ils n'ont pas besoin pour être applicables par le juge interne d'être confirmés par une loi fédérale. Citons le passage suivant du message en question:

⁵³ JAA 8, No 14.

⁵⁴ M. BOURQUIN: *Droit international public*, Fiches juridiques suisses, No 298, pp. 7/8. Voir aussi SALIS-BURCKHARDT: No 96.

⁵⁵ FF 1930, I, pp. 69ss.

«En effet, d'après notre droit constitutionnel, les traités approuvés par l'Assemblée fédérale reçoivent, dès leur ratification, force de loi, c'est-à-dire puissance coercitive interne, sans que la promulgation d'une loi particulière soit nécessaire.»⁶⁶

Se fondant sur ce principe, le Conseil fédéral s'abstint en l'espèce de confirmer par une loi interne les dispositions contenues dans la convention, celle-ci étant directement applicable, comme une loi fédérale.

4) On peut encore rappeler la réponse du Conseil fédéral à la lettre de la Légation des Pays-Bas (déjà citée), et dans laquelle il exprime le point de vue que les traités internationaux conclus par la Suisse s'appliquent en tant que tels aux particuliers sans qu'il y ait besoin d'une expression nouvelle de la volonté du législateur⁶⁷.

5) Dans un avis de droit délivré en date du 28 mars 1956 concernant l'exécution interne d'un traité multilatéral de politique économique (accord international sur le blé), la Division fédérale de la justice fit expressément remarquer que les mesures législatives internes d'exécution ne sont nécessaires que pour les traités non «self-executing», et précisa que les traités susceptibles d'application directe n'ont pas besoin d'être transformés:

«Damit ist natürlich nicht gesagt, dass jeder Staatsvertrag, unanwendbar zu sein, in Landesrecht «transformiert» werden müsse, wie die in der Schweiz überwundene sogenannte dualistische Theorie behauptet.»⁶⁸

Quant à la jurisprudence, le Tribunal fédéral a reconnu, lui aussi, dans un grand nombre d'arrêts, que les normes internationales «self-executing» sont directement exécutoires dans l'ordre interne du seul fait de la validité de leur conclusion. Citons entre autres les décisions suivantes:

Dans un arrêt de la Cour de Cassation pénale fédérale du 27 janvier 1950 dans la cause *Canton de Thurgovie contre Lang*⁶⁹ concernant l'application de la Convention de Paris sur la navigation aérienne du 13 octobre 1919, le principe de l'immédiateté est énoncé en ces termes:

«Ensuite de la déclaration d'adhésion à la Convention de Paris sur la navigation aérienne, faite par le Conseil fédéral en exécution d'une

⁶⁶ FF 1930, I, p. 88.

⁶⁷ SALIS-BURCKHARDT: No 626.

⁶⁸ JAA 26, No 1.

⁶⁹ ATF 76 IV 43 (49).

décision de l'Assemblée fédérale, les prescriptions de cette Convention de même que ses annexes sont devenues automatiquement du droit interne suisse: ... La Cour suprême (de Thurgovie) ne saurait dès lors soutenir à bon droit que l'annexe D de la Convention n'est pas applicable aux intimés du fait que ni le Conseil fédéral, ni le Département des chemins de fer ne l'ont reprise dans un de leurs propres arrêtés.» (Traduction)

Dans un arrêt du 22 juin 1955⁶⁰ dans la cause *Stransky contre Zionstenska Banka*, le Tribunal fédéral rappelle qu'un traité conclu par la Suisse et approuvé par l'Assemblée fédérale est en tout état de cause déterminant pour le juge, et fonde cet énoncé sur les articles 113, alinéa 3, et 114 bis, alinéa 3, de la Constitution fédérale.

Récemment encore, dans un arrêt du 23 mai 1962, dans la cause *Rossier contre Cour de justice du Canton de Genève*⁶¹, le Tribunal fédéral, appelé à dire si un règlement intercantonal concernant la police de navigation sur le lac Léman dérogeait à la Convention franco-suisse du 10 septembre 1902, énonça à nouveau le principe de l'immédiateté:

«Selon les principes du droit des gens, un traité international engage les puissances contractantes dès l'échange des instruments de ratification. Lorsqu'il s'agit d'un traité conclu par la Confédération et qui crée des règles de droit, il devient, à ce moment aussi, obligatoire de plein droit pour les autorités et les citoyens, pourvu qu'il soit directement applicable. Il s'incorpore en même temps au droit fédéral; point n'est besoin, à cet effet, de lui donner la forme d'une loi fédérale. A l'égal d'une telle loi, il constitue une source du droit fédéral.»

On peut encore citer dans le sens de l'immédiateté les arrêts suivants: 3, 286; 27 I 192; 33 II 483; 35 I 415; 59 II 331; 60 II 426; 64 I 273; 72 I 267.

Une seule opinion divergente de la jurisprudence est celle de l'arrêt du 2 février 1923 dans la cause *Lepeschkin contre Obergericht Zurich*⁶² qui développe un raisonnement d'inspiration dualiste. La cause portait sur la question de savoir si la Convention de La Haye sur la procédure civile, à laquelle la Suisse et la Russie avaient adhéré, s'appliquait encore

⁶⁰ ATF 81 I 223 (231).

⁶¹ ATF 88 I 86 (91).

⁶² ATF 49 I 188.

à un citoyen russe, alors que l'Union soviétique avait cessé, unilatéralement, d'appliquer cette Convention. La Cour se fonda alors, pour refuser aux autorités judiciaires et administratives le droit de procéder à un examen de la validité internationale du traité, sur la considération suivante:

«L'obligation pour les autorités d'un Etat contractant d'observer un traité de cette nature ne résulte pas de la Convention elle-même, qui ne crée en première ligne de lien obligatoire qu'entre les deux Etats, considérés en eux-mêmes, en tant que sujets du droit des gens. Il faut encore un acte de l'organe compétent, d'après le droit public interne, ordonnant l'exécution des dispositions du traité, auxquelles force obligatoire est ainsi donnée à l'intérieur de l'Etat.»⁶³

Cette décision est restée de jurisprudence isolée et, comme nous l'avons relevé, une série d'arrêts se sont prononcés en sens contraire.

L'application immédiate des traités est également consacrée par la législation interne. Ainsi la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 prévoit différentes possibilités de recours devant le Tribunal fédéral ou le Conseil fédéral pour violation des traités internationaux conclus par la Suisse: article 43, alinéa 1 (recours en réforme devant le Tribunal fédéral); article 68, alinéa 1, lettre b (recours en nullité devant le Tribunal fédéral); article 84, alinéa 1, lettre c (recours de droit public); article 125, alinéa 1, lettre c (recours au Conseil fédéral).

La reconnaissance de l'effet immédiat du droit international s'impose d'ailleurs, car distinguer entre deux volontés différentes, l'une orientée vers la conclusion d'un traité, l'autre destinée à faire de celui-ci une norme obligatoire interne, équivaldrait à détacher la validité internationale de la validité interne. Il en résulterait qu'un accord international exécutoire n'aurait pas nécessairement force obligatoire interne; le gouvernement pourrait alors, d'une part, engager l'Etat dans des liens internationaux, et, d'autre part, se refuser à donner un effet interne à ces engagements, ce qui serait incompatible avec l'éthique ou même la logique juridique⁶⁴. On peut évidemment imposer à l'organe législatif l'obligation de transformer en normes internes les traités régulièrement conclus en liant sa compétence en la matière: l'acte spécial d'introduction,

⁶³ p. 195 (traduction).

⁶⁴ BURCKHARDT: RDS 1915, p. 156.

non discrétionnaire, deviendrait alors une formalité inutile, un rouage tournant à vide. Alourdisant le fonctionnement de l'ordre juridique, il n'aurait aucune raison pratique ou logique de subsister.

§ 2. *La place hiérarchique des traités*

Alors que l'immédiateté d'application des traités internationaux en droit suisse est généralement admise par la doctrine et la jurisprudence, les avis divergent en ce qui concerne la place hiérarchique qu'ils occupent dans l'échelle des normes internes. Les auteurs, selon qu'ils se rattachent aux écoles dualistes ou monistes, soutiennent soit la thèse de la primauté des normes internationales dans l'ordre interne soit celle de leur assimilation aux lois. D'autres auteurs évitent de prendre une position de principe et s'attachent uniquement à l'analyse de la jurisprudence et de la pratique, mais aboutissent dans cette étude à des conclusions contradictoires. Quant à la jurisprudence, celle du Tribunal fédéral reflète par ses hésitations les incertitudes de la doctrine: elle est aujourd'hui encore assez ambiguë. Cette confusion est, dans une certaine mesure, la conséquence du fait que la Constitution fédérale n'a pas expressément réglé le problème de l'autorité interne des traités. Notre propos est, en faisant abstraction de tout préalable théorique, d'examiner quelle est en fait la solution consacrée par le droit positif suisse.

Il est très généralement admis en doctrine⁶⁵ et en jurisprudence⁶⁶ que les traités ont au moins force de loi fédérale et qu'ils priment dès lors toutes les dispositions internes de rang inférieur aux lois fédérales, que celles-ci soient antérieures ou postérieures à la conclusion du traité. Ainsi les dispositions cantonales, les ordonnances du Conseil fédéral et les ordonnances émanant de l'Assemblée fédérale sont suspendues dans leurs effets dans la mesure où elles ne sont pas conformes à un traité en vigueur. Il y a toutefois lieu de réserver le cas des ordonnances de pleins pouvoirs qui ont rang de lois⁶⁷.

⁶⁵ GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, pp. 830/831.

GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 37.

AUBERT: p. 281.

⁶⁶ ATF 76 IV 43; ATF 88 I 80; JAA 29, No 35 (avis de droit du 12. 2. 1960).

⁶⁷ AUBERT: p. 281.

ATF 68 II 319.

En revanche, la question des relations entre traités et lois fédérales est beaucoup plus discutée. C'est à l'examen de ces relations que nous nous attacherons dans les pages qui suivent en analysant tour à tour les données constitutionnelles, la jurisprudence du Tribunal fédéral et la position adoptée par l'exécutif fédéral.

1. La Constitution fédérale et les rapports entre traités et lois fédérales

Comme nous l'avons relevé, la Constitution fédérale ne contient pas de réglementation expresse en matière d'application des traités et ne précise pas si ceux-ci priment les lois fédérales. Certains auteurs se sont toutefois efforcés de dégager de ses dispositions, en les interprétant, un principe de solution.

L'article 113⁶⁸ est souvent invoqué à cet égard soit à l'appui de la thèse de la primauté des traités, soit au contraire en faveur du principe de leur assimilation aux lois fédérales. Cet article fait partie des dispositions qui délimitent la compétence du Tribunal fédéral, et réglemente en particulier le recours de droit public. Il ne concerne donc pas directement le problème des rapports entre traités et lois internes.

A son dernier alinéa, l'article 113 soustrait au contrôle de conformité à la Constitution tous les traités «ratifiés»⁶⁹ par l'Assemblée fédérale, mais accorde le même privilège aux lois fédérales. Il s'ensuit que le Tribunal

⁶⁸ Article 113 de la Constitution fédérale:

Le Tribunal fédéral connaît, en outre:

1. Des conflits de compétence entre les autorités fédérales, d'une part, et les autorités cantonales, d'autre part;
2. Des différends entre cantons, lorsque ces différends sont du domaine du droit public;
3. Des réclamations pour violation de droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités.

Sont réservées les contestations administratives à déterminer par la législation fédérale.

Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés.

⁶⁹ Le terme de «ratifiés» est erroné et se trouve en contradiction avec le système juridique suisse qui reconnaît au Conseil fédéral seul le pouvoir de conclure internationalement par la ratification. Il faut évidemment remplacer le terme de «ratifiés» par celui d'«approuvés».

(Voir: BURCKHARDT: *Commentaire* p. 790; Aubert: p. 277.)

fédéral ne peut pas refuser d'appliquer les traités pour cause d'inconstitutionnalité: il est lié par les dispositions qu'ils contiennent et le seul contrôle qu'il puisse effectuer est celui de la régularité de leur conclusion et de leur publication.

Traités et lois bénéficient d'une même immunité à cet égard. M. GIACOMETTI tire de cette similitude de traitement la conclusion que ces deux groupes de normes ont une même autorité en droit suisse, et que leurs rapports réciproques sont du même ordre que ceux de deux lois fédérales.⁷⁰

Cette opinion repose sur la considération que l'article 113, alinéa 3, étend sa protection aux traités internationaux, parce que ceux-ci tirent leur force obligatoire de l'arrêté d'approbation. C'est donc l'arrêté d'approbation, norme interne, qui s'imposerait, et non pas la norme internationale elle-même. L'arrêté, de nature législative, se rangerait normalement parmi les autres lois internes et devrait être appliqué par les tribunaux selon les principes en vigueur pour celles-ci. Il en découlerait que tout conflit entre traité et loi devrait se résoudre selon le principe, généralement admis en droit interne en matière de conflits de lois, «lex posterior derogat priori». Le traité international suspendrait l'effet des lois antérieures à sa conclusion, mais s'inclinerait devant une norme légale postérieure qui le contredit⁷¹.

Cette application de la notion de concurrence des normes au domaine des traités trouverait cependant, toujours selon M. GIACOMETTI, un tempérament dans la présomption que le législateur n'entend pas violer le traité. Le juge doit interpréter la loi dans le sens favorable à sa conciliation avec la norme internationale et n'appliquer la règle interne contraire plus récente que dans la mesure où la contradiction est flagrante⁷². Cette présomption permettrait de réduire au minimum les conflits possibles entre les deux catégories de normes et assurerait dans la plupart

⁷⁰ *Bundesstaatsrecht*, p. 830.

⁷¹ KUNBERT: pp. 51 ss.

FLEINER: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 758.

W. SCHWARZENBACH: *Staatsverträge der Kantone mit dem Ausland*, thèse, Zurich, 1926, p. 137.

STRÄULI: p. 127.

MEURON: pp. 81 ss.

FAVRE: p. 154.

RUCK: *Staatsrecht*, p. 327.

⁷² DE VISSCHER: p. 225.

GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 830.

des cas le respect du principe «pacta sunt servanda». Certains auteurs, comme Masters⁷³, ont été jusqu'à dire que cette présomption de non-contradiction était si forte en droit suisse qu'elle consacrait une primauté de fait.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible de tirer de l'article 113 la conclusion que les traités sont assimilés en tous points aux lois et qu'ils s'imposent aux tribunaux avec une force égale à celle des lois fédérales proprement dites. Le caractère autonome des traités se dégage très nettement, comme nous l'avons vu, de l'étude qu'on peut faire de la nature juridique de l'approbation parlementaire. D'autre part, l'ordre juridique suisse pris dans son ensemble n'assimile le traité à la loi ni dans la procédure de leur publication ni dans la détermination du moment à partir duquel il acquièrent force exécutoire. L'article 113 n'apporte pas l'énoncé du contraire. Cette disposition constitutionnelle, qui rapproche sans doute les deux catégories de normes en leur donnant une même autorité par rapport à la Constitution, ne se prononce ni expressément ni implicitement sur leurs rapports hiérarchiques réciproques. On ne peut déduire en effet de $A > B$ et $C > B$ que $A = C$. Il est, tout au plus, possible de dégager de l'article 113 que, sur le point particulier du contrôle constitutionnel, les traités et les lois se trouvent assimilés l'un à l'autre quant à leur primauté d'application par rapport à la Constitution fédérale; mais il est arbitraire de prétendre trouver dans cette réglementation particulière la preuve d'une assimilation généralisée.⁷⁴ Il peut d'ailleurs être significatif de relever que si, à son alinéa 3, l'article 113 rapproche apparemment traités et lois, plus haut, à l'alinéa 1, chiffre 3, traités et lois ne sont nullement mis sur un pied d'égalité. Cet alinéa prévoit en effet le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels des citoyens ainsi que pour violation de concordats ou de traités, mais les lois fédérales ne sont pas incluses dans cette protection. Le traité est donc mieux garanti que la loi contre les décisions cantonales qui les violent⁷⁵. N'y a-t-il pas là l'indice que le droit constitutionnel suisse n'assimile pas les traités internationaux aux lois internes, et que telle n'est dès lors pas la conclusion à tirer de l'article 113, alinéa 3?

⁷³ p. 100.

⁷⁴ PAUR: p. 64.

⁷⁵ G. DREVER: *Le recours de droit public au Tribunal fédéral*, Lausanne, 1940, pp. 19/20.
GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, pp. 899ss.

Le traité s'impose sans doute au juge avec la même force que la loi, lorsqu'il se trouve en opposition avec la Constitution, mais le rapprochement en logique se limite à cela⁷⁶.

Tout à l'opposé, on a voulu trouver dans l'article 113 la confirmation implicite de la primauté des traités internationaux. Citons à cet égard M. GUGGENHEIM⁷⁷:

«Die Bindung der landesrechtlichen Organe an die im Vertrag enthaltenen Rechte und Pflichten besteht bis zu seiner Aufhebung... unabhängig von seiner materiellen Übereinstimmung mit der Bundesverfassung. Dies bezeugt Art. 113 der Bundesverfassung ausdrücklich. Diese Unabhängigkeit gilt auch hinsichtlich der von den früher oder später zustande gekommenen anderen Landesrechtssätzen, insofern man die hier vertretene Auffassung teilt, die Inkorporation des Vertrages ins Landesrecht hätte nur deklarativen und nicht konstitutiven Charakter.»

Cette thèse ne nous paraît pas mieux fondée que celle de M. GIACOMETTI, car il est impossible de trouver une confirmation de la primauté des traités dans le fait que, selon l'article 113, le droit international conventionnel s'impose même à l'encontre de la Constitution. Cette supériorité ne lui confère pas en effet une primauté sur la loi, puisque celle-ci se trouve au bénéfice d'un privilège identique.

L'article 113 ne contient rien à notre avis qui puisse être invoqué à l'appui de l'une ou de l'autre des tendances doctrinales⁷⁸. En revanche, il nous paraît possible d'étayer en théorie la primauté du droit international conventionnel par les considérations suivantes: les traités occupent dans l'ordre juridique suisse une place particulière et jouissent d'une autonomie indiscutable par rapport à toutes les autres normes du droit interne. Ils émanent d'une source distincte et engagent la Confédération dans des liens interétatiques auxquels le principe «pacta sunt servanda» s'applique. Reconnaître que les normes imposées par un traité, en vertu de sa validité internationale, puissent être réduites à néant par une disposition étatique unilatérale serait méconnaître l'obligation pour chaque Etat de respecter ses engagements internationaux. Il est illogique

⁷⁶ BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 790.

⁷⁷ GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken*, p. 11.

⁷⁸ En ce sens aussi: AUBERT: p. 277.

en effet d'admettre d'une part que les traités lient directement les particuliers, et d'autre part de leur refuser la garantie de pouvoir être appliqués selon leurs principes propres de validité. Le traité devrait donc avoir, en tout état de cause, le pas sur la loi interne⁷⁹.

Il reste à savoir si, en fait, et en l'absence de dispositions constitutionnelles expresses en la matière, le droit positif suisse a effectivement réalisé cette primauté. A cet effet, il y aura lieu de se pencher sur la jurisprudence, notamment celle du Tribunal fédéral, et sur la pratique des autorités administratives pour découvrir quelle est la solution qui a prévalu dans la réalité des faits.

II. La jurisprudence du Tribunal fédéral

A. Généralités

La Constitution fédérale n'apportant pas de solution précise au problème de l'autorité des traités par rapport aux lois; c'est donc auprès de la jurisprudence et en particulier de celle du Tribunal fédéral que nous devons chercher le principe de solution effectivement apporté par le droit positif suisse aux rapports des deux catégories de normes. Relevons dès l'abord que cette jurisprudence est mouvante, incertaine, et ouvre la voie aux interprétations contradictoires. La Cour suprême eut à plusieurs reprises l'occasion de trancher des conflits entre traités et lois; pourtant rares sont les cas où elle prend clairement position. Ainsi, dans des décisions successives, elle a consacré, en se fondant sur des considérations théoriques différentes, des solutions pratiques similaires; ou au contraire, en suivant la voie de raisonnements semblables, elle aboutit en fait à des applications opposées. Cette jurisprudence empirique manque d'assises doctrinales. Elle évolue au gré des circonstances et finit par se mettre en contradiction avec elle-même. Ainsi dans un arrêt *Canton de Thurgovie contre Lang* – ATF 76 II 43 – qui énonce le principe de la

⁷⁹ BURCKHARDT: RDS 1915, pp. 159ss.

PAUR: p. 140.

FREYMOND: p. 158.

GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, pp. 36/37.

M. GRASSI: *Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, thèse, St-Gall, 1955, p. 70.

SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrechts*, I, p. 71.

primauté des traités, il n'est pas fait mention des arguments développés dans un arrêt précédent - ATF 59 II 331 - en sens contraire.

La doctrine, partagée sur la question de l'autorité des traités dans l'ordre juridique suisse, l'est tout autant sur le sens à donner à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

M. GUGGENHEIM, partisan de la primauté des traités, croit trouver dans cette jurisprudence la confirmation de son point de vue, tout en reconnaissant l'existence de quelques décisions («erronées») en sens contraire, mais il ne voit en celles-ci que des exceptions à l'application généralisée de la supériorité du droit international. Il cite à l'appui de son opinion la série d'arrêts suivants: 7, 774; 19, 134; 21, 57; 21, 76; 21, 705; 22, 942; 22, 1025; 35 I 395; 35 I 594; 48 II 261; 49 II 361; 54 I 43; 58 I 104; 76 IV 49⁸⁰ et considère que seuls les arrêts 51 I 420 et 59 II 331 énoncent la thèse contraire. M. ROOST⁸¹ cite encore en faveur de la primauté des traités les arrêts: 18, 189; 20, 343; 21, 397; 42 I 102; Mme PAUR: 38 I 551 et M. RICE: 35 I 467⁸².

M. GIACOMETTI, qui défend le principe de la concurrence des normes, considère que la jurisprudence fédérale doit être comprise dans le sens de l'égalité absolue de la loi et du traité et met particulièrement en relief l'arrêt *Steenworden* (59 II 331) qui, selon lui, est décisif en la matière. Les arrêts cités par M. GUGGENHEIM ne le convainquent pas du contraire: «Die zitierten bundesgerichtlichen Urteile scheinen mir aber nicht ganz schlüssig zu sein.»⁸³

Mme MASTERS, tout en admettant que le Tribunal fédéral appliquait très généralement – avant 1932, date de l'ouvrage – les traités à l'encontre des lois contraires, estime que cette jurisprudence est une simple application de la présomption de la conformité des lois aux traités. Le Tribunal fédéral appliquerait le traité, parce qu'il considère – sans admettre la preuve du contraire – que les lois n'entendent pas violer un traité et que dès lors il n'y a pas de conflit possible⁸⁴.

⁸⁰ Dans *Völkerrechtliche Schranken*, pp. 9/10 et dans *Droit international public*, I, p. 37.

⁸¹ ROOST: pp. 118ss.

⁸² W. G. RICE: *The Position of International Treaties in Swiss Law*, AJIL 1952, p. 654.

⁸³ GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 831, note 75.

⁸⁴ MASTERS: pp. 100-109.

B. Examen des arrêts les plus importants

Examinons à présent quelques-unes des décisions les plus importantes. Nous chercherons à définir leur portée véritable par rapport au problème des rapports du droit international et du droit interne. Plutôt que de procéder à cette étude en suivant un plan logique correspondant à la tendance doctrinale des arrêts, nous croyons préférable de suivre un ordre chronologique; il sera plus facile ainsi de mettre en lumière les tendances jurisprudentielles, leurs contradictions, leurs revirements, et enfin l'étape actuelle atteinte par le Tribunal fédéral.

1) La première décision portant sur la question qui nous occupe est un arrêt du 3 décembre 1881 dans la cause *Kiesov* (ATF 7, 774). Il concerne la force obligatoire de la loi fédérale du 17 décembre 1879 sur le droit de la marque; constatant une opposition entre cette loi et un convention germano-suisse du 13 mai 1869, la Cour imposa l'application de la convention. En fait, il s'agissait en l'espèce de la mise en œuvre du principe «*lex generalis non derogat speciali*»; car, en interprétant restrictivement la loi, le conflit pouvait être évité. L'arrêt est d'ailleurs motivé en termes vagues et s'abstient de toute prise de position concernant le problème des rapports hiérarchiques entre traité et loi.

2) M. GUGGENHEIM cite l'arrêt *Forquet de Dorne* du 10 février 1893 (ATF 19, 134) à l'appui de la primauté des traités. Il s'agissait en l'espèce de l'extradition d'un soldat français réclamé par son Etat d'origine. Le Tribunal fédéral déclara que l'existence d'un traité d'extradition franco-suisse en vigueur suffisait à justifier la mesure, quelle que soit la solution consacrée par les lois fédérales en la matière. Il faut cependant relever que le cas des traités d'extradition est particulier, car il a toujours été présumé que les lois d'extradition ont simplement pour but de compléter les traités conclus en ce domaine et qu'elles réservent nécessairement les dispositions de ceux-ci⁸⁵. On ne doit donc pas accorder à l'arrêt en question une portée trop générale.

3) L'arrêt du 2 mars 1895 dans la cause *Lux* (ATF 21, 76) concerne également un traité d'extradition et consacre avec force la primauté de celui-ci sur la loi interne. Cette décision va plus loin que l'arrêt *Forquet*, puisqu'elle contient l'affirmation générale de la primauté des traités sur les lois en droit suisse et dépasse le cadre étroit des traités d'extradition. Citons à cet égard la formule suivante:

⁸⁵ Voir H. SCHULTZ: *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Bâle, 1953.

«Hierbei ist zu bemerken, dass vorliegend einzig der Inhalt des Auslieferungsvertrages massgebend sein kann, indem derselbe durch das Auslieferungsgesetz, als einem einseitigen gesetzgeberischen Akt des einen vertragenden Teils, nicht alteriert werden konnte.»⁸⁶

Cet arrêt peut être retenu, en raison de la généralité de son énoncé, à l'actif du principe de la primauté.

4) L'arrêt *Caudéran* (ATF 21, 705) porte sur le traité franco-suisse du 15 juin 1869 prétendu en opposition avec l'article 273, alinéa 2, de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). Le Tribunal affirme tout d'abord que la Convention franco-suisse sur la compétence judiciaire, comme tout autre traité international, ne peut être modifiée par la volonté unilatérale d'un des Etats contractants, et que, par conséquent, la LP n'a pas pu établir de dispositions dérogeant à cette Convention⁸⁷. Ce passage très explicite a été cité par MM. KOPELMANAS⁸⁸ et FREYMOND⁸⁹ comme preuve de l'attitude très favorable du Tribunal fédéral à l'égard de la primauté des traités. Cependant, l'arrêt n'a pas l'importance que ces auteurs lui prêtent si l'on rappelle qu'en l'espèce la loi interne fut en fin de compte appliquée. Il n'en reste pas moins que la primauté des traités y est affirmée, et que le Tribunal fédéral y prend expressément position sur l'aspect doctrinal de la question.

5) L'arrêt du 10 juin 1909 dans la cause *Spengler* (ATF 35 I 467) contient l'affirmation la plus catégorique de la primauté des traités et marque très nettement la position de la jurisprudence suisse à l'époque. Pour la première fois en effet le Tribunal fédéral énonçait explicitement le principe de la primauté générale du droit international et appliquait une norme conventionnelle internationale nettement contraire à une loi fédérale. Citons en particulier le passage suivant :

«Par l'arrêté fédéral du 16 juin 1905, la Suisse a adhéré à la Convention internationale pour régler la tutelle des mineurs, conclue à La Haye le 12 juin 1902 et cette Convention est entrée en vigueur le 15 septembre 1905. A partir de cette date, les dispositions de cette Convention font règle pour la Suisse comme pour les autres Etats, et elles

⁸⁶ ATF 21, 79.

⁸⁷ ATF 21, 710.

⁸⁸ RCDIP 1938, pp. 257ss, note de jurisprudence.

⁸⁹ p. 136.

doivent primer, en cas de collision, les dispositions de la loi suisse sur les rapports civils; cela résulte du fait même que cette Convention internationale lie les Etats cocontractants en vertu des principes universellement admis du droit des gens, et sans égard à leur législation respective. »⁹⁰

6) MM. GUGGENHEIM, KOPELMANAS et FREYMOND citent encore l'arrêt du 9 septembre 1909 dans la cause *Martin-Reynold* (ATF 35 I 594) dans lequel la primauté est affirmée dans les termes suivants:

«Abgesehen davon, dass grundsätzlich ein Staatsvertrag, da er die Schweiz gegenüber dem Ausland bindet, durch ein späteres Bundesgesetz nicht abgeändert werden kann ... »

Cet arrêt confirme donc la prise de position de l'arrêt Spengler et constitue avec lui une jurisprudence très nette en faveur de la primauté.

7) Certains auteurs ont invoqué l'arrêt du 31 mai 1922 dans la cause *Baumann contre Im Obersteg* (ATF 48 II 260) à l'appui de la primauté des traités en droit suisse⁹¹. Cette décision portait sur l'application éventuelle d'un décret du Gouvernement français libérant ses chemins de fer de toute responsabilité en matière de transport de marchandises et qui se trouvait en contradiction avec les termes d'une Convention franco-suisse en vigueur. Le Tribunal fédéral énonce dans l'arrêt en question en termes très généraux que le traité prime la loi:

«Il convient cependant d'observer que la Convention qui est un traité international conclu entre les Etats contractants crée du droit international; les dispositions de la Convention sont la loi des parties et ont le pas sur le droit interne, à moins que ce dernier ne soit réservé par le traité. » (Traduction)

La force de cette déclaration de principe est cependant tempérée par le fait que l'arrêt ne concernait pas à proprement parler un conflit entre un traité et une loi fédérale suisse, mais portait sur une opposition entre un traité et une norme interne française; or, indépendamment de la hiérarchie interne des normes, il est tout à fait évident qu'un juge suisse ne

⁹⁰ p. 473.

⁹¹ GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken*, p. 10.

peut imposer une norme étrangère lorsque celle-ci est en contradiction avec une convention à laquelle la Confédération est partie. En tout état de cause, la convention domine en ce cas. Cependant la primauté que le Tribunal fédéral accorde à un traité sur une loi étrangère ne préjuge en rien de la solution qu'il apporterait à un conflit entre un traité et une loi fédérale⁹².

8) L'arrêt du 2 février 1923 dans la cause *Lepeschkin contre Obergericht Zurich* (ATF 49 I 188), souvent cité à l'appui de l'une et de l'autre thèse défendue par la doctrine, prend une place spéciale dans la jurisprudence fédérale. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral, en application des théories monistes, avait reconnu jusqu'alors que les traités internationaux s'appliquaient à l'intérieur du pays en tant que normes internationales et qu'ils s'imposaient à l'encontre des normes internes postérieures.

L'arrêt *Lepeschkin* discordait dans cette jurisprudence. Cet arrêt porte sur la question de savoir si une convention en vigueur entre la Russie impériale et la Suisse devait être appliquée à un ressortissant russe, nonobstant le fait que cette convention, après l'avènement du régime bolchévique, avait cessé d'être appliquée par l'Union soviétique. En d'autres termes, le juge était-il fondé à s'inspirer de l'exception «non adimpleti contractus» dans le domaine de l'application des traités? On se trouvait donc très loin du problème des rapports entre traité et loi. Cependant, le Tribunal fédéral, pour motiver son refus de ne pas appliquer le traité et son incompetence à prendre lui-même des mesures de représailles diplomatiques, porta le débat sur le plan théorique de l'autorité des traités en droit interne et développa le point de vue suivant:

L'arrêté d'approbation aurait un effet double: d'une part, il constituerait un élément de la création d'une norme internationale; d'autre part, il serait un acte interne d'incorporation de la norme internationale en droit étatique. Les tribunaux internes ne seraient pas liés par le traité en tant que tel, mais uniquement par l'arrêté fédéral en tant qu'acte étatique. Dès lors, le juge demeurerait lié tant que l'arrêté fédéral ne serait pas abrogé par un acte interne en sens contraire, quel que soit le sort de la norme internationale. Se fondant sur ce raisonnement, le Tribunal fédéral refuse de retenir en l'espèce l'exception «non adimpleti contractus» et applique la convention. De qui devrait émaner l'acte en sens contraire?

⁹² RICE: p. 656.

L'arrêt ne le précise pas; il est cependant admis que seul le Conseil fédéral est habilité et compétent pour dénoncer un traité sur le plan international.

Cette argumentation est certes d'inspiration dualiste, mais si on la prolonge, on arrive à la conclusion suivante: un traité international doit être appliqué par les tribunaux aussi longtemps qu'il n'a pas été dénoncé par l'autorité compétente pour procéder à cette dénonciation, et dès lors, s'impose pour la durée de sa validité internationale à l'encontre de toute norme interne contraire. Ce serait paradoxalement reconnaître le principe de la primauté des traités.

Que peut-on déduire de cet arrêt? Certains auteurs y ont cherché la confirmation du principe de la concurrence des normes, puisque le traité, selon le Tribunal fédéral, doit s'imposer en tant que loi⁹³. D'autres, comme M. GUGGENHEIM, croient trouver dans la deuxième partie du raisonnement une reconnaissance de la primauté des traités⁹⁴. Les développements contenus dans cet arrêt s'inspirent de considérations et d'optiques si contradictoires qu'ils fournissent la matière à toutes les interprétations possibles. Aucune conclusion précise ne peut donc en être tirée, et cela d'autant moins que l'arrêt Lepeschkin ne se rapporte pas au problème qui nous occupe.

M. GUGGENHEIM cite encore en faveur de la supériorité du droit international conventionnel les arrêts du 20 janvier 1928 dans la cause *Schärf-Grisons* (ATF 54 I 40) et du 20 février 1931 dans la cause *Heini-Pietsch* (ATF 57 I 19), mais ces deux décisions portent sur le problème particulier des rapports entre les traités et la Constitution fédérale. La Cour suprême se limite en l'espèce à déclarer son incompétence, en vertu de l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale, à examiner la conformité des accords internationaux à la loi fondamentale. Elle ne prend aucunement position sur le problème des rapports entre les traités et les lois: ces arrêts ont été cités à tort par la doctrine dans le cadre du débat qui nous occupe.

9) Après cette longue série d'arrêts en faveur de la primauté des traités, le Tribunal fédéral réalisa avec l'arrêt *Steenworden contre Société des Auteurs*

⁹³ MASTERS: p. 97.

MEURON: p. 23.

Message du Conseil fédéral du 4 mai 1954, FF 1954, I, pp. 697ss.

⁹⁴ *Droit international public*, I, p. 37.

du 17 juillet 1933 (ATF 59 II 331), souvent cité, un complet revirement de jurisprudence. Dans cette décision, la Cour suprême renonce à faire prévaloir les accords internationaux sur les lois postérieures et consacre expressément le principe de la concurrence de leurs normes. La question qui se posait en l'espèce était de savoir si, dans une affaire de droit d'auteur, l'article 21 de la loi fédérale du 7 décembre 1922 était en contradiction avec la Convention révisée de Berne du 13 novembre 1908⁸⁶, et laquelle des deux règles devait s'imposer, au cas où une telle opposition était constatée. Le Tribunal fédéral reconnut tout d'abord l'existence d'un conflit patent entre les deux normes; puis il prit position sur le problème général des rapports du traité et de la loi:

Les accords internationaux sont assimilés aux lois fédérales et ont la même valeur qu'elles, les rapports entre les deux normes s'établissant par conséquent selon les mêmes principes qu'entre deux règles internes de même rang. En cas de contradiction, le principe «lex posterior derogat priori» s'impose, et la loi postérieure s'applique à l'encontre du traité.

Citons le passage suivant:

«Au point de vue interne, en effet, les conventions internationales n'ont pas d'autre valeur qu'une loi quelconque régulièrement votée et promulguée (RO, 49, I 196).⁸⁶ Si donc il y avait opposition entre une loi fédérale et une convention internationale réglant le même objet, la convention ne devrait pas forcément être préférée à la loi. L'une et l'autre ayant une portée identique au point de vue législatif interne, leur opposition devrait être résolue comme une opposition entre deux textes de loi contradictoires, en vertu de la maxime «lex posterior derogat priori». »

L'arrêt précise toutefois que le juge doit présumer que le législateur n'a pas voulu déroger à un traité en vigueur et doit interpréter en conséquence le traité et la loi de façon à concilier leurs dispositions dans toute la mesure du possible.

Cette prise de position nouvelle de la jurisprudence fédérale a soulevé de nombreuses critiques de la part de la doctrine. Plusieurs auteurs⁸⁷

⁸⁶ Voir aussi l'avis exprimé par le Juge fédéral Bolla au sujet des rapports entre ces deux normes: RDS 1932, p. 653 a.

⁸⁶ Voir ci-dessus p. 213

⁸⁷ KOPELMANAS: RCDIP 1938, pp. 257ss.

FREYMOND: pp. 142ss.

reprochent à cet arrêt d'être en contradiction avec le système de l'ordre juridique suisse et de se distancer, sans raison, d'une jurisprudence qui, pendant près d'un demi-siècle, n'avait cessé de reconnaître l'immédiateté des traités et leur primauté sur les normes internes contraires.

Ce qu'il y a de surprenant dans cet arrêt, c'est qu'il s'appuie sur le très confus arrêt *Lepeschkin* qui n'énonçait nullement le principe de la concurrence des normes. L'arrêt *Lepeschkin*, comme nous l'avons relevé, ne se rapporte pas au problème des relations entre droit interne et droit international; il ne peut donc avoir le caractère d'un précédent. On doit d'autre part relever que, dans la cause *Steenworden*, il n'y avait pas une véritable contradiction entre le traité et la loi; le Tribunal fédéral pouvait très bien assurer l'application de la norme interne sans recourir à une solution aussi radicale. La Convention de 1908 autorise en effet le droit interne à élaborer des restrictions dans le domaine qu'elle règle, pour autant que ces restrictions n'aient pas pour effet d'éliminer totalement le droit d'auteur. L'article 21 de la loi fédérale reste nettement dans ces limites; on pouvait donc l'appliquer sans mettre en cause la Convention.

Il est difficile dès lors de comprendre l'attitude du Tribunal fédéral. Était-il à la recherche d'une occasion d'affirmer le principe de la concurrence des normes, et de s'aligner ainsi le plus vite possible sur l'évolution générale de la jurisprudence étrangère en la matière? Les tribunaux français et allemands avaient en effet raidi, à l'époque, leur attitude et tendaient de plus en plus à écarter les traités contraires aux lois internes. Le Tribunal fédéral s'est-il laissé entraîner par ce mauvais exemple?⁹⁸

Faut-il admettre que l'arrêt *Steenworden* constitue un véritable renversement de jurisprudence? Il en a été beaucoup discuté. Certains auteurs, comme M. GIACOMETTI, voient dans cette décision la consécration définitive en droit suisse du principe de la concurrence des normes et lui reconnaissent dès lors une portée de principe⁹⁹. Un certain courant de doctrine tend par contre à en limiter l'importance et à y voir une simple exception au principe de la primauté des traités, celui-ci demeurant la

ZUMSTEIN: pp. 52 ss.

RICE: pp. 660.

GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken*, pp. 10/11.

⁹⁸ KOPELMANAS: *Note de jurisprudence* RGDIP 1938, pp. 257 ss.

⁹⁹ GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 830.

E. BECK: *Die Rheinau-Initiative und das Völkerrecht, eine Entgegnung*, NZZ du 19. 6. 1954.
Message du Conseil fédéral du 4. 5. 1954.

tendance fondamentale du droit suisse en ce domaine¹⁰⁰. On peut relever en effet que l'arrêt *Steenworden* a été prononcé par la section de droit civil alors que toutes les décisions contraires émanaient de la section de droit public et administratif. Si la section de droit civil avait véritablement entendu renverser la jurisprudence antérieure, elle aurait dû, en vertu de l'article 23 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale de 1893, en référer au Tribunal réuni en séance plénière, ce qu'elle ne fit pas en l'espèce¹⁰¹. Cette omission serait-elle l'indice que le Tribunal fédéral n'avait pas conscience d'opérer un renversement de jurisprudence ou n'en avait pas l'intention?

Il est vrai que l'arrêt *Steenworden* est peut-être le seul où la question des rapports entre traités et lois ait été clairement posée et n'ait pas été confondue avec d'autres problèmes.

Par la suite, le Tribunal fédéral ne revisa pas formellement son attitude mais s'abstint pourtant de la confirmer. Depuis 1933, on ne peut relever aucune décision faisant expressément prévaloir le droit interne sur un traité international, à l'exception peut-être d'un arrêt 60 II 421 qui n'est cependant pas très explicite. Le fait que le Tribunal fédéral n'ait pas confirmé par la suite sa prise de position par des décisions nettement dans le sens de l'arrêt *Steenworden* peut-il être interprété comme l'indice du caractère occasionnel de cette décision?¹⁰²

Trois arrêts plus récents du Tribunal fédéral, concernant la recevabilité de l'exception d'ordre public en matière de traités, ont été cités à l'appui de cette thèse. Il s'agit des arrêts 63 II 303, 64 I 268 et 72 I 262. Mais aucun d'eux ne se rapporte directement au problème qui nous occupe: ils énoncent simplement que l'exception d'ordre public ne peut être invoquée à l'encontre d'un traité international. Il est difficile, nous semble-t-il, de déduire d'une affirmation de ce genre la reconnaissance d'une primauté du droit international sur les lois internes. Le refus de prendre en considération l'exception d'ordre public découle non pas de la supériorité du traité sur les normes internes, mais plutôt du fait que le traité a force de loi et s'applique comme une loi: on n'invoque pas

¹⁰⁰ ZUMSTEIN: p. 52.

GUGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 37.

GRASSI: p. 69, note 129.

¹⁰¹ Voir RICE: p. 661.

¹⁰² P. GUGENHEIM: *Die Rheinau-Initiative und das Völkerrecht*, NZZ du 5. 6. 1954.

l'ordre public suisse contre une norme suisse quelque soit le rang de celle-ci.

M. GUGGENHEIM¹⁰³ cite encore à l'appui de la thèse du retour du Tribunal fédéral au principe de la primauté un arrêt du 16 septembre 1938 dans la cause *Dewald-Baumann* (ATF 64 I 263), mais en réalité cet arrêt porte sur une toute autre question; comme pour l'arrêt *Lepeschkin*, il s'agissait de savoir si le juge peut retenir en matière de traités l'exception non adimpleti contractus. S'il est établi que l'Etat cocontractant ne fait pas honneur aux obligations que lui impose un traité, le juge est-il fondé, de sa propre autorité, à un refuser lui aussi l'application? Le Tribunal fédéral conclut à l'exclusion d'une telle compétence.

Le juge ne peut de son propre chef poser l'exigence d'une réciprocité que l'accord n'a pas prévue. L'inexécution par l'Etat cocontractant permet au gouvernement de dénoncer valablement le traité sur le plan international, mais aussi longtemps qu'une telle dénonciation n'est pas intervenue, le juge demeure lié. Dans ce raisonnement, la question de la primauté des traités sur la loi n'est pas en cause.

M. GUGGENHEIM cite encore l'arrêt *Canton de Thurgovie contre Lang* du 27 janvier 1950 (ATF 76 IV 43). Cette décision semble en effet marquer l'abandon de la jurisprudence de l'arrêt *Steenworden*. La cause portait sur un conflit entre le § 4 de l'annexe D à la Convention de Paris sur la navigation aérienne et une ordonnance du Conseil fédéral du 24 janvier 1921. Il ne s'agissait donc pas d'une opposition entre un traité et une loi, mais d'un conflit entre un traité et une disposition qui, dans la hiérarchie des normes internes, est subordonnée aux lois fédérales. Or il est généralement admis, même par les partisans de la concurrence des normes, qu'en tout état de cause les dispositions législatives internes de rang inférieur à une loi fédérale doivent s'incliner devant les dispositions contraires d'un traité, même antérieur en date¹⁰⁴. Si le Tribunal fédéral s'était contenté de trancher le cas d'espèce, sa décision n'aurait pas eu d'incidence sur la question des rapports entre les traités et les lois fédérales. Cependant, le Tribunal fédéral énonça, dans une formule à portée générale, le principe traditionnel de la primauté des traités:

¹⁰³ *Droit international public* I, p. 37 et *Völkerrechtliche Schranken*, p. 10, note 25.

¹⁰⁴ Giacometti: *Bundesstaatsrecht*, p. 830, note 74 a.

«On ne peut soutenir que cette disposition (de la Convention) doit s'effacer devant le chiffre premier de l'ordonnance du Conseil fédéral du 24 janvier 1921, car le droit contenu dans les traités prime le droit fédéral.»¹⁰⁵

Bien que cet énoncé soit laconique, certains auteurs¹⁰⁶ ont cru pouvoir en déduire que le Tribunal fédéral, revenant sur sa jurisprudence de l'arrêt *Steenworden*, affirmait à nouveau le principe de la supériorité des traités sur les lois fédérales, même postérieures en date. L'arrêt *Canton Thurgovie contre Lang* doit-il être considéré comme réalisant un véritable renversement de jurisprudence? Il ne nous semble pas qu'on puisse être aussi catégorique, car:

1. L'arrêt se contente d'énoncer le principe de la primauté en termes abstraits, sans l'appliquer concrètement à un conflit.

2. Si le Tribunal fédéral avait véritablement entendu renverser la jurisprudence de l'arrêt *Steenworden*, il aurait dû citer pour le moins ce précédent. Or cet arrêt n'est pas mentionné.

3. L'arrêt *Canton de Thurgovie contre Lang* a été rendu par la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral, alors que l'arrêt *Steenworden* émanait de la section de droit civil. S'il y avait véritablement eu un renversement de jurisprudence, n'eût-il pas fallu, en application de l'article 16 de la loi fédérale d'organisation judiciaire consulter ladite section? Or cette procédure ne semble pas avoir été suivie en l'espèce.

De ces considérations, il ressort que l'arrêt *Thurgovie-Lang* ne crée pas une jurisprudence nouvelle. Peut-on toutefois avancer que cet arrêt constitue l'amorce d'un retour au principe de la primauté des traités?

Dans un arrêt *Strawsky contre Zimostenska Banka* du 22 juin 1955¹⁰⁷, le Tribunal fédéral paraît soutenir cet espoir. Sans se prononcer, il est vrai, sur la question de la primauté des traités, la Cour affirme très clairement que le droit international conventionnel qui lie la Confédération a une autorité décisive pour le juge interne, et que celui-ci doit en tout état de cause respect au traité. Cependant, cet arrêt perd de son

¹⁰⁵ Traduction.

¹⁰⁶ GUOGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken*, p. 17.

GRASSI: p. 65.

En sens contraire: Intervention de M. FELDMANN au Conseil des Etats: automne 1954, bulletin sténographique, p. 154.

AUBERT: pp. 265 ss.

¹⁰⁷ ATF 81 I 123.

intérêt en l'espèce, si l'on considère que le problème à résoudre était celui de savoir si l'exception d'ordre public pouvait être invoquée contre l'application d'un traité conclu par la Suisse, question que le Tribunal fédéral tranche par la négative; les rapports entre traités et lois fédérales n'étaient pas du tout en cause.

Depuis lors, dans un arrêt du 23 mai 1962 dans la cause *Rossier contre Cour de Justice de Genève* (ATF 88 I 80), le Tribunal fédéral a évoqué à nouveau la question de l'autorité interne des traités, sans se prononcer toutefois sur la question de leur place hiérarchique par rapport aux lois fédérales. Le Tribunal avait à décider si l'article 53 du règlement intercantonal concernant la police de navigation sur le lac Léman dérogeait aux dispositions d'une convention franco-suisse du 10 septembre 1902 réglant cette même matière, et aboutit à la conclusion qu'il n'y avait pas d'incompatibilité en l'espèce et que le règlement était dès lors applicable. En tout état de cause, s'il y avait eu un conflit de normes, nul doute que le Tribunal fédéral aurait fait prévaloir la Convention sur le règlement intercantonal, car il est généralement admis en droit suisse, comme nous l'avons vu, que les normes internes de rang inférieur aux lois fédérales et aux arrêtés fédéraux de portée générale s'inclinent devant les traités internationaux contraires, même antérieurs en date. Toutefois, l'arrêt *Rossier* donne certaines indications sur la position du Tribunal fédéral quant à l'autorité interne des traités et sur leur caractère obligatoire interne. Citons le passage suivant :

«Lorsqu'il s'agit d'un traité conclu par la Confédération et qui crée des règles de droit, il devient, à ce moment aussi, obligatoire de plein droit pour les autorités et les citoyens, pourvu qu'il soit directement applicable. Il s'incorpore en même temps au droit fédéral; point n'est besoin, à cet effet, de lui donner la forme d'une loi fédérale. *A l'égal d'une telle loi, il constitue une source du droit fédéral* (FLEINER-GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, p. 829, ss.). »

Ainsi la Cour réaffirme explicitement que les traités ont force obligatoire en droit interne, et qu'ils constituent «per se» une source de droit fédéral, mais elle ne précise pas s'ils ont le pas sur les lois fédérales contraires. Doit-on toutefois inférer de l'utilisation des termes «à l'égal d'une telle loi», que les traités et les lois fédérales ont même force devant le juge interne et que leurs conflits doivent se résoudre selon l'adage

«lex posterior derogat priori»? A la lettre du texte non, car on peut parfaitement soutenir que si le traité et la loi constituent tous deux des sources de droit interne, ils diffèrent par l'autorité dont ils bénéficient. Il est cependant significatif que l'arrêt en cause renvoie en l'espèce aux développements de M. GIACOMETTI et notamment au passage du «Bundesstaatsrecht» où celui-ci défend la thèse de la concurrence entre traités et lois, thèse que le Tribunal fédéral avait fait sienne dans l'arrêt Steenworden. Il semble dès lors permis de déduire de l'arrêt *Rossier* que le Tribunal fédéral n'a pas fondamentalement modifié sa position. Tant qu'il n'aura pas expressément renversé la jurisprudence de l'arrêt Steenworden, cet arrêt devra être considéré comme l'expression du droit positif suisse en vigueur.

III. La pratique des autorités administratives

Les autorités administratives n'ont pas eu souvent l'occasion de prendre clairement position en ce qui concerne le problème des relations hiérarchiques entre le traité et la loi. Si l'on peut citer un certain nombre de décisions administratives reconnaissant la force obligatoire automatique des traités en droit interne¹⁰⁸, rares sont les décisions administratives qui abordent expressément la question de savoir si les traités doivent s'appliquer nonobstant les lois fédérales postérieures en date. Mentionnons toutefois dans le sens de la primauté du droit international conventionnel une décision du Conseil fédéral en date du 7 août 1919¹⁰⁹ portant sur la question de savoir si les autorités cantonales peuvent édicter des normes dérogeant à un traité d'établissement. A cette occasion, le Conseil fédéral, dépassant le cadre des faits de la cause, se prononça en termes généraux contre la suspension des effets internes d'un traité contraire à des dispositions fédérales postérieures en date:

«Les normes stipulées par un traité empêchent ... toute action contraire du droit interne suisse, et une règle de droit fédéral, même postérieure à un traité, ne saurait empêcher ce dernier de porter effet, dans la mesure où elle est en contradiction avec lui.»

¹⁰⁸ SALIS-BURCKHARDT: No 1225, no 626.

JAA B, no 14.

Voir aussi FF 1930, I, p. 69.

¹⁰⁹ SALIS-BURCKHARDT: No 1973, II.

Cette décision date, il est vrai, d'une époque où le Tribunal fédéral appliquait encore expressément dans sa jurisprudence le principe de la primauté des traités, et le Conseil fédéral se conformait simplement à cette jurisprudence.

Le Conseil fédéral eut à nouveau l'occasion de se prononcer sur cette question en 1954, à propos de la recevabilité de l'initiative constitutionnelle dite de «Rheinau». L'initiative en question mettait en cause l'exécution d'un traité international en vigueur. Il s'agissait dès lors de savoir si cette initiative devait être soumise ou non au vote du peuple. Dans le message qu'il adressa à ce propos à l'Assemblée fédérale¹¹⁰, le Conseil fédéral prit incidemment position quant au problème de l'autorité des traités par rapport aux lois fédérales en énonçant l'opinion que l'arrêt Steenworden, aux termes duquel les traités ont en droit interne force de loi ni plus ni moins, doit être considéré comme l'expression du droit positif suisse en vigueur dans ce domaine:

«Partant de l'idée que la loi postérieure prime la loi antérieure, le Tribunal fédéral s'est, lui aussi, prononcé clairement dans le sens ci-dessus (la concurrence des normes). Sa conclusion est la suivante: conformément à cette maxime, le traité récent abroge ipso jure les dispositions de la loi antérieure et, inversement, la loi récente paralyse l'application en Suisse d'un traité plus ancien.»¹¹¹

Lors des débats devant le Conseil des Etats, le Conseiller fédéral MARKUS FELDMANN défendit ce point de vue dans les termes suivants:

«Le fait que le droit interne peut contredire des obligations internationales, sans être nul pour autant, existe et n'est pas contestable. Il se déduit de la jurisprudence du Tribunal fédéral ... Le Tribunal fédéral se fonde sur l'idée que les traités et les lois sont placés sur le même plan; autrement dit, qu'une loi postérieure peut modifier un traité, comme un traité plus récent peut déroger à une loi plus ancienne ...»¹¹²

Il apparaît ainsi que l'exécutif fédéral a fait sienne la théorie de la concurrence des normes et s'est fondé à cet égard sur l'arrêt Steenworden, qu'il considère comme l'expression du droit positif en vigueur.

¹¹⁰ FF 1954, I, pp. 697ss.

¹¹¹ FF 1954, I, p. 715.

¹¹² Conseil des Etats, automne 1954, bulletin sténographique, p. 154 (traduction).

Section III – L'interprétation des traités par le juge

Nous avons relevé la grande importance que revêt le problème de la liberté du juge d'interpréter les traités internationaux. Dans la mesure où l'on accorde aux organes gouvernementaux la compétence d'imposer au juge leur propre appréciation du traité, ces organes sont en mesure de paralyser la mise en œuvre du principe de la primauté. Ils peuvent, en effet, donner d'une disposition conventionnelle internationale une interprétation telle que tout conflit entre le traité ainsi déformé et la loi disparaît: la norme interne s'impose alors au juge, et le traité qu'on a privé unilatéralement de toute portée véritable ne peut plus s'appliquer. La jurisprudence française, qui se considère généralement comme tenue de respecter l'interprétation gouvernementale sous forme d'avis du Ministère des Affaires Etrangères, nous en fournit le malheureux exemple.

§ 1. Absence de limites au droit d'interpréter les dispositions de fond contenues dans un traité

Le droit suisse ne connaît pas une telle distinction, et les tribunaux se reconnaissent au contraire la compétence d'interpréter souverainement, dans le cadre général de leurs pouvoirs de juger d'un conflit de droit, les dispositions d'un traité qui sont invoquées devant eux¹¹³.

Les traités ont en droit suisse force de loi et s'imposent au juge comme une loi. L'organe exécutif n'a pas, dès lors, à intervenir au stade de l'application pour imposer son appréciation de la règle de droit, pas plus qu'il n'a à le faire, lors de l'application d'une loi fédérale. Une telle immixtion dans la sphère de compétences du juge serait, en effet, une violation du principe de la séparation des pouvoirs.

Il faut bien distinguer cependant entre une interprétation unilatérale du gouvernement et celle qui résulte d'un accord international complétant le traité existant. Un accord de ce genre fait corps avec le traité et s'impose dès lors au juge avec la même force que lui.¹¹⁴

¹¹³ ZUMSTEIN: p. 128ss.

GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 142.

JAA 8, no 7.

¹¹⁴ ATF 76 IV 43.

§ 2. *Les avis des organes exécutifs*

Le Tribunal fédéral est donc libre d'interpréter les dispositions de fond contenues dans un traité et n'est pas lié par une déclaration de l'exécutif concernant leur portée. Il peut cependant être utile que le tribunal soit renseigné sur l'opinion des organes qui ont participé à l'élaboration de la norme internationale. Ceux-ci peuvent en effet être au courant d'éléments qui échappent aux organes judiciaires, tout particulièrement lorsqu'une interprétation officieuse est intervenue après la conclusion de l'accord, sous forme d'échange de notes, et qui tendrait à préciser les intentions des parties¹¹⁶. Une telle interprétation n'a pas le caractère d'un accord international et ne s'impose pas en tant que tel au juge. Celui-ci, pour trancher en connaissance de cause, devra cependant être informé de l'existence d'éléments de ce genre. Il est dès lors souhaitable que, dans les cas de doute, il s'adresse à l'organe étatique qui a participé à l'élaboration de la norme internationale pour obtenir de lui tous les éclaircissements utiles. Ces renseignements l'aideront à former sa propre opinion sur la question et lui permettront d'interpréter avec plus d'exactitude les dispositions du traité, mais n'auront jamais pour effet de le lier. Citons à l'appui de cette affirmation une consultation du Département de justice et police du 3 août 1935:

«... Le tribunal conservant sa pleine liberté de jugement, le principe de la séparation des pouvoirs ne sera pas atteint par le fait que l'autorité supérieure de l'administration offre de mettre à la disposition du juge-instructeur des données qui peuvent servir à l'interprétation de la convention»¹¹⁷.

§ 3. *Incompétence pour apprécier la validité des traités sur le plan international*

La liberté d'interprétation du juge connaît cependant certaines limites. S'il peut discrétionnairement apprécier la portée des dispositions de fond contenues dans un traité, ce n'est pas à lui cependant d'examiner si les conditions formelles de la validité internationale sont remplies. L'organe exécutif qui a participé à la procédure de conclusion, en l'occurrence le Conseil fédéral, est seul habilité à déterminer si un accord inter-

¹¹⁶ ZUMSTEN: p. 135.

¹¹⁷ JAA 9, no 9.

national a été valablement conclu, s'il est encore en vigueur et s'il s'impose dès lors aux autorités étatiques chargées d'appliquer le droit. Lui seul est compétent, en particulier, pour préciser les conséquences de l'attitude du cocontractant sur la validité internationale de l'accord et peut seul déclarer que cette attitude a pour effet de mettre fin à l'obligation pour la Suisse d'exécuter les dispositions qui y sont contenues¹¹⁷. Le juge est lié par cette attitude gouvernementale, et ne peut donc, par exemple, invoquer le principe «*rebus sic stantibus*» ou l'irrégularité de la conclusion pour refuser d'appliquer le traité si le Conseil fédéral n'a pas, précédemment, fait valoir ces arguments. Dans le cas, au contraire, où l'exécutif aurait pris position et déclaré que la Confédération n'est plus liée, le juge est tenu de se conformer à cette manifestation de volonté. Celle-ci prend en effet le caractère d'un «acte de gouvernement» qui lie les autorités judiciaires et administratives et ne peut être interprété ou contesté par elles. Cet acte de gouvernement n'est pas nécessairement formel: Le rapport de gestion du Conseil fédéral ou les déclarations des autorités administratives compétentes peuvent être concluants pour le juge¹¹⁸.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral s'est déclaré incompétent dans l'arrêt *Lepeschkin*¹¹⁹ pour examiner si la Convention de La Haye concernant la procédure civile continuait à obliger la Confédération vis-à-vis de la Russie soviétique, alors que cet Etat avait cessé de l'appliquer. Il considéra en effet qu'un accord international s'imposait aux tribunaux aussi longtemps que le Conseil fédéral, organe compétent en la matière, n'avait pas déclaré que cette norme internationale avait cessé d'obliger la Suisse.

CHAPITRE III – LE DROIT INTERNATIONAL ET LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

Nous venons d'examiner le problème des relations entre traités et lois fédérales. A présent, il importe de préciser l'ordre hiérarchique qui existe, selon le système juridique suisse, entre le traité et la Constitution

¹¹⁷ ATF 49 I 188; 58 I 104; 64 I 263.

¹¹⁸ ZUMSTEIN: p. 121.

¹¹⁹ ATF 49 I 1955.

Dans le même sens: ATF 64 I 263; Arrêt *Helvetia-Kuch*, ASDI 1947, IV, pp. 143 ss.

fédérale elle-même. Ce problème se pose dans la perspective des questions suivantes:

1. A quelles conditions un traité contraire aux dispositions constitutionnelles de fond est-il valablement conclu selon les règles de la procédure de conclusion prévues par le droit suisse?

2. Dans quelle mesure le juge peut-il contrôler la constitutionnalité des traités ou la régularité de leur conclusion?

3. Dans quelle mesure la Constitution fédérale peut-elle être révisée à l'encontre des règles internationales en vigueur?

§ 1. *Les traités internationaux dérogeant aux dispositions constitutionnelles de fond et la procédure interne d'approbation*

La Constitution fédérale désigne aux articles 85 et 102 les organes qui doivent participer à l'élaboration des traités et fait de cette participation une condition essentielle de la régularité de la conclusion. Cependant elle ne distingue pas expressément, quant à la procédure à suivre et aux approbations nécessaires, entre les traités ordinaires et ceux qui dérogent aux dispositions matérielles de la Constitution. La seule différenciation que la pratique du droit public suisse ait consacrée, à cet égard, est celle entre traités empiétant sur le domaine législatif et pour lesquels l'approbation parlementaire est nécessaire, et traités qui portent sur des matières normalement réservées à l'exécutif, et qui peuvent être directement conclus par le Conseil fédéral¹²⁰.

1. Certains auteurs, s'en tenant à la lettre de la Constitution, ont soutenu que les traités anticonstitutionnels, n'étant pas prévus dans une catégorie spéciale, pouvaient être conclus selon la procédure ordinaire. Le «treaty-making power» ne trouverait donc dans les dispositions constitutionnelles de fond aucune limitation à son pouvoir de conclure des traités¹²¹.

¹²⁰ Distinction consacrée par l'usage et qui ne trouve pas son reflet dans la Constitution (RUCK, *Staatsrecht* p. 238, note 38).

GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 827.

¹²¹ J. LANGHARD: *Das Niederlassungsrecht der Ausländer in der Schweiz*, Zurich, 1913, pp. 38 ss.

SCHOLLENBERGER: pp. 163 ss. Dans une certaine mesure;

GUGGENHEIM: *Organisations économiques supra-nationales, indépendance et neutralité de la Suisse*, RDS 1963, II, pp. 221 ss, pp. 292 à 302.

2. D'autres auteurs affirment au contraire qu'en principe les traités ne peuvent pas être conclus en dérogation à des dispositions matérielles de la Constitution, et qu'en ce cas une révision constitutionnelle doit être préalablement entreprise¹²².

La doctrine est toutefois unanime à présent à admettre, comme nous l'avons relevé plus haut, que le treaty-making power n'est pas lié par la délimitation interne des compétences entre Confédération et cantons¹²³.

3. Une troisième école tend à distinguer parmi les dispositions de la Constitution fédérale entre celles auxquelles le treaty-making power peut déroger par des accords élaborés selon la procédure d'approbation ordinaire, et celles auxquelles il ne peut pas être dérogé sans révision constitutionnelle préalable¹²⁴. Le classement s'établirait selon le critère de distinction suivant: il pourrait être dérogé par traité, approuvé dans la forme ordinaire, à des dispositions constitutionnelles secondaires à portée exclusivement interne. En revanche, une révision constitutionnelle serait nécessaire lorsque le traité met en cause des règles fondamentales ou touche à des dispositions constitutionnelles concernant les relations internationales¹²⁵.

Telle est l'opinion à laquelle le Département politique fédéral paraît s'être rallié dans un avis de droit en date du 15 août 1957¹²⁶:

«Richtig ist wohl eine mittlere Lösung. Sicher können auf dem Wege des Staatsvertrages nicht fundamentale Normen der Bundesverfassung

¹²² BLUMER-MOREL: pp. 244ss.

GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 813. «Gleich den Bundesgesetzen müssen sich aber die Staatsverträge des Bundes im Rahmen der Bundesverfassung halten, dürfen also zum Beispiel nicht die Freiheitsrechte beeinträchtigen.»

¹²³ K. HAURI: *Die Verfassungsmässigkeit der Staatsverträge*, thèse, Berne, 1962, p. 20.

¹²⁴ D. SCHINDLER: *Supra-nationale Organisationen und schweizerische Bundesverfassung*, RSJ 1961, pp. 197ss., p. 200.

HAURI: p. 22.

W. BURCKHARDT: *Avis de droit* du 26 septembre 1938, ASDI 1962 XIX, p. 177.

¹²⁵ Notons que cette distinction s'apparente un peu à celle du droit américain entre les dispositions des traités qui sont « d'intérêt international » et celles qui sont de « portée interne ». Seules les premières peuvent déroger à la répartition constitutionnelle des compétences entre Etat fédéral et Etats fédérés (Arrêts de la Cour suprême *Missouri v. Holland*, 252, US, 416 (1920) et *Kinsella v. Kruger*, 345, US, 1 (1957).

¹²⁶ JAA 29, no 3.

abgeändert oder aufgehoben werden. Es ist nicht angängig, auf diese Weise die grundlegende Struktur des schweizerischen Staatsrechtes umzustürzen. Dem steht entgegen, dass der Bund vertraglich eingegangenen Pflichten jederzeit nachkommen kann, indem er das Verfahren der Verfassungsrevision in Bewegung setzt ... Wo die Verfassung lediglich interne Probleme regeln will und das Verhältnis nach aussen offen lässt, ist die Bahn frei für eine staatsvertragliche Normierung, desgleichen dann, wenn es sich nicht um schwerwiegende und umstürzende Eingriffe in die innere Struktur handelt.»¹²⁷

4. Dans le cadre de la distinction énoncée sous chiffre 3 ci-dessus, qui nous paraît correcte, la logique de la réglementation constitutionnelle suisse devrait conduire à l'application de la procédure suivante:

Notre système d'élaboration des traités par les organes internes se fonde sur le principe démocratique du parallélisme des formes entre acte législatif interne et élaboration interne du droit international. Les accords portant sur des matières dont l'exécutif a, dans l'ordre interne, la responsabilité exclusive peuvent être conclus sous l'autorité du Conseil fédéral seul. Par contre, ceux qui empiètent sur le domaine normalement réservé au législateur doivent être préalablement approuvés par le Parlement, le cas échéant par le peuple. Si l'on demeure fidèle à ce parallélisme, les traités dérogeant à la Constitution devraient être approuvés selon la procédure en vigueur en matière de revision constitutionnelle:

Les traités modifiant les lois ne sont pas introduits expressément par une loi; de même la conclusion de traités contraires à des dispositions matérielles de la Constitution ne devrait pas être précédée d'une modification expresse des textes constitutionnels auxquels il est dérogé. Il suffirait que les organes compétents pour reviser la Constitution se prononcent selon les mêmes critères de majorité que pour une revision constitutionnelle proprement dite¹²⁸; cette participation n'aurait pas,

¹²⁷ p. 22.

¹²⁸ Une procédure analogue est prévue à l'article 89 bis, alinéa 3, de la Constitution fédérale en ce qui concerne les arrêtés fédéraux d'urgence dérogeant à la Constitution fédérale, et qui doivent être ratifiés par le peuple et les cantons.

Mentionnons que la Constitution néerlandaise de 1953/1956 ainsi que la Constitution autrichienne telle qu'elle a été modifiée en 1964 consacrent expressément le principe d'une approbation en la forme qualifiée des traités inconstitutionnels, et que sous la IV^e République en France cette procédure était recommandée par une partie importante de la doctrine (voir ci-dessus pp. 156 ss.)

en soi, de portée interne, mais elle aurait uniquement pour but d'habiliter le Conseil fédéral à conclure: le traité ainsi approuvé ne deviendrait exécutoire qu'après son entrée en vigueur sur le plan international.¹²⁹

C'est ainsi que l'arrêté fédéral par lequel la Confédération a adhéré au Pacte de la SDN a été soumis à l'approbation du peuple et des cantons, sans pourtant que des dispositions contenues dans la Constitution aient été abrogées ou modifiées.

En revanche, dans son message à l'Assemblée fédérale relatif à la participation de la Suisse à l'Association Européenne de Libre Echange (FF 1960, I, pp. 869ss., p. 908), le Conseil fédéral n'a pas retenu cette solution, estimant que l'AELE ne dérogeait pas à la Constitution.

A l'heure actuelle, la question des relations entre traités et Constitution se pose surtout dans la perspective d'une adhésion ou d'une association éventuelle de la Suisse à une organisation à caractère supranational. Il est généralement admis par la doctrine qu'une telle adhésion, si elle entraînait le transfert à une institution superétatique de compétences dévolues par la Constitution fédérale à des organes internes, devrait faire l'objet d'une approbation du peuple et des cantons.¹³⁰

5. Relevons, par ailleurs, que, selon une partie importante de la doctrine, il existe des limites matérielles à la révision de la Constitution (indépendance nationale, libertés individuelles, formes de l'Etat, etc...)¹³¹.

¹²⁹ Cette question a été récemment examinée par une commission du « Redressement national », association de droit privé: dans un rapport publié sous la signature de MM. K. REICHLIN et R. ROHR (*Notwendiger Ausbau des Staatsvertragsreferendums, Zeitfragen der schweizerischen Wirtschaft und Politik, cahier 84, Zurich 1965*) il est proposé que la solution précitée soit codifiée dans une disposition constitutionnelle qui aurait la teneur suivante:

« Les traités internationaux dérogeant à la Constitution fédérale doivent être soumis à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons. Si la dérogation est d'importance secondaire, le traité n'est soumis à l'adoption ou au rejet du peuple et des cantons que lorsque la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit cantons. » (Traduction.)

Voir sur ce rapport:

D. SCHINDLER: *Ausbau des Staatsvertragsreferendums? Zu einem Revisionsvorschlag*, NZZ du 7. 8. 1965.

H. HUBER: *Umbruch und Ausdehnung des Staatsvertragsreferendums?* NZZ du 13. 8. 1965.

¹³⁰ GUGGENHEIM: RDS 1963, II, pp. 302ss.

Voir aussi:

SCHINDLER: RSJ 1961, pp. 197ss.

¹³¹ Voir ci-après pp. 232 ss.

Aucun traité international ne pourrait être conclu en dérogation à ces règles fondamentales intangibles, quand bien même la procédure de la revision constitutionnelle serait suivie.¹³²

§ 2. *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités*

Indépendamment de la question de la procédure à suivre pour l'approbation des traités inconstitutionnels, il apparaît qu'en tout état de cause les tribunaux en Suisse n'ont pas la compétence de contrôler la constitutionnalité des traités en vigueur.

En effet, l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale énonce ce qui suit:

« Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés. »

En vertu de cette disposition, le Tribunal fédéral et, à plus forte raison, les tribunaux inférieurs ne pourront pas refuser d'appliquer un traité en raison de son incompatibilité avec les dispositions de la Constitution fédérale. La compétence de contrôler la constitutionnalité des traités, comme celle des lois d'ailleurs, est refusée au juge. En d'autres mots, selon le système juridique suisse, les traités bénéficient au niveau de l'exécution judiciaire d'une primauté par rapport aux normes constitutionnelles.

Il y a toutefois lieu de relever que l'article 113, alinéa 3, spécifie que ce sont les traités « ratifiés »¹³³ par l'Assemblée fédérale qui échappent au contrôle judiciaire de leur constitutionnalité. Est-ce à dire que les traités qui n'ont pas fait l'objet d'une approbation parlementaire sont soumis à un tel contrôle? Ce raisonnement serait fondé si l'approbation parlementaire était la source unique de la force obligatoire interne des traités et si les tribunaux les appliquaient comme norme législative fédérale. On sait cependant que l'approbation parlementaire revêt la forme d'un arrêté simple lorsqu'elle n'est pas soumise au référendum¹³⁴;

¹³² GUGGENHEIM: RDS 1963, II, pp. 287/288.

¹³³ Rappelons que le texte allemand est plus correct en utilisant le terme de « genehmigt ».

¹³⁴ GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 821.

or l'article 113, alinéa 3, ne fait bénéficier de sa réglementation que les lois et les arrêtés de *portée générale* émanant de l'Assemblée fédérale. Ce n'est donc pas de sa nature législative interne que le traité international tire, selon l'article 113, sa force obligatoire devant le juge fédéral, mais bien de sa validité internationale¹³⁵. Pourquoi dès lors faire une distinction entre deux catégories de traités valables sur le plan international, selon qu'ils ont fait ou non l'objet d'une approbation parlementaire, alors qu'il est établi que la forme dans laquelle cette approbation est donnée n'est pas en soi la cause déterminante de leur force obligatoire? Il faut voir dans l'emploi des termes de «traités ratifiés par l'Assemblée fédérale» une conséquence du fait que le constituant partait de l'idée que tous les traités seraient soumis, en droit suisse, à l'approbation parlementaire et croyait ainsi inclure dans sa réglementation tous les accords qui lient la Suisse. Une pratique constante a cependant reconnu, par la suite, au Conseil fédéral la compétence exclusive de conclure des accords dans des domaines limités. De tels traités doivent logiquement bénéficier aussi de l'article 113. Il faut donc soustraire tous les traités, même s'ils n'ont pas fait l'objet d'une approbation de l'Assemblée fédérale, au contrôle de leur conformité à la Constitution¹³⁶.

Ce contrôle serait tout au plus admissible dans le cas d'accords conclus en violation de normes constitutionnelles délimitant les compétences du Conseil fédéral à engager seul la Confédération¹³⁷. La Cour suprême peut également contrôler les traités en cas de délégation de compétences de l'Assemblée fédérale au Conseil fédéral, pour examiner si l'accord international ne dépasse pas les limites de la délégation¹³⁸. Mais un tel

¹³⁵ BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 790.

¹³⁶ BURCKHARDT: *Commentaire*, p. 790.

ZUMSTEIN: p. 123.

GUGGENHEIM: FSJ 487, p. 3.

M. GUGGENHEIM arrive à la même conclusion que M. BURCKHARDT, mais selon un raisonnement différent:

L'article 113, alinéa 3, permettrait en soi le contrôle des traités ratifiés sans approbation parlementaire, mais il faudrait néanmoins écarter une telle interprétation qui aboutirait à faire primer le droit interne sur les dispositions d'un traité, solution «contraire à la conception suisse du droit international».

Opinion contraire: GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 995.

¹³⁷ GUGGENHEIM: *Droit international public*, I, p. 41.

ZUMSTEIN: p. 123.

¹³⁸ GIACOMETTI: *Bundesstaatsrecht*, p. 936.

examen ne porte pas sur la constitutionnalité du traité quant à ses dispositions de fond, mais sur le respect des dispositions délimitatrices de compétences.

§ 3. *Revision constitutionnelle et traités en vigueur*

I. *Généralités*

Nous avons évoqué le problème du conflit entre un traité international et une disposition constitutionnelle en vigueur.

Nous examinerons à présent le problème inverse: celui d'une revision constitutionnelle portant atteinte à un traité international en vigueur.

La question doit être examinée selon deux perspectives distinctes:

1. Existe-t-il une limitation apportée par le droit international au droit des Etats d'introduire dans leur constitution des dispositions nouvelles qui violent des normes internationales? (Limite hétéronome.)

2. L'ordre juridique suisse prévoit-il une limitation au droit de l'Assemblée fédérale, du peuple et des cantons de reviser en tout temps et en toute matière la Constitution fédérale? Contient-il, en particulier, une interdiction de reviser la Constitution fédérale à l'encontre des règles conventionnelles ou coutumières du droit international? Une telle limitation peut-elle se déduire de l'autorité dont jouissent les traités et la coutume internationale en droit suisse, au stade de leur application par les tribunaux? (Limite autonome)

Le problème fut longtemps considéré comme étant d'intérêt académique et fut de ce fait négligé par la doctrine. Certains auteurs, comme M. DE MEURON, ont ainsi écarté l'éventualité même d'un tel conflit:

«Il n'est guère concevable qu'une procédure solennelle de modification de la Constitution soit mise en œuvre pour élaborer des règles directement contraires aux dispositions d'un traité international. C'est là, semble-t-il, une question toute théorique que l'on pourrait laisser de côté»¹²⁹.

Cet optimisme furent cependant démenti par les événements. En effet, en 1953, par le dépôt de l'initiative dite de Rheinau, qui était de nature

¹²⁹ p. 65.

Même sens pour la France: Chailley pp. 307ss.

à mettre en cause les obligations internationales de la Suisse, la question des rapports entre le droit international et la Constitution se posa de façon concrète¹⁴⁰; la preuve était rapportée qu'un conflit entre ces deux catégories de normes, loin d'être une simple vue de l'esprit, pouvait avoir des répercussions politiques.

¹⁴⁰ Initiative constitutionnelle déposée le 23 février 1953 (FF 1954, I, 697).

La Suisse avait conclu en 1879 un accord avec le Grand-Duché de Bade selon lequel les deux Etats s'engageaient à étudier en commun les moyens de transformer le cours du Rhin entre Bâle et Constance en une voie navigable. Cet accord fut confirmé et précisé dans un traité conclu par la Suisse et l'Allemagne en 1929, et portant sur le même objet. Par l'article 6/3e, alinéa 10, de cette Convention, les parties s'engageaient à «mener des pourparlers concernant l'octroi de nouvelles concessions de forces hydrauliques entre Bâle et le lac de Constance et à les accélérer dans la mesure du possible» (RS vol. 12, p. 1 514).

En exécution de cet accord et en vertu des compétences qu'il tenait de la loi sur l'utilisation des forces hydrauliques, le Conseil fédéral concéda, le 22 décembre 1944, d'entente avec le Gouvernement de Bade, une concession pour une usine hydro-électrique sur le Rhin, à Rheinau.

L'Etat de Bade accorda à son tour, le 14 novembre 1947, une concession correspondante sur le même ouvrage, de sorte que rien ne devait plus s'opposer, en principe, à la construction de celui-ci et à la réalisation du plan prévu par les deux accords de 1879 et de 1929. Cependant une initiative populaire, tendant à compléter l'article 24 bis, alinéa 2, de la Constitution fédérale, fut déposée le 23 février 1953:

«La beauté des sites doit être ménagée; elle doit être conservée intacte si un intérêt public majeur l'exige.»

Disposition transitoire:

«Pour maintenir intacte la chute du Rhin et protéger la beauté de cette chute et celle des sites jusqu'à Rheinau, la concession pour la construction de l'usine de Rheinau, octroyée le 24 décembre 1944 en violation de l'article 22 de la LUFH, est annulée. Une nouvelle concession ne pourra pas être octroyée.» (FF 1954, I, 697.)

Cette initiative, ayant essentiellement pour but d'empêcher l'édification du barrage de Rheinau, se heurta dès l'abord à de fortes oppositions et fut finalement repoussée par le peuple et les cantons en automne 1954.

Littérature sur l'affaire de Rheinau:

P. LYER: *avis de droit* du 2. 2. 1952, ASDI 1953, pp. 193ss.

Z. GIACOMETTI: *Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit der eidgenössischen Volksinitiative zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau*, avis de droit du 24. 9. 1953, RSJ 1954, pp. 538s.

P. GUOGNINEM: *Die Rheinau-Initiative und das Völkerrecht*, NZZ du 5. 6. 1954.

E. BECK: *Die Rheinau-Initiative und das Völkerrecht, eine Entgegnung*, NZZ du 19. 6. 1954.

Offene Darlegung des Standpunktes der Initianten: Die Rheinau-Initiative und ihre rechtliche Begründung, 1954, Bibliothèque nationale suisse.

L. DUPRAZ: *De l'initiative en revision de la Constitution dans les Etats suisses, en particulier de l'initiative populaire*, RDS 1956, II, pp. 263ss., pp. 290 à 306.

II. Le droit des gens impose-t-il une limite hétéronome?

Le droit international, au stade actuel de son évolution, n'a pas encore pris le caractère d'un ordre superétatique. Il ne possède pas les organes qui lui permettent de mettre directement en œuvre les normes qu'il énonce, et pas davantage l'appareil de contrainte indispensable pour assurer leur application¹⁴¹. L'ordre juridique international, incapable d'appliquer lui-même ses normes, délègue aux ordres étatiques la compétence de les réaliser. Il se désintéresse des moyens utilisés à cet effet et ne s'attache qu'au résultat.

La primauté de l'ordre international ne se manifeste donc pas au niveau des règles étatiques, mais se réalise par l'engagement de la responsabilité de l'Etat fautif, lorsque la violation des normes internationales par le droit interne est effective. On en trouve la confirmation dans le fait qu'un Etat ne peut pas, selon le droit international, protester contre le fait qu'un autre Etat a élaboré des règles internes violant les dispositions d'un traité qui les lie, aussi longtemps que cette règle n'a pas effectivement eu pour conséquence d'empêcher l'exécution de l'obligation assumée¹⁴².

Le droit international ne s'intéresse pas au contenu matériel des règles internes, mais seulement à l'effet que celles-ci peuvent avoir sur le plan international¹⁴³.

Il apparaît ainsi que le droit des gens laisse aux Etats l'entière liberté de déterminer leurs règles internes, quitte, en cas de violation d'obligations internationales par ces dernières, à mettre en jeu le mécanisme réparateur de la responsabilité. En ce qui concerne le problème qui nous occupe, le droit international ne contient ainsi aucune règle précise déterminant le contenu des constitutions étatiques ou spécifiant les limites de leur révision. Il n'y a pas de limite hétéronome émanant du droit des gens en ce domaine¹⁴⁴.

¹⁴¹ W. BURCKHARDT: *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*, Bâle, 1927, p. 359.

¹⁴² G. SCHELLE: *Manuel élémentaire du droit international public*, Paris, 1932/34, pp. 701-702.

¹⁴³ BECK: NZZ du 19. 6. 1954.

¹⁴⁴ Message du Conseil fédéral du 4. 5. 1954: (FF 1954, I, pp. 697ss, p. 715)

«Les principes généraux du droit des gens n'ont pas sur le droit constitutionnel des divers Etats une primauté qui priverait ceux-ci du pouvoir d'insérer dans leur constitution une disposition non conforme au droit des gens.»

III. Limites autonomes interdisant de réviser la Constitution fédérale en violation du droit international?

On doit aussi aborder la question dans la perspective du droit étatique lui-même pour chercher dans quelle mesure le système juridique interne impose des limites matérielles à la révision de sa constitution, et si en particulier il reconnaît dans l'existence de normes internationales obligatoires, une limite de ce genre.

La Constitution fédérale, aux articles 118 à 123, détermine les conditions formelles de la révision et institue en particulier la procédure de l'initiative populaire, mais elle laisse ouverte la question d'éventuelles limites matérielles à sa modification. L'ordre juridique suisse contient-il implicitement de telles limitations?

De nombreux auteurs se sont penchés sur le problème et ont dans leur majorité admis l'existence de limites au droit du peuple et des cantons de réviser en tout temps la Constitution fédérale.

M. NEF¹⁴⁵ considère que toute constitution trouve une limite tacite à sa révision dans le noyau des principes fondamentaux qui en fait l'unité. C'est ainsi que le principe selon lequel le peuple peut modifier en tout temps la Constitution constituerait paradoxalement une limite, puisque logiquement il implique que ce pouvoir ne peut pas lui-même être diminué.

«Im Souveränitätsakt kann nicht die Souveränität selbst beseitigt werden.»¹⁴⁶

M. NEF constate, d'autre part, que le principe démocratique n'est pas le seul qui soit à la base de l'ordre juridique suisse, mais que celui-ci est plutôt la résultante d'une synthèse d'éléments différents apportant chacun des limites à la révision de la Constitution. Parmi ces éléments fondamentaux, M. NEF semble également inclure le principe du respect des obligations internationales¹⁴⁷.

¹⁴⁵ *Materielle Schranken der Verfassungsrevision*, RDS 1942, pp. 108ss.

¹⁴⁶ p. 129.

¹⁴⁷ «Sowohl das allgemeine Völkerrecht wie besonders die von den betreffenden Staaten eingegangenen völkerrechtlichen Verträge können Normen enthalten, die für das Verfassungsrecht materielle Schranken bedeuten.» *Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde*, RDS 1950, pp. 133ss, p. 279.

M. GIACOMETTI¹⁴⁸ admet également l'existence de limites matérielles tacites au droit de modifier la Constitution, et considère que celle-ci contient des dispositions « éternelles ». Ces limites seraient celles nécessaires à la préservation des dispositions constitutionnelles accordant le droit d'initiative et au maintien des organes de l'élaboration constitutionnelle.

Il nie cependant l'existence en droit interne suisse d'une limite constituée par l'obligation de ne pas violer les normes du droit international¹⁴⁹.

M. BURCKHARDT¹⁵⁰, de son côté, affirme que le peuple et les cantons jouissent, en vertu des articles 118ss., d'un droit discrétionnaire de modifier en tout temps et sur tout matière les dispositions de la Constitution fédérale.

« Dem Inhalte nach kann die Verfassungsrevision nicht beschränkt werden, gehe sie nun von der Bundesversammlung selbst oder dem Volke aus; es bleibt den Vorschlagsberechtigten und in letzter Linie dem Volke und den Ständen überlassen, zu entscheiden, welche Materien sich zur Aufnahme in die Bundesverfassung eignen. »

Telle est également l'opinion soutenue par le Conseil fédéral dans son message du 4 mai 1954 sur l'initiative constitutionnelle de Rheinau, reconnaissant au peuple et aux cantons le droit d'introduire dans la Constitution n'importe quelle disposition, même si elle devait avoir pour effet de violer une obligation internationale qui lie la Suisse¹⁵¹.

Toutefois la doctrine plus récente reconnaît très généralement l'existence de limites autonomes au droit de révision. Citons entre autres MM. DUPRAZ¹⁵², KÄGI¹⁵³, SIEGENTHALER¹⁵⁴, SCHINDLER¹⁵⁵ et GUGGENHEIM¹⁵⁶.

¹⁴⁸ p. 706.

¹⁴⁹ RSJ 1954, p. 56.

¹⁵⁰ *Commentaire* p. 815.

Dans le même sens: GRENDELMEIER: Conseil National, été 1954, Bulletin sténographique, p. 140.

¹⁵¹ FF 1954, I, 715; également JAA 29, no 22.

¹⁵² pp. 353ss.

¹⁵³ W. KÄGI: *Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision*, RDS 1956, II, pp. 739ss, pp. 829 à 851.

¹⁵⁴ P. SIEGENTHALER: *Die Idee der autonom-institutionellen Schranken der Verfassungsrevision*, RDS 1958, II, pp. 255ss.

¹⁵⁵ RSJ 1961, pp. 197ss.

¹⁵⁶ *Völkerrechtliche Schranken*, pp. 15ss.

Alors que la plupart des auteurs reconnaissent seulement aux principes de la liberté individuelle, de la démocratie directe et de l'indépendance nationale le caractère de normes supérieures, d'autres comme M. GUGGENHEIM estiment que le respect du droit international constitue également un principe fondamental de l'ordre juridique suisse¹⁵⁷, et représente de ce fait une limite matérielle à la modification de la Constitution fédérale¹⁵⁸. Il ressortirait implicitement des articles 85, 102 et 113 de la Constitution que la Suisse se considère comme internationalement liée par les engagements auxquels elle souscrit et reconnaît à ces liens force obligatoire interne. Cette soumission à l'ordre international, qui se manifesterait dans la reconnaissance par les autorités administratives et judiciaires de l'immédiateté tant des traités que des règles générales du droit international, et de leur primauté sur les normes internes¹⁵⁹, constituerait un élément fondamental du système juridique suisse¹⁶⁰.

L'exécutif fédéral ne s'est pas rallié à cette façon de voir et dans le message qu'il a adressé au Parlement à propos de l'initiative de Rhéin-
nau¹⁶¹, il conclut «qu'une initiative constitutionnelle peut aussi avoir pour objet une révision portant atteinte à des engagements internationaux»¹⁶².

¹⁵⁷ GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken*, p. 14. En ce sens semble-t-il aussi: KÄG: p. 85; et SCHINDLER: RSJ 1961, p. 200.

¹⁵⁸ En sens contraire, BECK: NZZ du 19. 6. 1954.

¹⁵⁹ En sens contraire on peut invoquer l'arrêt STEENWORDEN (ATF 59 II 331) qui impose le principe de la concurrence de normes. A quoi le Conseiller aux Etats PICOT a répliqué: «En admettant que les juges du Tribunal fédéral ne soient pas en mesure d'appliquer une convention internationale antérieure, contraire à une loi interne, il ne résulte pas que le législateur lui-même soit autorisé à créer une loi interne contraire à une obligation internationale.» (Bulletin sténographique du Conseil des Etats, automne 1954, pp. 133ss.)

¹⁶⁰ PICOT: Bulletin sténographique, Conseil des Etats, automne 1954, p. 133.

OBERGHT: Bulletin sténographique, Conseil des Etats, été 1954.

¹⁶¹ FF 1954, I, pp. 697-807. Confirmé par un avis du Département de justice et police du 6. 2. 1959 (JAA 29, no 22).

¹⁶² p. 716.

IV. La sanction de la violation de limites matérielles à la révision constitutionnelle

a. En général

Il faut distinguer entre l'existence de limites matérielles à la révision de la Constitution et la sanction qui doit frapper une procédure de révision constitutionnelle qui tendrait à enfreindre ces limites. Alors que l'existence de limites matérielles est généralement admise à présent, la question est en revanche très débattue en doctrine de savoir si une initiative de révision partielle de la Constitution dérogeant à une telle limite est irrecevable ou si elle doit néanmoins être soumise à la décision du peuple et des cantons¹⁶⁴. Le problème a d'ailleurs fait l'objet de très vifs débats au Parlement à propos des initiatives de « Rheinau » en 1954¹⁶⁴ et « Chevallier » en 1955¹⁶⁵, mais fut tranché dans ces deux affaires dans des sens différents, un peu au gré des opportunités politiques du moment.

Toutefois, la doctrine tend à présent à admettre qu'une initiative constitutionnelle qui enfreint une limite formelle ou matérielle à la révision est nulle et doit être déclarée irrecevable¹⁶⁶. Quant à l'organe habilité à prononcer l'irrecevabilité, tous les auteurs qui se déclarent en faveur d'une sanction désignent l'Assemblée fédérale comme l'autorité compétente à cet égard. Dès que les Chambres ont reconnu qu'une initiative viole une limite matérielle, elles doivent en constater la nullité et bloquer la procédure engagée: le projet ne doit pas parvenir devant le peuple¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Voir l'examen détaillé de la question chez MM. DUPRAZ (pp. 532ss.) et KÄGI (pp. 855ss.).

¹⁶⁵ Voir plus haut p. 233.

¹⁶⁶ Il s'agit d'une initiative populaire tendant à une « trêve » d'un an dans les dépenses d'armement. L'Assemblée fédérale prononça la nullité de l'initiative par arrêté en date du 15 décembre 1955, refusant ainsi de la soumettre au vote populaire. Comme les Chambres n'arrivaient pas à s'entendre sur la cause de nullité à retenir (impossibilité d'exécution, vices de forme, défaut d'unité de matière), aucun motif ne fut indiqué (FF 1955, II, p. 1522).

¹⁶⁷ KÄGI: pp. 857ss.

SIEGENTHALER: pp. 266ss.

DUPRAZ: pp. 476ss, est plus nuancé et ne paraît pas inclure les initiatives qui violent des limites matérielles dans la catégorie de celles qui doivent être déclarées irrecevables.

¹⁶⁷ KÄGI: p. 870. « Wenn die Bundesversammlung eine Volksinitiative wegen Verletzung der materiellen Schranken als offensichtlich verfassungswidrig qualifiziert, dann besteht die Rechtsfolge folgerichtigerweise darin, dass diesem Begehren auf Verfassungsrevision nicht weiter stattgegeben wird. Es ist ein wegen seines verfassungswidrigen

b. Les initiatives constitutionnelles dérogeant à un traité

Si l'on admet que le droit international constitue une limite au droit de reviser la Constitution fédérale, les considérations énoncées au paragraphe précédent s'appliquent aussi aux initiatives constitutionnelles portant atteinte à l'exécution d'engagements contractés par la Suisse vis-à-vis d'Etats étrangers. Il appartiendrait donc en ce cas à l'Assemblée fédérale de déclarer l'initiative nulle et d'interdire qu'elle soit soumise au vote populaire¹⁶⁸. Cette opinion n'est pas partagée par le Conseil fédéral. Dans son message du 4 mai 1954 sur l'initiative de Rheinau, il précisa qu'en déclarant l'initiative nulle, l'Assemblée fédérale « outrepasserait ... les limites de sa compétence constitutionnelle, étant donné que seuls le peuple et les cantons ont qualité pour décider ce qui peut ou ne peut pas être inséré dans la Constitution »¹⁶⁹.

Comme nous l'avons relevé plus haut, le Parlement donna suite à la proposition du Conseil fédéral et soumit l'initiative au vote populaire.

Toutefois la position adoptée par les organes législatifs ne paraît pas très fermement fixée en la matière. En effet, l'année suivante déjà, à propos de l'initiative dite « Chevallier », l'Assemblée fédérale reconnaissait expressément sa compétence de déclarer une initiative constitutionnelle irrecevable en raison de son contenu matériel. L'attitude prise, lors de l'affaire de Rheinau, en ce qui concerne la suite à donner aux initiatives qui dérogent à des traités en vigueur, paraît donc sujette à révision.

V. Traités internationaux et démocratie directe

Indépendamment de la question de savoir si le droit international constitue une limite matérielle à la révision constitutionnelle, il a été soutenu que l'Assemblée fédérale devait déclarer nulle toute initiative populaire dérogeant à un traité parce que les matières se rapportant aux relations extérieures étaient, en vertu de la répartition constitution-

Inhaltes rechtsungültiges Begehren, das von den Behörden nicht weiter zu behandeln und insbesondere dem Volk nicht zu unterbreiten ist. Nur für die rechtmässige Volksinitiative gilt, dass es « ein Begehren aus dem Volk an das Volk » ist.

Même sens: SIEGENTHALER: pp. 266 à 268.

¹⁶⁸ GUGGENHEIM: NZZ du 5. 6. 1954.

¹⁶⁹ FF 1954, I, p. 725.

Voir aussi JAA 29, no 22.

nelle des pouvoirs, soustraites au domaine d'application de la démocratie directe. Cette thèse se fonde sur l'idée que les organes de revision trouvent leurs limites dans les compétences que le constituant originaire leur a attribuées: «Le pouvoir de revision ne peut entreprendre quelque chose qui ne relève pas de sa fonction propre, qui est, à l'exclusion de toute autre, de reviser la constitution ...»¹⁷⁰. Faire des lois, administrer ou juger ne sont donc pas de son ressort. En ce qui concerne le domaine des traités internationaux, l'incompétence des organes de revision (peuple et cantons) est justifiée comme il suit:

L'ordre juridique suisse ne met pas en œuvre, d'une façon absolue, le principe de la démocratie directe. Il fait au contraire un partage très net entre deux sphères juridiques: d'une part celle de la réglementation intérieure à laquelle s'applique le principe de démocratie directe; d'autre part celle des relations extérieures que la Constitution soumet en principe à un régime de démocratie représentative. Cette distinction se trouve consacrée d'une part dans les dispositions en matière de référendum, d'autre part par le fait qu'il n'est pas prévu d'initiative populaire en matière de traités internationaux¹⁷¹.

a) Le référendum ne s'applique en vertu de l'article 89, alinéa 3, de la Constitution que partiellement au domaine du droit international, à savoir aux seuls traités conclus pour une durée illimitée ou pour plus de quinze ans. Tous les autres engagements internationaux de la Suisse, et ils sont les plus nombreux, relèvent de la compétence exclusive du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale; ceux-ci sont fondamentalement habilités à régler les rapports de la Confédération avec l'étranger, sans que le peuple et les cantons aient à intervenir. La Constitution de 1874 avait exclu toute participation populaire à l'élaboration des normes internationales et faisait plus nettement encore le partage entre les deux sphères de réglementation. Ce n'est que sous la pression des événements politiques et de l'opinion publique que les pouvoirs populaires furent étendus à une partie des relations extérieures; cette extension, constituant une exception au système fondamental de répartition, doit être limitativement interprétée¹⁷².

¹⁷⁰ DUPRAZ: Procès-verbal de la 90e Assemblée annuelle de la Société suisse des juristes, RDS 1956, II, p. 920.

Voir aussi SIRENTHALER: pp. 262 à 265.

¹⁷¹ Voir GUGGENHEIM: NZZ du 5. 6. 1954.

¹⁷² FF 1919, II, p. 222.

b) *L'initiative constitutionnelle*. L'article 121 qui permet à 50.000 citoyens de soumettre un projet de revision constitutionnelle au peuple et aux cantons ne prévoit pas la possibilité de requérir par cette voie la conclusion d'un traité ou la dénonciation d'un accord international en vigueur. Tel est également l'avis du Conseil fédéral dans son message de Rheinau :

« Il n'en reste pas moins que notre droit public ne prévoit pas une initiative tendant directement à annuler des engagements internationaux¹⁷³. »

Il a été inféré des considérations qui précèdent que le domaine des traités se trouvant en principe soustrait au régime de la démocratie directe, en vertu des règles de compétences énoncées dans la Constitution elle-même, l'Assemblée fédérale serait habilitée à contrôler la recevabilité matérielle de toute initiative concernant directement ou indirectement les obligations internationales de la Suisse¹⁷⁴, et devrait déclarer nulles celles qui mettraient en cause un traité en vigueur.

Quant au Conseil fédéral, il a toutefois distingué, dans son Message de Rheinau, entre les initiatives tendant directement à annuler un traité et celles qui ont pour objet d'introduire dans la Constitution une disposition nouvelle ayant une portée interne et qui, incidemment, porte atteinte à l'exécution d'un engagement international¹⁷⁵.

Dans le premier cas, ce serait à l'Assemblée fédérale de déclarer l'initiative irrecevable pour les raisons alléguées ci-dessus et de refuser, en conséquence, de la soumettre au peuple et aux cantons. Dans le second cas, par contre, on ne se trouverait pas en présence d'une initiative tendant directement à abroger un traité, mais d'un projet de revision à portée interne et qui n'atteindrait qu'indirectement, par ses effets, un traité international. L'Assemblée fédérale serait alors tenue, de soumettre l'initiative au vote.

M. GUGGENHEIM se refuse à admettre une distinction de ce genre, car il estime que toute initiative portant atteinte d'une façon ou d'une autre

¹⁷³ Message du Conseil fédéral: FF 1954, I, p. 716.

Avis contraire, BECK: NZZ du 19. 6. 1954.

¹⁷⁴ GUGGENHEIM: NZZ 5. 6. 1954.

Même sens: PICOT: Bull. Sten., CE, automne 1954, p. 133, et RDS 1956, II, p. 935.

¹⁷⁵ FF 1954, I, 716.

à une norme internationale en vigueur doit être considérée comme une initiative en matière de traités soustraite à la procédure normale de revision. L'Assemblée fédérale serait en conséquence habilitée à prononcer l'irrecevabilité d'un tel projet¹⁷⁶. M. SCHINDLER paraît être du même avis¹⁷⁷.

En tout état de cause, le domaine des relations entre traités internationaux et pouvoir de revision constitutionnelle est encore très mouvant, et il est difficile d'apprécier à l'heure actuelle dans quel sens se fixera le droit positif.

CHAPITRE IV – CONCLUSIONS

De l'étude qui précède sur la doctrine, la jurisprudence et la pratique des organes administratifs et législatifs relatives à l'autorité interne du droit international dans l'ordre juridique suisse, on peut tirer les conclusions suivantes:

I. Les règles générales

Les règles générales du droit international ont force obligatoire interne sans qu'il soit besoin d'un acte interne de transformation; elles s'imposent à l'égal des lois fédérales et ont même autorité que les traités.

II. Les traités

1. Les traités sont immédiatement applicables, sans qu'il soit besoin d'une réception expresse par un acte législatif interne. Ils s'imposent en vertu de leur validité internationale.

2. Les traités priment toutes les dispositions internes de rang inférieur aux lois fédérales (dispositions cantonales, règlements intercantonaux, ordonnances du Conseil fédéral, etc.) qu'elles soient antérieures ou postérieures en date.

3. Il est généralement admis en droit suisse que les traités ont au moins force de loi fédérale, qu'ils aient ou non fait l'objet d'une approbation parlementaire préalable. Il s'ensuit qu'un traité régulièrement

¹⁷⁶ GUGGENHEIM: *Völkerrechtliche Schranken*, pp. 15/16.

¹⁷⁷ RSJ 1961, p. 200.

conclu et publié prime toutes dispositions contraires d'une loi fédérale antérieure.

4. En ce qui concerne les relations entre un traité et une loi fédérale postérieure, la doctrine est partagée. Le Tribunal fédéral, dans le dernier arrêt où il prend expressément position quant à cette question, a tranché dans le sens de l'assimilation des traités aux lois fédérales, avec comme conséquence que les dispositions d'un traité qui sont contredites par celles d'une loi fédérale postérieure sont suspendues dans leurs effets. Cette jurisprudence n'a pas été expressément renversée jusqu'à ce jour, et les autorités administratives la considèrent toujours comme déterminante. Il y a donc lieu d'admettre qu'en droit suisse les traités ont force de loi fédérale, ni plus ni moins.

5. Toutefois, le Tribunal fédéral s'efforce toujours d'éviter les conflits éventuels entre traités et lois en les interprétant de façon à concilier leurs dispositions respectives. A cet égard, il est admis qu'il faut présumer que le législateur fédéral n'a pas l'intention, en élaborant une loi, de déroger à un traité en vigueur.

6. Les tribunaux sont entièrement libres d'interpréter les dispositions des traités invoqués devant eux. Ils peuvent requérir l'avis des autorités gouvernementales compétentes, mais ne sont pas liés par lui. Le juge doit toutefois s'en remettre à l'appréciation de l'exécutif, lorsqu'il s'agit de savoir si un traité a été régulièrement conclu et s'il est encore en vigueur.

III. Traités et constitution

A. Traité dérogeant à la constitution

1. Le «treaty-making power» n'est pas lié par la répartition des pouvoirs entre Etat fédéral et cantons.
2. Il est très discuté en doctrine, notamment à propos d'une adhésion éventuelle de la Suisse à une organisation supranationale, s'il peut être dérogé par traité à d'autres dispositions constitutionnelles de fond que celles mentionnées sous 1. L'opinion dominante tend à admettre que les traités qui ne respectent pas des dispositions matérielles de la Constitution, du moins celles qui ont un caractère fondamental ou qui se rapportent aux relations internationales, doivent être au préalable approuvés par le peuple et les cantons, selon les mêmes critères de majorité qu'en matière de révision constitutionnelle.

B. Revision constitutionnelle dérogeant à un traité

1. La doctrine dominante considère qu'il existe des limites matérielles à la revision de la Constitution et qu'une initiative populaire qui enfreindrait une telle limite doit être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale et soustraite au vote.
2. Certains auteurs estiment que le droit international constitue une telle limite matérielle ou du moins que le domaine des relations extérieures est soustrait au mécanisme général de la démocratie directe. Ils en concluent qu'une initiative constitutionnelle mettant en cause l'exécution d'engagements internationaux doit être déclarée nulle.
3. Le Conseil fédéral et le Parlement ont jusqu'à ce jour refusé de suivre cette argumentation, et aucune initiative populaire n'a encore été déclarée irrecevable par les Chambres pour cause d'incompatibilité avec une obligation internationale contractée par la Suisse.
4. Il est vrai que, jusqu'à ce jour, le peuple et les cantons n'ont jamais accepté une initiative constitutionnelle compromettant l'exécution d'un traité ou dérogeant à la coutume internationale.

CONCLUSIONS GENERALES

§ 1. *Généralités*

Dans l'étude qui précède, nous avons cherché, en dehors de tout préalable doctrinal, à décrire l'évolution actuelle des relations entre le droit international et le droit interne. Il s'agissait d'examiner les deux ordres juridiques à leur point de contact, c'est-à-dire au niveau où les conflits de normes sont susceptibles de se produire, et de dégager de l'observation de la pratique suivie par les Etats certaines conclusions quant aux mesures qui sont prises pour assurer l'application des normes internationales et à l'efficacité de ces mesures.

Cette recherche n'a cependant pas été exhaustive, car une étude de toutes les réglementations nationales concernant la mise en œuvre des traités nous aurait conduit trop loin. Nous nous sommes limité aux solutions consacrées par la constitution, la législation ou la jurisprudence d'un certain nombre d'Etats européens qui nous paraissent les plus caractéristiques des tendances modernes. Ainsi nous avons passé en revue les réglementations de trois pays qui, depuis la dernière guerre, ont introduit dans leur constitution des dispositions particulièrement innovatrices en matière de mise en œuvre interne du droit international: celles de l'Allemagne occidentale, de la France et des Pays-Bas. Puis, par contraste et pour faciliter les comparaisons, nous avons exposé le contenu d'une réglementation purement jurisprudentielle: celle de la Suisse.

Il s'agit à présent de faire le point de cette étude de droit public comparé et de tirer de la confrontation des systèmes étudiés certaines conclusions quant à l'état actuel des relations entre le droit international et le droit interne.

§ 2. *La persistance du dogme de la souveraineté*

L'ordre international est en pleine évolution, et, par suite du progrès technique, les relations entre Etats se multiplient sur tous les plans. Succédant à une époque durant laquelle les nations étaient particulièrement jalouses de leur indépendance et où le principe de la souveraineté

nationale était érigé en dogme, le monde où nous vivons a pris conscience de l'étroite interdépendance des Etats, de la nécessité d'une coopération, et les esprits sont devenus plus accessibles à l'idée de la supranationalité. Des regroupements à caractère régional s'amorcent de toutes parts, et les Etats paraissent plus disposés qu'autrefois à sacrifier une fraction de leurs compétences en faveur d'entités superétatiques, lorsqu'il y va de l'intérêt commun.

Le phénomène est particulièrement frappant dans le cadre de l'Europe des Six, où l'on assiste à la création, en marge des législations nationales, d'un véritable droit communautaire, émanant d'organismes indépendants dont les membres ne sont pas liés par les instructions des Etats dont ils ressortissent. Par delà les frontières, la règle communautaire s'adresse directement aux individus et s'impose à tous les Etats membres, même à ceux qui se seraient opposés à son adoption. Si cette tendance devait se poursuivre à l'avenir et s'étendre du régional à l'universel, l'on serait en droit d'espérer une harmonisation toujours plus poussée des relations internationales. La stricte indépendance des Etats laisserait place à la création d'un système supranational dont les normes jouiraient d'une primauté effective sur les règles internes. L'ordre international, muni de moyens de sanction efficaces, serait en mesure d'imposer le respect de ses normes et d'écarter l'application de toute règle étatique contraire.

Force est toutefois de reconnaître qu'à l'heure actuelle l'on se trouve encore très loin de ce but idéal, de ce fédéralisme mondial qui organiserait les normes juridiques et les organes chargés de les appliquer dans une hiérarchie strictement respectée. Même dans le cas des communautés régionales les plus évoluées, telle la C.E.E., l'on constate que de très fortes résistances nationales sont à l'œuvre et qu'elles freinent dès qu'il s'agit d'instituer une véritable organisation supranationale. Alors même que les règles communautaires s'imposent en principe dans les pays membres avec force suprême, en fait les Etats font encore écran entre les organes superétatiques et les individus. L'organisation communautaire ne disposant pas d'agents d'exécution propres au niveau de l'application aux particuliers, ce sont toujours encore les organes administratifs et judiciaires des Etats membres qui sont responsables de cette application. Or ces organes, dépendant en premier lieu de l'Etat qui leur a conféré leurs compétences et qui est en mesure de les leur retirer, tendent à donner la préférence aux injonctions émanant de leur gouvernement ou de leur parlement.

Il est frappant à cet égard de constater qu'à l'heure où la Cour de Justice des Communautés Européennes proclame dans un arrêt retentissant (*Arrêt Costa contre ENEL* du 15 juillet 1964, Recueil de la jurisprudence de la Cour, 6/64, vol. 8, pp. 1141 ss; NJW 1964, p. 2371) que le droit communautaire doit en tout état de cause primer le droit des Etats membres, les tribunaux nationaux demeurent réticents et n'appliquent les règles émanant de Bruxelles que si leur droit interne ne s'y oppose pas (voir par exemple arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 24 février 1964, *Il Foro Italiano* LXXXVII, I, 30, pp. 465 ss; Cour de Cassation française du 22 octobre 1964, *Clunet* 1965, p. 90).

Il apparaît donc qu'à l'heure actuelle les Etats contrôlent encore l'exécution du droit international ou communautaire et sont en mesure de les mettre en échec. Maîtres du droit applicable sur leur territoire, ils restent maîtres de leur destinée: nonobstant l'adhésion à des organisations supranationales, ils conservent l'essentiel des attributs de la souveraineté, et il en sera ainsi tant que l'ordre supranational n'aura pas imposé, par delà l'intégration des normes, celle des organes.

Sur le plan des relations entre l'ordre international et l'ordre interne, la persistance du dogme de la souveraineté a pour conséquence que si le droit des gens impose certes l'obligation aux Etats de respecter ses normes, il leur laisse une grande latitude quant au choix de la méthode à suivre pour que ces normes soient appliquées dans l'ordre étatique. Le droit international délègue aux différents Etats la fonction de mettre en œuvre ses injonctions, mais si ceux-ci ne s'acquittent pas de la mission qui leur est ainsi impartie, il ne dispose d'aucun moyen direct pour les y contraindre. Il est vrai que le droit international sanctionne la violation de ses règles en engageant la responsabilité de l'Etat fautif; celui-ci doit alors réparation. Mais il s'agit là d'un mode de contrainte dont les effets sont encore aléatoires. La réalisation du droit international dépend donc largement des mesures que prennent les Etats eux-mêmes pour en assurer l'application sur leur territoire jusqu'au niveau des particuliers.

§ 3. *L'autorité interne du droit international: problème de droit constitutionnel*

Il s'ensuit que l'application du droit international, voire sa primauté sur les règles étatiques internes, n'est pas un problème de droit international, mais un problème de technique constitutionnelle. Chaque Etat doit prévoir lui-même selon quels principes les normes internationales

trouveront application devant ses tribunaux. C'est à lui qu'il appartient de dire de quels critères l'administration et les tribunaux devront s'inspirer pour faire prévaloir la norme internationale. En principe, le droit international s'attache simplement au résultat, non pas au moyen.

L'état des relations entre droit international et droit interne s'analyse donc à la lumière des dispositions constitutionnelles internes, et c'est en examinant systématiquement les réglementations nationales en matière d'application du droit international, conventionnel ou coutumier, qu'on peut se faire une idée concrète de la force obligatoire du droit international.

§ 4. *Les tendances modernes en faveur de la primauté du droit international*

L'examen auquel nous avons procédé des solutions apportées par les droits publics allemand, français, néerlandais et suisse a révélé qu'il existait indiscutablement dans les pays en cause une tendance à mieux assurer que par le passé la mise en œuvre du droit international. Cette tendance, plus ou moins prononcée selon les pays, se manifeste dans les domaines suivants :

1. Définition des conditions dans lesquelles le « treaty-making power » peut contracter des engagements internationaux en dérogation aux dispositions constitutionnelles de fond, notamment lorsqu'il s'agit de procéder à des délégations de souveraineté en faveur d'organisations supérieures. La tendance est de faciliter la conclusion de tels traités en simplifiant la procédure à suivre (Pays-Bas, Allemagne, France).

2. Consécration de l'immédiateté d'application des normes internationales et renonciation à toute procédure d'adoption préalable. Ainsi, il est généralement reconnu à présent, sauf peut-être en Allemagne en ce qui concerne les traités, que les normes du droit international s'imposent en vertu de leur validité internationale, et non par suite de l'autorité qui leur serait conférée par une loi interne transformatrice ou par un ordre interne d'exécution.

3. Réglementation de la place hiérarchique que le droit international conventionnel et coutumier doit occuper par rapport au droit interne. Les solutions varient de pays à pays et l'on distinguera selon que la règle interne est réglementaire, législative (antérieure ou postérieure) ou constitutionnelle.

§ 5. *Les méthodes suivies et les solutions adoptées*

On peut distinguer, en ce qui concerne la forme donnée à la réglementation et la méthode suivie pour définir l'autorité interne de droit international, entre deux groupes.

1. Certains Etats, comme l'Allemagne fédérale, la France et les Pays-Bas (mentionnons aussi l'Italie et l'Autriche qui n'ont pas été examinées) ont introduit dans leurs constitutions d'après-guerre des dispositions réglementant expressément l'application du droit international par les organes étatiques. Ces dispositions portent sur la force obligatoire interne du droit international, définissent la place hiérarchique que les normes internationales doivent occuper par rapport à la législation interne ou prévoient encore quels organes internes seront chargés de régler les conflits. Ces réglementations sont plus ou moins complètes, selon qu'elles couvrent l'ensemble du droit international (Constitution française de 1946), les règles coutumières seulement (Grundgesetz de Bonn) ou uniquement le domaine des traités (constitutions néerlandaise de 1953/56 et française de 1958). Elles varient aussi beaucoup de pays à pays quant à la précision de l'énoncé et quant à l'autorité qui est conférée aux normes internationales par rapport au droit interne.

Ainsi les constitutions néerlandaise et française confèrent aux traités une primauté sur l'ensemble du droit interne, à condition que la procédure d'approbation constitutionnelle prévue ait été respectée. En Allemagne, par contre, les traités n'ont que force de loi; ils sont subordonnés à la législation fédérale postérieure et à la Constitution.

Quant aux règles générales du droit international, en Allemagne elles priment les lois et ne sont subordonnées qu'à la Constitution. En France, en revanche, elles s'inclinent devant les lois.

Il existe donc une grande diversité entre les différentes réglementations constitutionnelles, qui ont comme seul point commun, semble-t-il, d'aspirer toutes à favoriser le respect du droit international.

2. D'autres Etats, comme la Suisse, n'ont pas introduit dans leur constitution de règles concernant l'autorité interne du droit international. Dans ces pays, les principes de l'immédiateté et de la primauté ne sont pas expressément consacrés. Cependant, leurs tribunaux et leurs autorités administratives tendent par leur jurisprudence ou leur pratique à favoriser l'application des règles conventionnelles et coutumières internationales. Sans déclarer explicitement que le droit international s'im-

pose avec une autorité suprême, le juge interprète le droit international de façon à l'appliquer nonobstant les réglementations internes contraires, et présume que le législateur ne peut avoir eu l'intention de violer les termes d'un traité ou d'une règle coutumière en vigueur. Cette jurisprudence conduit en fait à assurer au droit international une primauté que le constituant n'avait pas expressément énoncée.

§ 6. *Résistance aux tendances modernes*

S'il apparaît ainsi que le droit public des États européens tend à favoriser la primauté du droit international dans l'ordre interne, il y a néanmoins lieu de constater que de fortes résistances se manifestent à l'encontre de ce courant. L'atavisme dualiste et le dogme de la souveraineté sont encore profondément ancrés dans les esprits, et partout les initiatives tendant à assurer la mise en œuvre directe du droit international se heurtent aux réticences de la doctrine, du législateur et des juges. Ces réticences procèdent entre autres des éléments suivants :

1. Souveraineté nationale

Comme relevé ci-dessus, le principe de la souveraineté nationale est encore à la base des relations interétatiques et détermine souvent les réactions des milieux politiques. A cela vient s'ajouter un certain scepticisme quant à la possibilité d'instaurer un ordre international viable, scepticisme qui se double d'une méfiance à l'égard des organismes superétatiques déjà mis sur pied. Il s'ensuit une réaction de défense contre les injonctions émanant des sphères supérieures et la crainte qu'en accordant à ces normes une application directe devant le juge on privera l'exécutif d'un contrôle considéré comme indispensable à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation. Les réflexes nationalistes sont encore vigoureux : la France de la Ve République nous en fournit l'exemple.

2. Souveraineté populaire

La primauté du droit international sur les lois internes des États, au niveau de l'application par les tribunaux nationaux, implique une extension des pouvoirs du juge national : celui-ci se voit investi de la compétence d'imposer directement la mise en œuvre d'une norme internationale en vigueur, à l'encontre d'une disposition législative contraire, dont il

est autorisé, le cas échéant, à suspendre l'application. Il s'agit indiscutablement là d'une limitation de la souveraineté du législateur. Or, on sait que dans la plupart des pays occidentaux à régime démocratique le principe de la souveraineté de la loi est une règle fondamentale du droit public. La volonté populaire, exprimée par la loi, est considérée comme suprême, et son expression la plus récente s'impose sans limitation aux autorités et notamment aux organes chargés d'appliquer le droit. Ce respect de la volonté populaire est si fort qu'il conduit, dans de nombreux pays, à exclure le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. On comprend dès lors que le juge, élevé dans le respect traditionnel de la loi, éprouve quelques difficultés à admettre sa compétence d'appliquer un traité à l'encontre d'une loi plus récente, qui est l'expression dernière de la volonté du peuple. Le juge ne veut pas s'ériger en censeur de l'élaboration parlementaire et répugne à l'idée de mettre en échec la norme législative interne. La responsabilité d'opter entre normes de sources différentes, de choisir entre un traité et une loi, lui paraît incompatible avec le rôle qu'il assume dans le système politique interne: il se dérobe. Malgré les réglemations constitutionnelles les plus favorables, la jurisprudence hésite à appliquer le traité si, après la conclusion de ce dernier, le législateur a manifesté sa volonté de ne pas le respecter. Le juge esquive alors le dilemme et cherche par tous les moyens à éviter une option qui lui paraît impossible.

§ 7. *La manifestation concrète des résistances à la primauté*

Il est significatif de constater que les résistances dont nous avons mentionné l'existence se manifestent plus particulièrement dans les Etats dont les constitutions ont expressément consacré la primauté du droit international.

Comme signalé plus haut, les réserves les plus marquantes proviennent du juge. Celui-ci, lorsque la constitution lui impose l'obligation de faire prévaloir le droit international dans l'ordre interne, cherche souvent à tempérer la rigueur de cette injonction, et recourt à cet effet à l'une ou l'autre des méthodes suivantes:

a) Il interprète restrictivement les dispositions constitutionnelles consacrant la primauté du droit international, de façon à pouvoir affirmer que l'injonction s'adresse au législateur et non pas au juge; en invoquant le principe de la «souveraineté de la loi», il se déclare tenu de se soumettre

à la volonté parlementaire, même lorsque celle-ci, à l'encontre de la constitution, fait échec à une règle internationale en vigueur.

b) Il reconnaît que la règle constitutionnelle consacrant la primauté a une portée juridique précise et qu'elle s'adresse au juge; mais il constate par ailleurs que le système juridique, dans son ensemble, n'accorde pas au juge le droit de contrôler la loi. En conséquence, il considère que, en dépit du principe constitutionnellement énoncé, il n'est pas compétent pour suspendre l'application d'une loi contraire à un traité.

c) Il reconnaît son obligation de faire triompher la norme internationale sur toute règle interne contraire, mais il interprète celle-là de façon à pouvoir appliquer celle-ci sans restriction.

d) Ne voulant pas violer lui-même le droit international en l'interprétant d'une façon indûment restrictive, il préfère s'en remettre à l'appréciation d'une autre autorité. Il se refuse alors à interpréter le droit international, et suspend la cause jusqu'à ce que l'exécutif lui ait fait connaître son avis; dans la plupart des cas, l'interprétation gouvernementale tend à sauvegarder l'application de la loi.

e) Dans les pays qui connaissent le contrôle de la constitutionnalité des lois, le juge possède un moyen spécial de faire échec à la primauté des traités: il assimile la loi d'approbation des traités à une simple loi interne et se considère dès lors comme autorisé à contrôler la constitutionnalité du traité. Lorsqu'il constate une contradiction, il écarte la norme internationale, en faisant application du principe de la suprématie interne de la constitution.

f) Le juge a parfois restreint la portée du principe constitutionnel de la primauté des traités en faisant arbitrairement dépendre sa mise en œuvre de l'existence d'une réciprocité (diplomatique, législative ou trait pour trait) non prévue dans le texte constitutionnel.

g) S'inspirant de la distinction classique entre traités «self-executing» et non «self-executing», selon laquelle sont seuls directement applicables les traités qui n'ont pas besoin d'une législation interne complémentaire, le juge tend à englober dans la catégorie des traités non «self-executing» certains accords ayant pourtant les propriétés nécessaires à une mise en œuvre directe.

§ 8. *La valeur relative d'une réglementation constitutionnelle*

Le juge national dispose donc de tout une gamme de moyens lui permettant de limiter la portée pratique d'une réglementation consti-

tutionnelle de la primauté. Ces moyens sont d'autant plus efficaces que les dispositions de la constitution sont plus vagues. Le système traditionnel de la séparation des pouvoirs laisse en effet à l'ordre judiciaire une certaine zone d'autonomie dans laquelle il y a place pour une large interprétation de la volonté du constituant. Ceci est particulièrement vrai pour les pays où les traditions restent vivaces et où certaines règles non écrites s'imposent souvent à l'encontre de la lettre de la constitution.

Il apparaît aussi que les réticences du juge à l'égard de la suprématie des traités se sont manifestées avec plus d'intensité dans les pays qui connaissent précisément une réglementation constitutionnelle expresse. Tel est ainsi le cas en France où tout le système de la primauté des traités a été mis en cause par les interprétations fort discutables des tribunaux. Sans doute s'agit-il là d'une réaction naturelle contre la rigidité ou même l'artificialité d'une réglementation dans un domaine encore mouvant. Le juge élevé dans l'idée de la suprématie de la loi a quelque difficulté à s'adapter à la situation nouvelle et à comprendre que la constitution apporte délibérément une exception à un principe jusqu'alors absolu.

Arrivé au terme de cette étude comparative de différents droits constitutionnels en matière d'application interne du droit international, une constatation décisive s'impose: les Etats comme la Suisse, qui ont laissé à la jurisprudence et à la pratique administrative le soin de définir les conditions de l'application interne du droit international assurent mieux la primauté de ces normes que les pays comme la France qui connaissent des définitions constitutionnelles expresses.

Sur la base de cette constatation, on serait peut-être tenté d'affirmer que l'énoncé constitutionnel de la primauté du traité ne serait pas le moyen le plus approprié pour atteindre le but recherché. Une telle affirmation serait pourtant trop absolue. Une réglementation constitutionnelle en la matière ne déploiera d'effets pratiques que dans la mesure où les esprits seront prêts à l'accepter, et si l'idée même du caractère obligatoire du droit international aura été véritablement assimilée. Le succès pratique d'une réglementation expresse dépend donc en premier lieu de l'évolution des esprits, et il sera vain de tenter d'imposer une solution qui n'aura pas été préalablement sanctionnée par la coutume ou l'usage. Dans ce domaine, les définitions constitutionnelles doivent être simplement confirmatives d'une jurisprudence préexistante qu'elles fixent et qu'elles précisent. Ainsi l'échec relatif de la réglementation

constitutionnelle française s'explique par le fait qu'elle était prématurée, et que ni le législateur, ni l'exécutif, ni le juge n'étaient encore préparés à subordonner la souveraineté de la loi à un principe supérieur. En revanche, aux Pays-Bas où l'idée du caractère obligatoire du droit international est profondément ancrée dans les esprits, les dispositions de la Constitution de 1956 en matière de traités ont été appliquées sans grands heurts.

On peut se demander en quoi une réglementation purement déclarative d'une coutume préexistante est nécessaire et utile, et si elle apporte un élément nouveau au droit positif en vigueur. Relevons à ce propos qu'une pratique, même établie, demeure toujours sujette à des fluctuations plus ou moins rapides. Ainsi le Tribunal fédéral suisse qui, dans sa jurisprudence des années 1920 à 1930, avait adopté une attitude très favorable à la primauté des traités, modifia sensiblement son attitude en 1933 (Arrêt Steenworden). C'est la raison pour laquelle nous estimons qu'une réglementation constitutionnelle de la primauté, pourvu qu'elle trouve un terrain favorable sur lequel se fonder, apporte une garantie de permanence et de stabilité. Cependant, une fois encore, disons que cette confirmation de l'usage doit être préparée de longue date, et qu'elle doit couronner l'évolution de la jurisprudence, de la pratique administrative et de la doctrine.

§ 9. *Esquisse du contenu d'une réglementation constitutionnelle de la primauté*

Sous réserve des considérations exprimées ci-dessus, une réglementation constitutionnelle peut, selon les circonstances, contribuer efficacement à imposer la primauté du droit international. Il est de fait que la notion même de la suprématie du droit international tend à prendre racine au sein des ordres juridiques occidentaux, et l'on peut espérer que le moment viendra où la mise en œuvre du droit des gens se réalisera par des réglementations concordantes des différentes constitutions nationales. Comme nous l'avons vu au cours de cette étude, une tendance très nette en ce sens s'est amorcée en Europe, mais son caractère incomplet et fragmentaire la prive encore de l'efficacité souhaitable. Pour avoir une portée pratique véritable, ces réglementations devront englober l'ensemble des normes internationales, tant coutumières que conventionnelles; en outre, elles devront être suffisamment précises pour déterminer sans ambiguïté

la place hiérarchique occupée par chacune des normes en présence; enfin, elles désigneront clairement l'autorité compétente pour mettre en œuvre le système qu'elle consacre.

Les considérations qui précèdent conduisent à proposer la synthèse suivante:

1. *L'ensemble du droit international, tant coutumier que conventionnel, fait partie, en vertu de sa validité propre, de l'ordre juridique interne.*

Il s'agit là du principe bien établi et généralement reconnu de l'immédiateté: le droit international s'impose «per se» au juge interne, en dehors de toute transformation ou réception réalisée par acte législatif interne.

2. *Le droit international prime toutes les normes internes, quel que soit leur rang, et suspend automatiquement l'application de celles qui lui sont contraires.*

Par cette formule, la suprématie absolue du droit international serait énoncée: les règles légales et même constitutionnelles devront donc s'incliner devant la norme supérieure. Il ne s'agira pas d'une annulation, ni d'une abrogation de la disposition interne, mais d'une simple suspension de l'effet interne de celle-ci. Le droit constitutionnel pourra évidemment définir librement les conditions de l'approbation des règles internationales. Ainsi, à l'exemple du système néerlandais, il lui sera loisible de faire dépendre la validité internationale d'un traité dérogeant à la constitution de l'accomplissement d'une procédure d'approbation qualifiée.

3. *Les tribunaux doivent appliquer le droit international de préférence aux normes internes contraires.*

Il est évident que le juge doit être autorisé à mettre en œuvre la primauté du droit international et qu'il doit avoir compétence de contrôler la conformité des normes internes aux traités en vigueur. Pouvoir doit ainsi être donné au juge de corriger de sa propre autorité les entorses apportées par le parlement au droit international.

On peut discuter de la forme de contrôle juridictionnel la plus favorable. Certains auteurs expriment leur préférence pour un contrôle centralisé,

qui serait confié à une juridiction spéciale. Cette solution présente l'avantage que les questions relevant du droit international seraient tranchées par des organes particulièrement qualifiés pour le faire. Tel est le système consacré par l'article 100, alinéa 2, de la Grundgesetz de Bonn. Cependant, une procédure centralisée a l'inconvénient d'alourdir considérablement la marche de la justice et d'ouvrir la voie à des délais inutiles. En outre, le juge ordinaire qui s'est saisi de l'affaire en connaît toutes les incidences; placé à un échelon relativement inférieur, il échappe mieux qu'une cour unique aux pressions politiques éventuelles. Enfin, le risque d'aboutir à une diversité dans l'interprétation peut être évité par le jeu de l'appel, de la réforme ou de la cassation.

4. Le juge doit être entièrement libre d'interpréter la norme internationale invoquée devant lui. Il peut cependant requérir l'avis de l'organe exécutif compétent, à titre d'information, mais il n'est pas lié par cet avis.

Nous avons pu constater au cours de cette étude, notamment à propos du système français, le danger qu'il peut y avoir d'accorder aux organes exécutifs le droit de définir la portée du droit international: une telle ingérence peut conduire à une violation de la règle internationale, qui est sacrifiée aux opportunités politiques du moment. Il faut cependant reconnaître que le juge peut avoir grand intérêt à être renseigné sur certains faits se rapportant à la cause et à connaître l'opinion de ceux qui ont participé directement à l'élaboration d'un traité.

*

Quel que soit le degré de perfection auquel atteint une réglementation constitutionnelle de la primauté, elle n'est jamais qu'un palliatif: elle sert de correctif au fait que l'ordre juridique international ne dispose pas des moyens d'imposer ses normes et qu'il doit recourir à la participation des ordres juridiques internes. Toute réglementation constitutionnelle, notamment en matière de primauté, est essentiellement précaire, puisqu'elle peut être abrogée en tout temps et unilatéralement par la seule volonté de l'Etat. Il y a lieu d'insister sur ce point et de rappeler que la supériorité du droit international par rapport au droit interne n'est jamais définitivement garantie par une injonction constitutionnelle.

Nous voulons croire que le jour viendra où les différentes souverainetés se seront effacées devant l'ordre international; celui-ci possédera alors un véritable pouvoir de contrainte, des organes législatifs, exécutifs et judiciaires propres; il sera en mesure de consacrer par ses moyens la mise en œuvre généralisée de ses normes et n'aura plus à recourir à la bonne volonté des Etats. La hiérarchie des ordres se matérialisera tout naturellement dans la hiérarchie des normes: il n'y aura plus alors de problème des rapports entre le droit international et le droit interne.

ABREVIATIONS

AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
AöR	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
ASDI	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
ASIL	<i>American Society of International Law-Proceedings</i>
ATF	<i>Arrêts du Tribunal fédéral (Suisse)</i>
BFH	<i>Bundesfinanzhof (Tribunal fédéral des finances) (Allemagne)</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof (Tribunal fédéral) (Allemagne)</i>
BGHStr.	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Arrêts du Tribunal fédéral en matière pénale) (Allemagne)</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Arrêts du Tribunal fédéral en matière civile)</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin de la Cour de Cassation, chambres civiles (France)</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin de la Cour de Cassation, chambre criminelle (France)</i>
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtshofes (Arrêts de la Cour constitutionnelle) (Allemagne)</i>
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht (Tribunal administratif fédéral) (Allemagne)</i>
BVerwGE	<i>Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes (Arrêts du Tribunal administratif fédéral) (Allemagne)</i>
BYIL	<i>British Yearbook of International Law</i>
CA	<i>Cour d'appel (France)</i>
CCC	<i>Comité consultatif constitutionnel (France)</i>
CC civ.	<i>Cour de cassation, chambres civiles (France)</i>
CC crim.	<i>Cour de cassation, chambre criminelle (France)</i>
CE	<i>Conseil d'Etat (France)</i>
Clunet	<i>Journal du droit international</i>
DöV	<i>Die öffentliche Verwaltung</i>
DVBl	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
FF	<i>Feuille fédérale (Suisse)</i>
GG	<i>Grundgesetz (Loi fondamentale) (Allemagne)</i>
GP	<i>Gazette du Palais</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
JAA	<i>Jurisdiction des autorités administratives (Suisse)</i>
JCP	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)</i>
JIR	<i>Jahrbuch für internationales Recht</i>
JöR	<i>Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart</i>

JT	Journal des Tribunaux
JZ	Juristen-Zeitung
LF	Loi fédérale (Suisse)
LG	Landesgericht (Allemagne)
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Nederlandsche Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRDIP	Nouvelle revue de droit international privé
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht (Allemagne)
OVG	Oberverwaltungsgericht (Allemagne)
RabelsZ.	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCDI	Revue critique de droit international
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RDIP	Revue de droit international privé
RDP	Revue de droit public et de sciences politiques
RDS	Revue de droit suisse
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (France)
Rev.hell.	Revue hellénique de droit international
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (Allemagne)
RGDIP	Revue générale de droit international public
RGSt	Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen (Allemagne)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIFDG	Revue internationale française du droit des gens
RO	Recueil officiel des lois fédérales (Suisse)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
Trib.civ.	Tribunal civil (France)
Trib.corr.	Tribunal correctionnel (France)
VGH	Verwaltungsgerichtshof (Allemagne)
VVDS	Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler
ZaöVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

BIBLIOGRAPHIE

Généralités

- ANZILOTTI, D. *Cours de droit international*, traduction Gidel, Paris, 1929.
- BASDEVANT, J. *De la conclusion et de la rédaction des traités et des instruments diplomatiques autres que les traités*, RCADI 1926, V, pp. 535ss.
- BATAILLER, F. *Le juge interne et le droit communautaire*, AFDI 1963, pp. 735ss.
- BEER, G. *Judicial Control of the European Communities*, Londres, 1962.
- BERBER, F. *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich, 1960.
- BOURQUIN, M. *Les règles générales du droit de la paix*, RCADI 1931, I, pp. 136ss.
- CAVARE, L. *Le droit international public positif*, 2^e édition, Paris, 1961/62.
- GHEVALIER, R.M. ET RASQUIN, G. *De quelques problèmes soulevés par l'application du droit communautaire en droit interne*, Revue du Marché Commun 1964, pp. 489ss.
- COLLIARD, G.A. *Institutions internationales*, 2^e édition, Paris, 1963.
- DAHM, G. *Völkerrecht*, Stuttgart, 1958.
- DEROUSSE, F. *Rapport fait, au nom de la Commission juridique, sur la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres*, Parlement européen, documents de séance no. 43 du 25 mai 1965.
- DELBEZ, L. *Les principes généraux du droit international public*, Paris, 1964.
- DUMON, F. *Conflits entre les normes résultant des traités ayant institué les communautés européennes et celles des droits nationaux des Etats membres*, RIDC 1965, pp. 21ss.
- FALK, R.E. *The Role of Domestic Courts in the International Legal Order*, Syracuse (USA), 1964.
- GUGGENHEIM, P. *Traité de droit international public*, Genève, 1953/54.
- Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht*, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955.
- Völkerrecht und Landesrecht* dans *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2^e édition, tome III, pp. 651ss, Berlin, 1962.
- GUGGENHEIM, P. - MAREK, K. *Völkerrechtliche Verträge* dans *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2^e édition, tome III, pp. 528ss, Berlin, 1962.
- JEANTET, F.C. *L'arrêt «Albatros»*, JCP 1965, I, 1907.
- JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*, 3^e édition, Berlin, 1921.
- KAUFMANN, E. *Traité internationaux et loi interne*, Mélanges Gidel, Paris, 1961, pp. 383ss.
- KELSEN, H. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, RCADI 1926, IV, pp. 227ss.
- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2^e édition, Tübingen, 1928.

- Théorie du droit international public*, RCADI 1953, III, pp. 6ss, notamment pp. 182ss.
Reine Rechtslehre, 2^e édition, Vienne, 1960.
- KOPELMANAS, L. *Du conflit entre le traité international et la loi interne*, RDILC 1937, pp. 88ss, pp. 310ss.
La théorie du dédoublement fonctionnel et son utilisation pour la solution du problème dit du conflit des lois, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, volume 2, pp. 752ss, Paris, 1950.
- KRABBE, H. *Die moderne Staatsidee*, La Haye, 1919.
- KUNZ, J. L. *Landesrecht und Völkerrecht* dans *Wörterbuch des Völkerrechts*, I, Berlin, 1924.
- LABAND, P. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876-1882.
- LAUTERPACHT, H. *Oppenheim's international Law*, 8^e édition, Londres, 1955.
- LOEWENSTEIN, K. *Sovereignty and International Co-operation*, AJIL 1954, pp. 223ss.
- MAREK, K. *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Thèse, Genève, 1954.
- MASTERS, R. *International Law in National Courts*, New York, 1932.
- MENZEL, E. *Völkerrecht*, Munich et Berlin, 1962.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Droit international et droit constitutionnel*, RCADI 1931, IV, pp. 311 ss.
Les tendances internationales des nouvelles constitutions, RGDIP 1948, pp. 375ss.
Les constitutions européennes, Paris, 1954.
- MESTRE, A. *Les traités et le droit interne*, RCADI 1931, IV, p. 237.
- MORGENSTERN, F. *Judicial Practice of the Supremacy of International Law*, BYIL 1950, pp. 42ss.
- MOSLER, H. *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, RCADI 1957, I, pp. 619ss.
- O'CONNELL, D. P. *International Law*, Londres, 1965.
- PARTSCH, K. J. *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre*; Bericht über die Arbeiten der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe, 1964.
- PREUSS, L. *Proceedings of the ASIL*, 1951, pp. 82ss.
- RABE, H. J. *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht*, NJW 1964, p. 1608.
- REUTER, P. *Principes du droit international public*, RCADI 1961, II, pp. 431ss, notamment pp. 491-498.
Droit international public, 2^e édition, Paris, 1961.
Institutions internationales, 4^e édition, Paris, 1963.
- ROUSSEAU, CH. *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944.
Droit international public, Paris, 1953.
Droit international public approfondi, 2^e édition, Paris, 1961.
- SAUER, E. *Grundlehre des Völkerrechts*, 3^e édition, Cologne, 1955.
- SCELLE, G. *Précis de droit des gens*, Paris, 1932/34.
Manuel élémentaire du droit international public, Paris, 1943, p. 18.

- De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités*, RDP 1952, pp. 1012ss.
- SEIDL-HOHENVELDERN, I. *Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law*, ICLQ 1963, pp. 88ss.
- SIBERT, M. *Traité de droit international public*, Paris, 1951.
- STROPP, K. *Éléments du droit international public*, Paris, 1930.
- STRUPP-SCHLOCHAUER *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2e édition, Berlin, 1960-62.
- TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1889.
Le droit international et le droit interne, traduction Brunel, Paris, 1920.
Les rapports entre le droit interne et le droit international, RCADI 1923, I, pp. 77ss.
- VALTICOS, N. *Conventions internationales du travail et droit interne*, RCDIP 1955, pp. 251ss.
- VERDROSS, A. *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne, 1926.
Règles générales du droit international de la paix, RCADI 1929, V, pp. 275ss.
Droit international public et droit interne, Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques, 1954, pp. 219ss.
Völkerrecht, 5e édition, Virane, 1964.
- VIRALLY, M. *Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droit internes*, Mélanges Rollin, Paris, 1964, pp. 488ss.
- DE VISSCHER, GE. *Théories et réalités en droit international public*, 3e édition, Paris, 1960.
- DE VISSCHER, P. *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelles, 1943.
Les tendances internationales des constitutions modernes, RCADI 1952, I, pp. 515ss.
- WALZ, G. A. *Völkerrecht und staatliches Recht*, Stuttgart, 1933.
Les rapports du droit international et du droit interne, RCADI 1937, III, pp. 379ss.
- WENGLER, W. *Völkerrecht*, Berlin, 1964.
- WILSON, R. R. *International Law in New National Constitutions*, AJIL 1964, pp. 432ss.
- ZWEIGERT, K. *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, RabelsZ. 1964, pp. 601ss.

Allemagne

- ANSCHUETZ, G. *Die Verfassung des deutschen Reiches*, 13e édition, Berlin, 1930.
- BEER, G. *Judicial Control of the European Communities*, Londres, 1962.
- BERBER, F. *Lehrbuch des Völkerrechts*, I, pp. 91ss, Munich et Berlin, 1960.
- BILFINGER, C. *Gedanken zur Lage des Völkerrechts*, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik, Gedächtnisschrift für W. Jellinck, Munich, 1955.

- CARSTENS, K. *Der Rang der europäischen Verordnungen gegenüber deutschen Rechtsnormen*, Festschrift für O. Riese, Karlsruhe, 1964, pp. 65ss.
- CURTIUS, C.F. *Völkerrechtliche Schranken des Änderung des Grundgesetzes*, DöV 1955, pp. 145-146.
- DAHM, G. *Völkerrecht*, Stuttgart, 1958, I, pp. 65-67.
- DOERING, K. *Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht*, Cologne/Berlin, 1963.
- EHLE, D. *Verfassungskontrolle und Gemeinschaftsrecht*, NJW 1964, pp. 321ss.
- EHMKE, H. *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, 1953.
- ERLER, G. *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*, VVDS, Heft 18, Berlin, 1960, pp. 7ss.
- FROWEIN, J. *Zum Verhältnis zwischen dem EWG-Recht und nationalem Recht aus der Sicht des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften*, Ausendienstwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1964, pp. 233-238.
- GEIGER, W. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3. 1951*, Kommentar, Berlin/Francofort, 1952.
- GREWE, W. *Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik*, VVDS, Heft 12, Berlin, 1954.
- GUGGENHEIM, P. *Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht*, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955.
- HAMANN, A. *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 2e édition, Berlin, 1960.
- HERAUD, G. *Arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 4 mai 1955 et le statut de la Sarre*, RDP 1955, pp. 860ss.
- HOLTKOTTEN, H. *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, ad art. 100, Hambourg, 1954.
- IPSEN, H.P. *Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit*, Deutsche Verwaltung 1949, II, pp. 486ss.
- IPSEN, H.P. *Das Grundgesetz in seiner Vorläufigkeit*, Recht - Staat - Wirtschaft, II, 1950, pp. 182-202.
- NICOLAYSEN, C. *Haager Kongress für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, NJW 1964, pp. 339ss, pp. 964ss.
- JAHREIS, H. *Vom unstrittigen Völkerrecht unserer Zeit*, Recht - Staat - Wirtschaft, III, Düsseldorf, 1951, pp. 184-197.
- JELLINEK, W. *Kritische Betrachtung zur Völkerrechtsklausel in den deutschen Verfassungsurkunden*, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart/Cologne, 1950, pp. 181ss.
- KAUFMANN, E. *Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge*, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik, Munich, 1955, pp. 445ss.
- KLEIN, F. *Traité international et loi interne*, Rivista di Diritto Internazionale, 1958, pp. 365ss.
- KLEIN, F. *Die Europäische Menschenrechts-Konvention und Artikel 25 des Bonner Grundgesetzes*, Festschrift für R. Laun, Göttingen, 1962, pp. 149-177.

- KNOPP, W. *Über die Pflicht deutscher Gerichte zur Vorlage von Auslegungsfragen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 177 EWG-Vertrag*, JZ 1961, pp. 305ss.
- KOELLEUTTER, O. *Deutsches Staatsrecht*, Stuttgart, 1953.
- KRAUS, H. *Der deutsche Richter und das Völkerrecht*, Festschrift für Rudolf Laun, Hambourg, 1953, pp. 223ss.
- KRUEGER, H. *Völkerrecht im Bundesstaat*, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart/Cologne, 1950, pp. 181ss.
- LABAND, P. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876-1882.
- LANGNER G.-WENGLER W. *Die Rechtsnatur der Bekanntmachung über das Inkrafttreten völkerrechtlicher Verträge für den Staatsbürger*, NJW 1962, pp. 228ss.
- LECHNER, H. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Berlin/Francfort, 1954.
Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, Berlin/Francfort, 1957.
- LEISNER, W. *A propos de la répartition des compétences en matière de conclusion des traités dans la République fédérale d'Allemagne*, AFDI 1960, pp. 291ss.
- LOEWENSTEIN, K. *La constitutionnalité des traités instituant la C.E.D. aux termes de la constitution de Bonn*, RDP 1955, pp. 632ss.
- VON MANGOLDT, H. *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin/Francfort, 1953.
Das Völkerrecht in den neuen Staatsverfassungen, JIR 1954, III, pp. 11 ss.
- VON MANGOLDT, H.-KLEIN, F. *Das Bonner Grundgesetz*, 2e édition, Berlin/Francfort, 1957-1964.
- MANN, F.A. *Völkerrecht im Prozess*, JZ 1950, p. 547.
- MAUNZ, T. *Deutsches Staatsrecht*, 10e édition, Munich/Berlin, 1961.
- MAUNZ, T./DÜRIG, G. *Grundgesetz*, Munich/Berlin, 1955-1964.
- MENZEL, E. *Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar=BK)*, ad articles 25 et 59, Hambourg, 1954.
Völkerrecht, Munich, 1962.
- MOSLER, H. *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, RCADI 1957, I, pp. 619ss.
Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 32/33, Karlsruhe, 1957.
- MÜNCH, F. *Droit international et droit interne d'après la Constitution de Bonn*, RIFDG, 1950, p. 5.
Staatsverfassungen und Friedenspolitik, Friedenswarte 1950-1951, pp. 346ss.
Entscheidungen nationaler Gerichte in völkerrechtlichen Fragen, *Deutsche Rechtsprechung 1951-1957 (Teil A)*, ZaöRV 1959-1960, pp. 186ss.
Immunität fremder Staaten in der deutschen Rechtsprechung bis zu den Beschlüssen des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Oktober 1962 und vom 30. April 1963, ZaöRV 1964, pp. 265ss.

- PIGORSCH, W. *Die Einordnung völkerrechtlicher Normen in das Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Veröffentlichungen des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, Hambourg, 1959.
- PARTSCH, K. J. *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, Überprüfung der Transformationslehre*; Bericht über die Arbeiten der 1. Studienkommission der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Karlsruhe, 1964.
- RABE, H. J. *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaft zum nationalen Recht*, Bericht aus der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht, NJW 1964, pp. 1608ss.
- SAUER, E. *Grundlehre des Völkerrechts*, 3e édition, Cologne, 1955.
- SCHNEURER, U. *Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz*, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart/Cologne, 1950, pp. 313-330.
Der Kampf um den Wehrbeitrag, II, Munich, 1953, p. 152ss.
- SCHUEBBE, G. *Wesen und Rang der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Artikels 25 GG*, Diss. Heidelberg, 1950 (dactylographiée).
- SCHÜTTE, H. *Das Bonner Grundgesetz und das Völkerrecht*, Diss. Heidelberg, 1950 (dactylographiée).
- STOEDTER, R. *Grundgesetz und Völkerrecht*, DöV, II, 1949, pp. 266-267.
- SCHLOCHAUER, H. J. *Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, Archiv des Völkerrechts, 1963 pp. 1-34.
- STUMPF, W. *Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 und der Satz «Pacta sunt servanda»*, thèse, Zurich, 1963.
- THIEME, W. *Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*, VVDS, Heft 18, Berlin, 1960, pp. 50ss.
- TRIEPEL, H. *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899.
- VERDROSS, A. *Völkerrecht*, 5e édition, Vienne, 1964.
- WALZ, G. A. *Völkerrecht und staatliches Recht*, Stuttgart, 1933.
- WEDER, W. *Die Vereinbarkeit des Verteidigungsbeitrages mit dem Grundgesetz* AöR 1952, pp. 129-148.
- ZACHER, H. *Ratifizierungsgesetz und Normenkontrolle*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1955, pp. 649ss.
- ZWEIFERT, K. *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, RabelsZ. 1964, pp. 601 ss.

France

- ANGEL, M. *Note de jurisprudence*, JCP 1963, II, 13270.
- AUBERT, J. F. *La Constitution française du 4 octobre 1958*, RDS 1960, pp. 17ss.
- BASDEVANT, J. *Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques*, RCDIP 1949, pp. 413ss.

- BATAILLER, F. *Le juge interne et le droit communautaire*, AFDI 1963, pp. 735ss.
- BATIFFOL, H. *Notes de jurisprudence*, RCDIP 1947, p. 430. RCDIP 1956, p. 66.
Traité élémentaire de droit international privé, 3e édition, Paris, 1959.
- BENOIST, J. *Le statut des ressortissants italiens et l'incidence des dispositions de la Constitution sur les traités*, GP 1951, II, Doctrine, pp. 26ss.
La force obligatoire pour les tribunaux des accords diplomatiques en forme simplifiée, JCP 1952, I, 992.
Notes de jurisprudence: JCP 1952, II, 6996. JCP 1952, II, 7056.
L'interprétation des traités diplomatiques par les tribunaux judiciaires, JCP 1953, I, 1133.
L'interprétation des traités d'après la jurisprudence française, Revue hellénique de droit international 1953, pp. 103ss.
- BIAL, L. C. *Some Recent French Decisions on the Relationship between Treaties and Municipal Law*, AJIL 1955, pp. 347ss.
- BOURQUE, H. *De l'exécution des traités*, thèse dactylographiée, Paris, 1952.
- BURDEAU, G. *La valeur juridique du préambule de la Constitution de 1946*, Etudes juridiques, Paris, 1954, III-IV, pp. 5ss.
- CALOGEROPULOS-STRAÏS, G. *La validité des traités dans l'ordre interne d'après la nouvelle Constitution française*, Revue hellénique de droit international, 1948, pp. 113ss.
- CARRÉ DE MALBERG, R. *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, 1931.
- CAVARE, L. *Le droit international public positif*, 2e édition, Paris, 1961/62.
- CHAVRIER, M. *Note de jurisprudence*, Dalloz 1952, Jur. p. 801.
- CHEVALIER, R. M. *Le droit de la Communauté européenne et les juridictions françaises*, RDP 1962, pp. 646ss.
- CHRETIEN, M. *L'application et l'interprétation des clauses fiscales des traités internationaux par les tribunaux français*, RCDIP 1951, pp. 41ss.
Note de jurisprudence, RCDIP 1952, pp. 294ss.
- COGATRE-ZILGIEN, A. *Constitution de 1958, droit international, relations extérieures et politique étrangère*, AFDI 1958, pp. 645ss.
- COLLIARD, C. A. *La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Etudes Mestre, Paris, 1956, pp. 115ss.
Institutions internationales, 2e édition, Paris, 1963.
- DE CORAL, J. L. *Le rôle des Chambres en matière de politique extérieure*, RDP 1956, pp. 771ss.
- DEHAUSSY, J. *Les conditions d'application des normes constitutionnelles sur le for interne français*, Clunet 1960, pp. 702ss.
- DELAUME, G. R. *De l'application et de l'interprétation des traités par les tribunaux internes dans les relations franco-américaines*, Clunet 1953, pp. 585ss.
- DONNEDIEU DE VABRES, J. *La rétroactivité des articles 26 et 28 de la seconde Constitution de 1946*, JCP 1948, I, 733.
La Constitution de 1946 et le droit international, Dalloz 1948, chronique, pp. 5ss.

- Les relations du droit international et du droit interne dans la répression de l'espionnage*, Dalloz 1948, chronique XXXVI, p. 153.
Le droit public, Paris, 1963.
- DUVERGER, M. *Notes de jurisprudence*, RGDIP 1952, p. 475. JCP 1953, II, 7608.
- FREYRIA, C. *De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la 4^e République française*, JCP 1947, I, p. 613.
- GRONY, F.
- GOLDMANN, B. *Notes de jurisprudence*. Clunet 1953, p. 644. Clunet 1954, p. 752. Clunet 1963, p. 728. Clunet 1964, p. 93.
- HEUMANN, C. *Le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur l'application des traités diplomatiques*. Etudes et documents du Conseil d'Etat, Paris, 1953, pp. 71-73.
- JAQUET, P. *Les rapports du droit interne et du droit international dans le cadre de la Constitution du 27 octobre 1946*, thèse dactylographiée, Paris, 1956.
- JEANTET, F. C. *Notes de jurisprudence*, Clunet 1965, p. 86. Clunet 1965, p. 90.
- KISS, A. CH. *Jurisprudence française relative au droit international public*: AFDI 1961, pp. 904ss; 1962, pp. 929ss; 1963, pp. 970ss; 1964, pp. 851ss.
Notes de jurisprudence, AFDI 1960, pp. 1031ss.
- LAUBADERE, A. DE *La Constitution française de 1958*, ZaōRV 1959/60, pp. 506ss.
- LIREBOURS-PIGEONNIERE, P. *Précis de droit international privé*, Paris, 1954.
Droit international privé, Paris, 1962.
- LESAGE, M. *Les procédures de conclusion des accords internationaux de la France sous la Ve République*, AFDI 1962, pp. 873ss.
- LEVEL, P. *La publication en tant que condition d'application des traités par les tribunaux nationaux*, RGDIP 1961, pp. 83ss.
- LOUSSOUARN, Y. *Note de jurisprudence*, Revue trimestrielle de droit commercial, 1952, pp. 677ss.
- LUGHAIRE, F. *L'exercice de la fonction exécutive du droit international par les organes étatiques*, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris, 1950, II, pp. 815ss.
- MAZEAUD, J. *Note de jurisprudence*, JCP 1949, II, 4691.
- MAURY, J. *Règles générales des conflits de lois*, RCADI 1939, III, pp. 329ss.
- MESTRE, A. *Les traités et le droit interne*, RCADI 1931, IV, pp. 237ss.
- METZGER, E. *Note de jurisprudence*, RGDIP 1963, p. 399.
- MIGNON, M. *La valeur juridique du préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence*, Dalloz 1951, chronique XXX, p. 127.
Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, Dalloz 1952, chronique XI, p. 45.
- MINJOZ, J. *Note de jurisprudence*, Dalloz 1964, p. 419.
- MIRKINE-CUETZEVITCH, B. *Les constitutions et la vie internationale*, «La République française», Paris, 1948, pp. 146ss.
Les tendances internationales des nouvelles constitutions, RGDIP 1948, pp. 375ss.

- MOSLER, H. *L'application du droit international public par les tribunaux nationaux*, RCADI 1957, I, pp. 619ss.
- MOTULSKY, E. *Note de jurisprudence*, RCDIP 1949, pp. 62ss.
- MOUSKHELY, M. *Le traité et la loi dans le système constitutionnel français*, ZaöRV 1950-51, pp. 98ss.
- MURACIOLLE, L. *Jurisprudence française relative au droit international public*; AFDI 1955, pp. 533ss; 1956, pp. 718ss; 1957, pp. 686ss.
- NGUYEN QUOC DINH *La Constitution de 1958 et le droit international*, RDP 1959, pp. 514ss.
- NIBOYET, J. P. *La Constitution nouvelle et certaines dispositions du droit international*, Dalloz 1946, chronique XXIII, pp. 89ss.
Manuel de droit international privé, Paris, 1928.
Traité de droit international privé français, 2e édition, Paris, 1947.
Notes de jurisprudence, Sirey 1948, II, p. 81. RCDIP 1948, p. 283.
Sirey 1949, I, 161.
Cours de droit international privé, 2e édition, Paris, 1949.
- PELLOUX, R. *La nouvelle Constitution de la France*. Dalloz 1946, chronique XXI, p. 81.
Quelques réflexions sur le préambule de la Constitution française de 1958, Mélanges Basdevant, Paris, 1960, pp. 389ss.
- PEPY, M. *L'article 177 du Traité de Rome et les juridictions françaises*, RCDIP 1963, p. 475.
- PFLOESCHNER, F. *Les dispositions de la Constitution du 27 octobre 1946 sur la primauté du droit international et leur effet sur la situation des étrangers en France sous la IVe République*, Paris/Genève, 1961.
- PINTO, R. *Éléments de droit constitutionnel*, Lille, 1952.
La réglementation constitutionnelle de la conclusion des traités internationaux, Actualités juridiques 1954, pp. 125ss.
Le contrôle de la régularité des conventions internationales par les juridictions françaises, Etudes Mestre, Paris, 1956, pp. 437ss.
Note de jurisprudence, Clunet 1965, p. 120.
- PLAISANT, R. *Note de jurisprudence*, Sirey 1953, III, p. 61.
- PRADELLE, P. DE LA *Juridiction administrative et droit international*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, Paris, 1962, pp. 13ss.
- PREUSS, L. *The Relation of International Law to Internal Law in the French Constitutional System*, AJIL 1950, pp. 641ss.
- PUISOYE, J. *Etat actuel de la jurisprudence de l'acte de gouvernement*, JCP 1965, I, 1939.
- REGLADE, M. *De la nature juridique des traités internationaux*, RDP 1924, pp. 520ss.
- REUTER, P. *Droit international public*, 2e édition, Paris, 1963.
- ROBERT, J. *Chronique de jurisprudence française relative au droit international public*: AFDI 1958, pp. 733ss; 1959, pp. 844ss; 1960, pp. 998ss.
Revue de jurisprudence française en matière internationale, RDP 1961 à 1965.

- ROPERS, J. L. *Le Marché Commun et la justice française*, JCP 1961, I, 1624.
- ROUSSEAU, CH. *Principes généraux du droit international public*, Paris, 1944.
Le régime actuel de la conclusion des traités en France, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris, 1950, II, pp. 565ss.
Le régime actuel de la publication des traités en France, Dalloz 1953, chronique XXXII, pp. 169ss.
Droit international public, Paris, 1953.
La Constitution et les traités, Etudes juridiques, Paris, mars-avril 1954, pp. 19ss.
La ratification des traités en France depuis 1946, Etudes Mestre, Paris, 1956, pp. 473ss.
La Constitution de 1958 et les traités internationaux, Mélanges Basdevant, Paris, 1960, pp. 463ss.
Droit international public approfondi, 2e édition, Paris, 1961.
- SAVATIER, R. *Cours de droit international privé*, Paris, 1953.
A propos des cartes de commerçant, Dalloz 1953, chronique IV, p. 21.
Note de jurisprudence, Dalloz 1947, p. 204.
- SCELLE, G. *Précis de droit des gens*, Paris, 1932/34.
De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités, RDP 1952, pp. 1012ss.
- SCHILLING, J. *Völkerrecht und staatliches Recht in Frankreich*, Veröffentlichungen des Instituts für internationales Recht an der Universität Kiel, Hambourg, 1964.
- SIBERT, M. *Traité de droit international public*, Paris, 1951.
- SIMON-DEPITRE, M. *L'activité professionnelle des étrangers en France*, Paris, 1955.
Droit international privé, Paris, 1964.
- SOTO, J. DE *Note de jurisprudence*, Clunet 1964, p. 764.
- TROTABAS, L. *L'attribution de compétences à caractère international dans la Constitution du 4 octobre 1958*, Mélanges Basdevant, Paris, 1960, pp. 489ss.
- VEDEL, G. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1949, p. 526.
- VERIN, J. *De la mention dans les textes constitutionnels du principe de la supériorité de l'ordre juridique international sur l'ordre juridique interne*, thèse dactylographiée, Paris, 1952.
- VIRALLY, M. *L'introuvable acte de gouvernement*, RDP 1952, pp. 319ss.
Le Conseil d'Etat et les traités internationaux, JCP 1953, I, 1098.
- WALINE, M. *Note de jurisprudence*, RDP 1952, p. 781.
Droit administratif, 9e édition, Paris, 1963.
- WEIL ET LEAUTE *Note de jurisprudence*, JCP 1953, II, 6996.

Pays-Bas

- BAUER, R. *Die niederländische Verfassungsänderung von 1956 betreffend die auswärtige Gewalt*, ZaöRV 1957/58, pp. 137ss.
- BBBR, G. *Judicial Control of the European Communities*, Londres, 1962, p. 217.

- ERADES, L., ET
GOULD, W.L.
GROSSEN, J.M.
GUOGENHEIM, P.
HAURI, K.
VAN KLEFFENS, A.
MOSLER, H.
VAN PANHUYB, H.F.
DE VISSCHER, P.
ZIMMERMANN, F.
- The Relation between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States*, Leyden/New York, 1961.
A Step Forward in International Relations, Magazine of the London School of Economics, Volume I, Londres, 1953-54.
Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955.
Die Verfassungsmässigkeit der Staatsverträge, Berne, 1962, pp. 27-32.
Die niederländische Verfassung als Beitrag zur einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts, Festschrift für O. Riese, Karlsruhe, 1964, pp. 45ss.
L'application du droit international par les tribunaux nationaux, RCADI 1957, I, pp. 619ss.
La révision récente des dispositions constitutionnelles néerlandaises relatives aux relations internationales, RDP 1955, pp. 336ss.
The Netherlands Constitution and International Law, AJIL 1964, pp. 88ss.
Note, RCDIP 1955, pp. 296ss.
Die Neuregelung der auswärtigen Gewalt in der Verfassung der Niederlande, ZaöRV 1953-54, pp. 164-210.

Suisse

- AFFOLTER, A.
AUBERT, J.F.
BATELLI, M.
BECK, E.
BIRCHMEIER, W.
BLUMER J.-MOREL, J.
BOURQUIN, M.
BURCKHARDT, W.
DARBELLAY, J.
DREYER, G.
- Éléments de droit public suisse*, Berne, 1918.
L'autorité, en droit interne, des traités internationaux, RDS 1962, I, pp. 265-287.
Les institutions de démocratie directe en droit suisse et comparé moderne, thèse, Genève, 1932.
Die Rheinau Initiative und das Völkerrecht, eine Entgegnung NZZ du 19 juin 1954.
Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich, 1950.
Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, 3e édition, Bâle, 1891.
Fiches juridiques suisses, no. 298 (1942).
Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, RDS 1915, pp. 145ss.
Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, Bâle, 1927.
Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3e édition, Berne, 1931.
Einführung in die Rechtswissenschaft, Zurich, 1939.
L'initiative populaire et les limites de la révision constitutionnelle, RDP 1963, pp. 714ss.
Le recours de droit public au Tribunal fédéral, Lausanne, 1940.

- DUPRAZ, L. *De l'initiative en revision de la Constitution dans les Etats suisses, en particulier de l'initiative populaire*, RDS 1956, II, pp. 265ss.
- FAVRE, A. *Cours de droit des gens*, Fribourg, 1954/55.
- FLEINER, F. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen, 1923.
- FREYMOND, P. *La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, thèse, Lausanne, 1947.
- GIACOMETTI, Z. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1949.
Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit der eidgenössischen Volksinitiative zum Schutz der Stromlandschaft Rheinfell-Rheinau, RSJ 1954, pp. 53ss.
- GMÜR, E.A. *Immunität fremder Staaten und Staatsunternehmungen*, ASDI 1950, VII, pp. 9ss.
- GRASSI, M. *Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, thèse, St-Gall, 1955.
- GUOGHEIM, P. *Fiches juridiques Suisses*, no. 447 (1942).
La validité et la nullité des actes juridiques internationaux, RCADI 1949, I, pp. 199ss.
Die nicht veröffentlichungspflichtigen Verträge nach Völkerrecht und schweizerischem Bundesstaatsrecht, Festgabe Nawiasky, Einsiedeln, 1950.
Traité de droit international public, Genève, 1953/54.
Die Rheinau-Initiative und das Völkerrecht, NZZ du 5 juin 1954.
Die Rheinau-Initiative und die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, Basler Nachrichten, du 24 novembre 1955.
Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Juristische Studiengesellschaft, Schriftenreihe, Heft 16, Karlsruhe, 1955.
Le conflit entre le droit des gens et le droit national dans l'ordre juridique suisse, Mélanges T. Perassi, Milan 1957, pp. 499-513.
Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse, RDS 1963, II, pp. 221-343.
- GULDENER, M. *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich, 1951; Supplément, 1958.
- GUT, H. *Das fakultative Referendum in Staatsvertragsmaterien*, thèse, Zurich, 1940.
- HAURI, K. *Die Verfassungsmässigkeit der Staatsverträge*, thèse, Berne, 1962.
- HIS, E. *Die rechtliche Geltung der Staatsverträge*, RDS 1915, pp. 437ss.
- HUBER, H. *Umbruch und Ausdehnung des Staatsvertragsreferendums?* NZZ du 19 août 1965.
- HUBER, J. *Le droit de conclure des traités internationaux*, thèse, Lausanne, 1951.
- KAEGI, W. *Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision*, RDS 1956, II, pp. 739ss.
- KUNDERT, R. *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im schweizerischen Recht*, thèse, Zurich, 1919.
- LAMPERT, U. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich, 1918.
- MEURON, A. DE *L'autorité des traités internationaux en droit public suisse*, thèse, Neuchâtel, 1937.

- NEF, H. *Materielle Schranken der Verfassungsrevision*, RDS 1942, pp. 108-147.
Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde, RDS 1950, II, pp. 133ss., pp. 279ss.
- PAUR, M. *Der Abschluss von Staatsverträgen im Bundesstaat*, Zurich, 1938.
- PICCARD, C. *Der Abschluss internationaler Verträge durch den schweizerischen Bundesrat*, thèse, Zurich, 1938.
- REICHLIN, K./ROHR, R. *Notwendiger Ausbau des Staatsvertragsreferendums*, Zeitfragen der schweizerischen Wirtschaft und Politik, cahier 84, Zurich 1965.
- RICE, W. *The Position of International Treaties in Swiss Law*, AJIL 1952, pp. 641ss.
- ROOST, R. *Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, insbesondere in der Schweiz*, thèse non publiée, Bâle, 1946.
- RUCK, E. *Staatliches und überstaatliches Handelsrecht*, Festgabe Carl Wiedland, Bâle 1934, pp. 320ss.
Grundsätze im Völkerrecht, Zurich, 1946, p. 27.
Schweizerisches Staatsrecht, 3e édition, Zurich, 1957.
- SALIS, L. R. VON / BURCKHARDT, W. *Le droit fédéral suisse*, traduction Bovet, Neuchâtel 1930-35.
- SAUSER-HALL, G. *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, RCADI 1953, II, pp. 578ss.
- SCHINDLER, D. ASDI 1946, III, p. 212.
Supranationale Organisationen und schweizerische Bundesverfassung, RSJ 1961, pp. 197ss.
Ausbau des Staatsvertragsreferendums? Zu einem Revisionsvorschlag, NZZ du 7 août 1965.
- SCHNITZER, A. F. *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4c édition, Bâle, 1957-58.
- SCHOLLENBERGER, J. *Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, Berlin, 1905.
- SCHULTZ, H. *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Bâle, 1953.
- SCHWARZENBACH, W. *Staatsverträge der Kantone mit dem Ausland*, thèse, Zurich, 1926.
- SIEGENTHALER, P. *Die Idee der autonom-institutionellen Schranken der Verfassungsrevision*, RDS 1958, II, 1958, p. 257ss.
- STRAULI, H. *Die Kompetenzanscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung*, thèse, Zurich, 1933.
- TRINKLER, B. *Der Abschluss von Staatsverträgen in der Schweiz*, thèse, Berne, 1954.
- ZOELLY, H. *Innerstaatliche Wirkung des Völkerrechts*, Zurich, 1938.
- ZUMSTEIN, H. *Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen*, thèse, Berne 1951.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
--------------------	---

PARTIE I - LES SOLUTIONS DOCTRINALES

CHAPITRE I - <i>Le dualisme</i>	15
Section I - Exposé de la doctrine dualiste	16
§ 1. Distinction basée sur la différence des rapports régis par les deux ordres	16
§ 2. Distinction basée sur la différence des sources des deux ordres	17
§ 3. Distinction basée sur les faits de la vie juridique	18
1. La différence de structure des ordres juridiques	18
2. La validité des normes internes contraires au droit des gens	18
Section II - Conséquences pratiques de la séparation des ordres	18
§ 1. Une norme internationale ne peut être obligatoire dans l'ordre interne	19
§ 2. Un ordre ne peut déterminer la validité des normes de l'autre ordre	19
§ 3. La nécessité d'une transformation	20
CHAPITRE II - <i>Le monisme</i>	21
Section I - Le principe de l'unité	21
Section II - La primauté du droit interne	23
§ 1. Le dogme de la souveraineté	23
§ 2. Le principe de l'autolimitation	24
§ 3. Le système kelsénien de la reconnaissance du droit international par le droit interne	25
Section III - La primauté du droit international	26
§ 1. La construction juridique de Kelsen	26
§ 2. La construction sociologique de Soelle	27
§ 3. Le monisme tempéré	30
CHAPITRE III - <i>L'importance relative de la controverse doctrinale</i>	32

PARTIE II - LES SOLUTIONS DU DROIT POSITIF

TITRE I - LES SOLUTIONS DU DROIT ALLEMAND	37
SOUS-TITRE I - LA CONSTITUTION DE WEIMAR	37
CHAPITRE I - <i>La coutume</i>	37
CHAPITRE II - <i>Les traités</i>	41

SOUS-TITRE II - LA GRUNDESETZ DE BONN	41
CHAPITRE I - <i>Les règles générales du droit international</i>	42
Section I - La valeur juridique de la réglementation	43
Section II - Les incidences théoriques de la réglementation	45
Section III - Le contenu des dispositions constitutionnelles	46
§ 1. L'imédiateté	46
I Conditions de l'incorporation	46
II Notion de «règles générales»	49
III Effets de l'imédiateté	53
§ 2. La primauté	54
I. Généralités	54
II. Les règles générales et la Constitution fédérale	55
III. Les règles générales et les lois fédérales	62
IV. Primauté et revision constitutionnelle	63
§ 3. Le champ d'application de l'article 25 GG	65
Section IV - L'application judiciaire et le contrôle de la primauté	66
§ 1. La répartition des compétences judiciaires	66
I. L'application par les tribunaux ordinaires	67
II. La procédure incidente de l'article 100/2 GG	68
III. La procédure incidente de l'article 100/1 GG	69
§ 2. Les conditions de l'intervention de la Cour constitutionnelle	70
§ 3. Les caractéristiques du contrôle de la Cour constitutionnelle	72
§ 4. Autres formes de contrôle normatif	74
CHAPITRE II - <i>Les traités internationaux</i>	76
§ 1. La nature juridique de l'approbation parlementaire	76
§ 2. La place hiérarchique des traités	79
I. Traités et lois	79
II. Droit communautaire et lois internes	82
III. Traités et Constitution	83
IV. Traités instituant des organisations supranationales et Constitution	90
V. Traités et règles générales du droit international	91
§ 3. L'interprétation des traités	92
CHAPITRE III - <i>Conclusions</i>	94
TITRE II - LES SOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS	97
CHAPITRE I - <i>Les règles générales du droit international</i>	97
§ 1. Réglementations constitutionnelles	98
I. Le préambule de la Constitution de 1946	98
II. La Constitution de 1958	100
§ 2. La jurisprudence	100

CHAPITRE II – <i>Les traités internationaux</i>	104
Section I – Le statut interne des traités avant 1946	104
§ 1. Les traités ont force de loi	104
§ 2. La concurrence des normes et l'interprétation favorable au traité	105
I. La doctrine	105
II. La jurisprudence	107
Section II – Le statut interne des traités depuis 1946	109
§ 1. Les principes consacrés par les constitutions d'après-guerre	111
I. La proclamation de l'immédiateté	111
II. La primauté des traités sur les lois internes	112
A. Le principe de la primauté	112
B. Le contrôle judiciaire de la primauté	114
§ 2. Le domaine d'application de la réglementation	118
I. Les traités	119
II. Les accords	119
III. Le droit communautaire	122
§ 3. Conditions formelles de la réglementation constitutionnelle	123
I. Abandon de l'exigence de la promulgation	123
II. Exigence d'une publication régulière	124
III. Exigence d'une ratification ou d'une approbation régulière	126
A. Définition de la régularité	126
B. Le contrôle judiciaire de la régularité	129
§ 4. Conditions de fond de la réglementation constitutionnelle: la clause de réciprocité	131
I. Les précédents	132
II. La définition de la réciprocité	133
III. Portée et application de la clause de réciprocité	134
IV. Appréciation de la clause de réciprocité	136
Section III – La jurisprudence en matière d'application du principe de la primauté des traités	136
§ 1. La jurisprudence judiciaire	137
I. La reconnaissance du principe de la primauté	137
II. Les résistances jurisprudentielles	140
A. L'interprétation restrictive des traités	141
B. Le recours à l'interprétation gouvernementale des traités	146
§ 2. La jurisprudence administrative	152
Section IV – Traités et dispositions constitutionnelles de fond	156
CHAPITRE III – <i>Conclusions</i>	160

TITRE III – LES SOLUTIONS DU DROIT NÉERLANDAIS	163
CHAPITRE I – <i>Les règles générales du droit international</i>	163
CHAPITRE II – <i>Les traités internationaux</i>	165
Section I – Antécédents	165
Section II – Les nouvelles dispositions constitutionnelles	167
§ 1. La procédure de conclusion	169
§ 2. La primauté des traités sur les lois internes	170
§ 3. La primauté des traités sur la Constitution	173
§ 4. Le contrôle juridictionnel	177
Section III – L'interprétation des traités	177
CHAPITRE III – <i>Conclusions</i>	178
TITRE IV – LES SOLUTIONS DU DROIT SUISSE	181
CHAPITRE I – <i>Les règles générales du droit international</i>	181
CHAPITRE II – <i>Les traités internationaux</i>	186
Section I – La nature juridique des traités en droit interne	187
§ 1. Les organes chargés d'élaborer et de conclure les traités	187
§ 2. La nature juridique de l'approbation parlementaire et de la publication	192
Section II – L'autorité interne des traités internationaux	197
§ 1. L'immédiateté d'application des traités	197
§ 2. La place hiérarchique des traités	203
I. La Constitution fédérale et les rapports entre traités et lois fédérales	204
II. La jurisprudence du Tribunal fédéral	208
A. Généralités	208
B. Examen des arrêts les plus importants	210
III. La pratique des autorités administratives	221
Section III – L'interprétation des traités par le juge	223
§ 1. Absence de limites au droit d'interpréter les dispositions de fond contenues dans un traité	223
§ 2. Les avis des organes exécutifs	224
§ 3. Incompétence pour apprécier la validité des traités sur le plan international	224
CHAPITRE III – <i>Le droit international et la Constitution fédérale</i>	225
§ 1. Les traités internationaux dérogeant aux dispositions constitutionnelles de fond et la procédure interne d'approbation	226
§ 2. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des traités	230

§ 3. Revisions constitutionnelles et traités en vigueur	232
I. Généralités	232
II. Le droit des gens impose-t-il une limite hétéronome?	234
III. Limites autonomes interdisant de reviser la Constitution fédérale en violation du droit international?	235
IV. La sanction de la violation des limites matérielles à la revision constitutionnelle	238
a) En général	238
b) Les initiatives constitutionnelles dérogeant à un traité	239
V. Traités internationaux et démocratie directe	239
CHAPITRE IV - <i>Conclusions</i>	242

PARTIE III - CONCLUSIONS GÉNÉRALES

§ 1. Généralités	245
§ 2. La persistance du dogme de la souveraineté	245
§ 3. L'autorité interne du droit international: problème de droit constitutionnel	247
§ 4. Les tendances modernes en faveur de la primauté du droit international	248
§ 5. Les méthodes suivies et les solutions adoptées	249
§ 6. Les résistances aux tendances modernes	250
1. Souveraineté nationale	250
2. Souveraineté populaire	250
§ 7. La manifestation concrète des résistances à la primauté	251
§ 8. La valeur relative d'une réglementation constitutionnelle	252
§ 9. Esquisse du contenu d'une réglementation constitutionnelle de la primauté	254
ABBREVIATIONS	259
BIBLIOGRAPHIE	261

Imprimé en Suisse