



HAL
open science

Les sources internationales du droit administratif

Bérangère Taxil

► **To cite this version:**

Bérangère Taxil. Les sources internationales du droit administratif. Pascale Gonod; Fabrice Melleray; Philippe Yolka. Traité de droit administratif, Dalloz, 2011, 978-2-247-11023-0. hal-04867603

HAL Id: hal-04867603

<https://hal.science/hal-04867603v1>

Submitted on 13 Jan 2025

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

Les sources internationales du droit administratif

Par Bérangeère Taxil

Professeure de droit public, Université d'Angers

En France, la question ne se pose plus guère de savoir *si* le droit international est source de droit administratif, mais comment il l'est, et jusqu'à quel point. Pour être source de droit, et ainsi relever du bloc de légalité ou juridicité, la norme internationale doit être insérée et valide dans la hiérarchie des normes interne. Dès lors, il faut avant tout identifier les conditions d'intégration du droit international en droit interne. On doit également suivre le cheminement de la norme internationale afin d'évaluer son effectivité en droit administratif : source lointaine, est-elle source réelle du droit ou des droits, opposable et invocable ? Afin d'éclairer le déroulement du présent chapitre, quelques précisions terminologiques s'imposent, tant la sémantique des rapports de systèmes est équivoque et confuse. Sans revenir sur une quelconque définition du droit administratif, celui-ci sera entendu dans son acception la plus large, comme incluant tout ce dont le juge administratif a pu connaître, même si cela implique des incursions en droit des contrats de droit privé ou en droit pénal. En effet, il s'agit surtout de présenter l'influence protéiforme des diverses sources du droit international sur notre droit ; une lecture isolée de la réglementation produite par et pour l'administration, qui écarterait ce qui relève de la Constitution, ou bien de la jurisprudence de la Cour de Cassation, ne paraît ainsi guère pertinente de nos jours. Par ailleurs, l'étude se focalisera exclusivement sur les sources traditionnelles de droit international, écartant ainsi le droit communautaire, celui-ci n'étant mentionné qu'occasionnellement aux fins de comparaisons. La progressive autonomisation du statut constitutionnel et contentieux du droit de l'Union européenne (en France et ailleurs), qui fait l'objet d'un chapitre du présent ouvrage, le justifie pleinement, même si la doctrine peut parfois le regretter (A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol.5-2, 1994, pp. 193 s).

Les sources classiques du droit international sont identifiées par l'article 38 du statut de la CIJ, qui mentionne les traités et la coutume (ainsi que les principes généraux) à titre de sources principales, jurisprudence et doctrine n'étant que des moyens auxiliaires de détermination du droit pour le juge international. Il faut y ajouter les actes unilatéraux internationaux adoptés par les organisations internationales, au titre du droit dérivé : faiblement présents en 1945 (*a fortiori* en 1919, date de la formulation de l'article du statut de la CPJI qui fut ensuite repris pour la CIJ), ils occupent aujourd'hui une place importante, tant en droit international qu'en droit interne.

Ainsi, le droit international, considéré dans son ensemble pour l'instant, peut être source de droit administratif à plus d'un titre (P. Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit », *APD* T.27, Sirey 1982, p.251-258). Une analyse en termes de source directe et formelle présentera ses conditions d'insertion et sa valeur hiérarchique en droit français. On peut aussi le considérer comme une source plus indirecte, matérielle : il joue alors de son influence sur l'élaboration et l'interprétation du droit public. Par exemple, si la coutume internationale n'est guère présente en tant qu'instrument direct de normativité (dont la primauté est très relative), elle est plus utile en contentieux administratif lorsque celui-ci traite des règles d'interprétation des traités, de conflits entre normes internationales, ou que des questions d'immunités d'autorités étrangères surgissent.

Le cheminement d'une norme internationale doit franchir plusieurs étapes, à travers l'écran étatique : un premier « sas » constitutionnel détermine les options générales des rapports entre ordre juridique international et ordre juridique interne. Au-delà, pouvoirs

législatif ou exécutif peuvent être amenés à intervenir, pour exécuter ou compléter la règle internationale. Enfin, c'est au juge que reviendra la tâche de garantir l'effectivité de celle-là. A chaque étape ses concepts : pour la première, il est question d'intégration, d'incorporation, de réception ou d'insertion. Pour la seconde, on utilise plutôt les termes d'exécution, de transposition, ou d'adaptation ; la troisième évoque les notions d'applicabilité directe ou d'effet direct. En bref, pour chacune, « trop de mots pour un seul concept » (C.Santulli, « Chronique de droit administratif et droit international », *RFDA* 2010, p. 829).

C'est ainsi que les modalités d'incorporation ou intégration (termes neutres) du droit international en droit interne, qui intéressent tous les publicistes, internationalistes ou non, sont généralement présentées en termes de monisme et dualisme : le premier « insère » les normes de manière quasi-automatique, tandis que le second les « réceptionne ». Le monisme est une « doctrine de l'incorporation » tandis que le dualisme est une « doctrine de la transformation » (G. Teboul, « Ordre juridique international et ordre juridique interne », *RDP* 1999-3, p. 638). Le monisme reconnaît la validité interne immédiate de la norme internationale, dès son entrée en vigueur internationale pour l'Etat concerné. Par ailleurs, il attribue généralement une valeur hiérarchique importante au droit international, doté d'un rang au moins supra-légal. Sur ce point, certaines constitutions sont claires et comportent plusieurs dispositions afférentes (Espagne, Portugal, Pologne, Pérou, par exemple). A l'inverse, les conceptions dualistes impliquent que le droit international n'a aucune validité immédiate en droit interne : il doit être repris (donc « transformé ») dans une norme interne et se verra donc attribuer indirectement le rang hiérarchique de celle-ci. Tel est notamment le cas en Allemagne, en Irlande, en Italie (sous réserve de l'exception communautaire, dont la logique est largement incompatible avec le dualisme). Voici des théories générales bien connues et expliquées très clairement par ailleurs (Ch. Rousseau, « Principes de droit international public », *RCADI* 1958-1, vol. 93, pp. 465-474) mais dont on ne rappellera jamais assez les limites pratiques (P. Daillier, « Monisme et dualisme, un débat dépassé ? », in R. Ben Achour et S. Laghmani (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Pedone, 1998, 318 p.). D'abord, aucun ordre juridique national n'est totalement déterminé dans un sens ou dans l'autre, et le statut des différentes sources internationales varie au sein d'un même système. Ainsi, dans l'immense majorité des cas, les Etats dualistes pour les traités sont monistes à l'égard de la coutume internationale (en Italie, les traités n'ont pas de validité en soi, mais la coutume en bénéficie, ayant même un rang au moins équivalent à la Constitution). De la même façon, les Etats reconnaissant validité et primauté aux traités sont bien souvent très réticents à l'égard de la coutume. Quant au statut des actes unilatéraux, seules les constitutions postérieures aux années 1980 en font (rarement) mention. Ensuite, quelle que soit l'optique générale, les effets des normes internationales sont multiples et avérés. Même un traité non réceptionné peut être invocable en tant que norme de référence pour l'interprétation d'une norme interne, ce qui peut être considéré comme l'un de ses effets.

Le choix français effectué en 1958, à travers l'article 55 C, est généralement considéré comme étant moniste (P.M. Eisemann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre interne, étude de la pratique en Europe*, Kluwer Law International, 1996, 587 p.). Là encore, l'affirmation générale, si elle semble juste, ne reflète pas toute la réalité.

Une fois intégré au droit interne, le droit international peut donc être considéré comme source directe de légalité administrative : il est obligatoire pour les autorités publiques. En revanche, on peut encore préciser sa situation, quant à son applicabilité. La démarche, à travers une sémantique toujours complexe, relève ici de l'analyse du choix des juges. En la matière, il importe de définir les termes employés, par commodité de langage pour le lecteur, plus que par choix doctrinal déterminé ou dogmatique. Ainsi, une première distinction doit être effectuée ici, entre applicabilité immédiate et applicabilité directe. En effet, l'applicabilité

immédiate est uniquement relative aux modalités d'introduction des normes internationales : sera immédiatement applicable la norme qui n'est pas réceptionnée ni transformée, mais insérée (quasi) automatiquement. Cela ne préjuge nullement de la possibilité pour les particuliers d'en tirer des droits invocables. Il importe donc de souligner que seule l'applicabilité directe établit un rapport entre la norme internationale et l'individu, qu'il soit « usager », « administré », ou « citoyen ». On considèrera donc que l'applicabilité directe concerne les individus, tandis que l'applicabilité immédiate concerne les autorités étatiques. En théorie comme en pratique, il peut y avoir applicabilité directe sans qu'il y ait eu applicabilité immédiate. Tel est le cas lorsqu'un particulier invoque une disposition législative qui devait, pour être concrétisée, faire l'objet de précisions réglementaires.

Le droit administratif étant d'essence fondamentalement jurisprudentielle, le rôle du juge est évidemment majeur dans l'analyse des sources internationales. Ainsi, il vérifiera d'une part si la norme (qu'elle soit conventionnelle ou non) appartient de façon régulière à l'ordre juridique interne. Pour cela, elle doit être obligatoire, non seulement en vertu du droit international, mais aussi du droit interne. D'autre part, il faut que la norme puisse être interprétée comme étant d'effet direct pour les individus, c'est-à-dire que ses auteurs aient entendu viser directement les individus, tout en la rendant précise et complète. L'effet direct est alors le cœur de l'invocabilité, obligeant les juges internes à analyser une norme qui leur est étrangère. Il doit être étudié indépendamment de toutes les conditions d'insertion et d'application des normes internationales. En pratique, le juge ne procèdera à cette étude qu'après avoir vérifié préalablement le respect des conditions d'applicabilité. En résumé, on considèrera que l'applicabilité directe est formée de deux éléments, qui sont l'applicabilité simple (qu'elle soit immédiate ou non) et l'effet direct. Elle détermine, sauf exception (communautaire, jusqu'à présent), l'invocabilité de la norme internationale.

Le droit international occupe une place croissante en tant que source de droit administratif, même s'il est considéré indépendamment du droit de l'Union européenne. L'arrêt Nicolo a ouvert la voie à une véritable garantie de son respect, de l'acceptation du contrôle de conventionnalité en 1989, à la reconnaissance du pouvoir d'interprétation des normes internationales en 1990 et de leur effet direct en 1997. Leurs effets se sont accrus au cours des années 1990, qui ont vu le juge administratif de plus en plus réceptif et ouvert au contrôle et à la garantie de la normativité internationale. Toutefois, il faut reconnaître qu'il partait de très loin, et que le bilan actuel est encore à nuancer : l'attitude du juge administratif est encore souvent contestée par la doctrine, lorsqu'elle se penche sur l'invocabilité du droit international. Les sources internationales sont, certes, indéniablement plus présentes dans les relations entre l'administration et les particuliers, créant surtout des obligations pour l'une à l'égard des autres. Elles contribuent ainsi à la création de la légalité, du droit dit objectif, mais également à la possession de droits opposables (autrement dit subjectifs) par les individus à l'administration. Pour autant, le champ matériel d'application du droit international n'a pas pour objet ni effet principal de régir les activités administratives. Ainsi, le constat est mitigé : si le droit international est bien une source *du* droit objectif de l'administration (section I), il est une source limitée (mais croissante) *des* droits subjectifs des administrés (section II).

Section 1. Une source du droit objectif de l'administration : droit international et légalité

Le droit international général ne détermine pas lui-même ses conditions de validité interne, qui relève des choix souverains de chaque Etat. Il ne pose qu'une obligation générale d'exécution de bonne foi de ses engagements, codifiée dans de nombreux textes internationaux. Dès lors, ce sont les règles constitutionnelles qui fixent les premières ces

diverses conditions d'entrée dans la normativité nationale. Comme on l'a souligné précédemment, le choix opéré par la Constitution de 1958 relève du monisme, dès lors qu'*a contrario*, il n'est pas précisé l'absence de valeur et l'obligation de transformation du droit international via une médiation étatique à caractère normatif. Pourtant, il faut d'emblée évoquer une tendance contestataire dans la doctrine française, dont certains représentants soutiennent que « *le choix fait par la Constitution de 1958 paraît plutôt d'inspiration dualiste, puisqu'elle comporte, spécialement avec l'article 55, ...un mécanisme de réception formelle et conditionnelle du droit conventionnel* » (S. Sur, « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français », in R. Ben Achour et S. Laghmani, *Droit international et droits internes, développements récents, op.cit.*, p. 230). On ne peut qu'exprimer son désaccord face à cette position, car elle semble conduire à considérer l'ensemble des constitutions comme étant de nature dualiste. C'est d'ailleurs ce qu'affirme l'auteur : « *le monisme n'est en pratique qu'une modalité ou qu'une variante du dualisme* » (*Ibid.* V. également les positions similaires de J. Combacau et de D. Alland in P.M. Dupuy (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Ed. Panthéon-Assas, 2001, respectivement pp. 89-90 et 47-61). Pour aussi fine que soit l'analyse des règles internationales applicables en France comme « normes internes d'origine internationale » (C.Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pedone, 2001, 540 p, reprenant en cela les expressions déjà utilisées couramment par la doctrine dualiste classique de D. Anzilotti, *Cours de droit international* (1929), Paris, Ed. Panthéon-Assas, 1999, 534 p), elle n'emporte pas l'adhésion générale, d'autant qu'elle implique aussi une négation de la possibilité même de toute applicabilité directe du droit international.

Au-delà de la théorie, la pratique montre une évolution certaine du nombre d'actes internationaux ayant des effets obligatoires en droit public interne. Ainsi en est-il surtout en matière d'environnement, dont le principe d'information et participation du public connaît bien des déclinaisons, mais également en matière de droits fondamentaux, avec notamment les contours du droit au procès équitable, ou en procédure administrative non contentieuse. On peut mentionner également le droit public économique et le droit de la commande publique, pour lesquels mêmes les accords de l'OMC sur les marchés publics ont leur importance, ou encore le droit de la fonction publique et la reconnaissance mutuelle des diplômes, qui fait l'objet d'un grand nombre de conventions bilatérales. Bien que quantitativement moins présentes ou visibles que les règles communautaires, les normes internationales s'étendent. Ainsi, une immense majorité des traités conclus par la France sont de nature bilatérale et technique, et leurs incidences ne sont souvent découvertes qu'à l'occasion d'un contentieux qui impose au juge de retracer (pour le contrôler) leur chemin jusqu'à lui.

Pour comprendre comment le droit international devient ainsi une source directe du droit administratif, il convient donc d'analyser les conditions générales posées par les normes constitutionnelles. Celles-ci, de caractère inévitablement très général, sont largement complétées par les nécessaires précisions de la jurisprudence, qu'elle soit constitutionnelle ou administrative. De ces fondements généraux, on peut déduire les conditions d'insertion et de validité des normes internationales (§1) mais aussi leur valeur hiérarchique, qui est celle d'une primauté relative garantie par le juge (§2).

§1. Conditions d'insertion et de validité des normes internationales

Les règles constitutionnelles françaises relatives au droit international n'ont pas toujours brillé par leur clarté, pour le moins (pour une présentation approfondie de l'histoire des rapports entre droit international et droit français, E.Picard, *Droit international et*

contentieux administratif, Rép. contentieux administratif Dalloz, 2008). Preuve que les théories des rapports de systèmes ne reflètent qu'imparfaitement la réalité, ce n'est qu'à partir de la Constitution française de 1946 que l'on discerne un choix français de tendance moniste en matière conventionnelle. Cependant, celui-ci a toujours été porté davantage sur la hiérarchie plutôt que sur la validité, ainsi que le confirme le texte de 1958. Ainsi, l'article 26 de 1946 disposait que « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification ». Cette formulation contenait une ambiguïté certaine quant aux rapports chronologiques entre normes de valeur équivalente : le traité, apparemment doté d'un rang légal, devait en principe s'effacer devant une loi postérieure, conformément aux règles de conflits de normes (*lex posterior derogat priori*). Il s'agit d'un monisme très imparfait, qui existe encore aujourd'hui dans de nombreux pays (v. ainsi l'article 6 de la Constitution américaine). Toutefois, il était complété par l'article 28, précisant que « 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 ». Ce n'est donc que de manière implicite que et équivoque que la Constitution de 1958, reprenant l'esprit si ce n'est la lettre précédente, détermine le statut d'une partie seulement du droit international, à savoir celui des traités (A). Le reste revient aux juges. ainsi, les juges constitutionnels et administratifs ont en revanche, après une longue période d'incertitudes, aujourd'hui plutôt clairement délimité leurs compétences respectives en la matière (B).

A. Un fondement constitutionnel équivoque et limité

Deux dispositions constitutionnelles sont utiles ici. Il s'agit bien sûr de l'article 55 C, qui mentionne 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* ». Par ailleurs, l'article 53 C impose, pour certaines catégories de traités (parmi les plus importants), que la ratification soit précédée d'une autorisation parlementaire préalable. On ne peut qu'y voir là une prise en compte partielle du droit international par l'ordre juridique interne (1), dont on peut souligner les limites actuelles (2).

1. L'article 55, fondement ancien et partiel du statut des traités internationaux

Quels sont les apports de l'article 55 C ? Ils sont aussi importants par ce qu'il énonce expressément que par son silence. En effet, il est des plus elliptiques concernant la validité de l'insertion du droit international en droit interne.

D'une part, il ne mentionne que les traités, seule source devant ainsi faire l'objet d'une procédure formelle d'insertion. On peut ici noter la distinction sémantique opérée entre traités et accords, les premiers étant ratifiés par le Président de la République, tandis que les seconds peuvent être signés par le gouvernement. Cela relève de la procédure de conclusion du traité, signature comme ratification pouvant signifier l'engagement de l'Etat à être lié. Le droit international est, quant à lui, indifférent à la terminologie : charte, pacte, protocole, accord, convention, peu importe dès lors que l'accord de volonté est réel entre les sujets de droit international que sont les Etats ou les organisations internationales. Un échange de lettres peut aussi bien être de nature conventionnelle. Sur ce point, le contrôle du juge administratif s'exerce avec la même indifférence quant à l'appellation de l'acte, aux fins d'identifier qu'il s'agit bien d'un acte juridique obligatoire (pour une présentation approfondie de la

jurisprudence administrative, v. M. Gautier et F. Melleray, *Applicabilité des normes internationales*, Jurisclasseur administratif, fasc. 20, 2004, notamment pp. 4-5). Les cas sont rares, et tout au plus peut-on mentionner quelques (déjà anciennes) hésitations du Conseil d'Etat sur la nature juridique de la DUDH ; ce n'est pas au regard de sa valeur en droit international (celle d'un acte unilatéral dépourvu formellement de caractère contraignant) qu'il l'analyse, mais bien sur le fondement de l'article 55 : bien que publiée, la DUDH n'est (et pour cause) pas ratifiée (CE 18 avril 1951, *Elections de Nolay*, Rec., p.189. CE 8 octobre 2001, *Synd. National des Professeurs d'Arts martiaux*, Rec., p.453). Les juges judiciaires ont à cet égard éprouvé plus de difficulté, la chambre criminelle de la Cour de Cassation n'ayant pas hésité à en faire application (C.Deffigier, « L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire », *RCDIP*, 2001-1). Le juge administratif ne semble guère non plus éprouver de difficulté à identifier un traité par ses parties, bien que la question puisse parfois être délicate, lorsque la nature étatique d'une partie peut être contestée (pour un exemple de refus d'apprécier la validité d'un « traité » conclu entre la France et des Länder allemands dépourvus de personnalité internationale -moyen en l'espèce inopérant-, v. CE 30 mars 1994, *Association de défense de la Cinq. V.* également la critique vigoureuse de C.Santulli sur l'adoubement par le Conseil d'Etat d'un accord conclu entre la France et le Vatican - CE Ass, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, RFDA 2011, p.173).

D'autre part, l'article 55 C précise que les traités doivent être ratifiés et publiés. Sur cette régularité de la procédure formelle, le juge administratif exerce également son contrôle (*infra*, B), plusieurs difficultés d'interprétation pouvant se poser ici. Quelle est l'incidence de la loi d'autorisation préalable exigée par l'article 53 C, parfois improprement qualifiée de « loi de ratification », sur la procédure d'insertion ? Elle n'est nullement comparable aux lois d'exécution connues dans les systèmes dualistes. En outre, la question n'est pas que théorique et rhétorique : en dépend la possibilité contentieuse d'invoquer ou de contester la loi, au besoin *via* une question prioritaire de constitutionnalité. Par ailleurs, bien que la publication du traité soit une condition fréquemment évoquée par les constitutions nationales, les avis divergent en France quant à sa signification : condition d'insertion, condition hiérarchique, ou condition d'opposabilité aux particuliers ?

C'est en vain que l'on cherchera une interprétation limpide de ces dispositions à l'aide de la circulaire du Premier ministre *relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, du 30 mai 1997 (JORF n°125 du 31 mai 1997, p. 8415). La lecture de celle-ci est cependant fort utile, plus pour comprendre les problèmes que pour y trouver des solutions. D'abord, l'autorisation parlementaire préalable y est explicitée : le ministère des affaires étrangères doit constituer un dossier du projet de loi comportant notamment une étude d'impact, une note de la direction des affaires juridiques justifiant l'entrée du traité dans le champ d'application de l'article 53 C, ainsi que le texte du traité lui-même. En pratique, la loi d'autorisation contient généralement un article unique, qui dispose que "est autorisée la ratification de la Convention...et dont le texte est annexé à la présente loi". Cette dernière n'a pas de conséquences sur la nature de la norme internationale, contrairement à la loi dualiste qui peut reprendre en partie, redéfinir, et donc transformer un traité. En effet, on peut considérer que le rôle du législateur français est limité. Il ne fait qu'approuver les termes d'un traité : l'assentiment parlementaire ne fait pas du législateur un co-auteur de la norme internationale, mais une simple chambre d'enregistrement, conférant une légitimité démocratique interne au traité. L'absence de tout caractère normatif de cette loi fut d'ailleurs confirmé par un arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat en 2010 (*infra*, B). En fin de compte, la seule procédure d'insertion de ces normes conventionnelles réside dans leur publication.

Ensuite vient donc l'interprétation de cette dernière condition au regard des modes d'insertion des traités internationaux. Ainsi, l'article 55 C semble la présenter de façon

maladroite comme une condition hiérarchique de primauté sur la loi. En revanche, la circulaire de 1997 explicitant les procédures d'application des normes internationales affirme que « *la publication a pour objet : ...d'introduire l'accord dans l'ordre juridique national* ». Cependant, les conséquences de la publication semblent aller bien au-delà : la doctrine ainsi que la jurisprudence considèrent au contraire qu'il s'agit d'une condition d'opposabilité du traité aux particuliers. En effet, la circulaire précise que « *sauf cas exceptionnel, tous les accords doivent faire l'objet d'une publication au Journal officiel... Cette obligation doit être respectée strictement, notamment dans la mesure où de nombreux accords peuvent affecter des intérêts privés. En cas de non-publication, en effet, l'accord, s'il est d'effet direct, n'est pas opposable aux personnes et, d'une manière générale, n'est pas invocable dans l'ordre interne* ». L'interprétation habituellement retenue, conciliant les formules, conduit à exiger la publication de tous les traités, ce qui laisse au juge le choix d'apprécier quels sont ceux qui "affectent" la situation des individus. En revanche, la question de la publication des actes unilatéraux est passée sous silence.

2. Les limites de l'article 55

D'une part, les limites des fondements constitutionnels tiennent à leur silence quant aux sources non conventionnelles du droit international (a) ; d'autre part, on peut constater bien des lacunes quant aux conditions d'applicabilité du droit international, la France se situant bien en retrait d'autres constitutions nationales (b).

a) Le silence sur les sources non conventionnelles

Le titre VI de la Constitution ne concerne que les traités. Or, datant de 1958, il fut inspiré par les dispositions équivalentes de 1946, date à laquelle l'ordre juridique français était très peu familier des autres sources de droit international, considérées comme ne relevant que des relations interétatiques. Le sentiment que le droit international concerne bien peu le droit administratif se reflète d'ailleurs également dans la doctrine : la plupart des ouvrages de droit administratif ne traitent ainsi du droit international qu'au titre du « principe de conventionnalité » et de son contrôle tardif par le Conseil d'Etat. De manière logique, c'est le régime du droit communautaire qui occupe parfois une place importante. Par exemple, l'ouvrage de René Chapus intitule son chapitre « conventions internationales », délaissant apparemment les autres sources : elles sont pourtant évoquées rapidement, principalement pour présenter l'évolution du régime contentieux des directives de l'UE. Cela ne signifie pas pour autant que coutume internationale et actes unilatéraux (autres que communautaires) n'aient pas leur place dans notre légalité. Cependant, elle relève surtout de considérations hiérarchiques (*infra*, II), et non de celles portant sur la validité et l'insertion.

La coutume est-elle source de droit administratif ? On le sait, c'est dans le préambule de 1946 qu'il faut rechercher une mention l'évoquant, sans la nommer : l'alinéa 14 déclare que « *la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». Cette disposition est courante dans les lois fondamentales, où la coutume n'est jamais citée en tant que telle. Il y est question de "règles", de "principes", de "normes", qui sont "généralement", "universellement", ou "communément", "reconnus", "acceptés" etc. Cela désigne le droit international général, c'est-à-dire non écrit, assimilant largement les principes généraux de (et du) droit international. Nombreuses sont pourtant les constitutions qui mentionnent que le droit international général fait partie intégrante de l'ordre interne : affirmation de principe, mais affirmation tout de même. Néanmoins, cette lacune s'explique aisément : la Constitution a pour objet principal de répartir les pouvoirs ; or, la présence de la coutume internationale dans l'ordre interne ne fait nullement intervenir les pouvoirs exécutif

et législatif, puisque son essence même rend impossible toute procédure formelle d'insertion. Seuls les juges sont véritablement amenés à la rencontrer. C'est pourquoi la problématique coutumière se pose bien plus en termes d'applicabilité et de hiérarchie que d'insertion ou de validité. Ce silence constitutionnel a cependant engendré une prise en compte très tardive et limitée du droit international général par le juge administratif, traditionnellement très réticent à l'égard du droit non écrit. Matériellement déjà peu présente dans le contentieux administratif, elle est en outre largement maltraitée.

Quant aux actes unilatéraux, si la question se pose également, elle comporte des incidences pratiques bien plus importantes, tant leur champ matériel s'est élargi. Depuis vingt ans, on assiste ainsi à un fort regain d'activité du Conseil de sécurité de l'ONU comme des 16 institutions spécialisées de la famille onusienne. De nouvelles organisations internationales ont vu le jour, telles que l'OMC ou la CPI. Toutes n'ont pas nécessairement la capacité de produire du droit dérivé qui s'imposerait aux Etats. Cependant, le développement très conséquent du droit des organisations internationales appelle indéniablement une évolution de leur prise en compte. Or, la Constitution est totalement silencieuse quant à leur existence. Dans ce contexte, le recours au droit comparé est utile. Ainsi, d'autres constitutions plus récentes choisissent de leur attribuer le même statut qu'aux traités dont ils découlent. Par exemple, l'article 8.3 de la constitution portugaise dispose que « les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe entrent directement dans l'ordre interne, dès lors que ceci figure dans leur traité constitutif ». La Constitution polonaise va encore plus loin, en affirmant non seulement l'insertion directe de ces actes, mais également leur primauté sur la loi et leur applicabilité directe, « si cela résulte du traité » constitutif de l'organisation. Il faut bien sur y voir une conséquence de l'appartenance à l'Union européenne. Cependant, contrairement au système français, tous n'ont pas souhaité mettre constitutionnellement à part celle-ci. Des exemples connus, on peut surtout déduire un principe juridique important : tandis que ni les traités ni *a fortiori* la coutume ne prévoient eux-mêmes leurs conditions de validité interne, la situation du droit des organisations internationales nécessite une lecture des actes constitutifs de celles-ci. Les organisations d'intégration régionale mentionnent presque toujours le caractère obligatoire et les conditions de validité de leurs actes. Tel est parfois le cas également pour des organisations universelles : l'article 25 de la Charte de l'ONU obligent les Etats à respecter *et appliquer* les résolutions du Conseil de sécurité. Autre exemple, différent, l'article 19.6.b du traité de l'OIT énonce que « *chacun des membres s'engage à soumettre...la recommandation à l'autorité ou aux autorités dans la compétence desquelles rentre la matière, en vue de la transformer en loi ou de prendre des mesures d'un autre ordre* ».

Quelles solutions identifier en France ? On aurait souhaité qu'une clause de transfert de compétences à des institutions internationales facilite l'interprétation, comme tel est le cas en Allemagne, en Espagne, et bien d'autres encore, encore qu'elles soient, elles aussi, ambiguës. On aurait pu englober ces actes dans la référence au « droit public international » auquel se conforme l'Etat en vertu de l'alinéa 14 du préambule de 1946, mais celui-ci est plutôt interprété comme une référence au droit non écrit. C'est ainsi que F. Poirat tente de procéder pour le système français, estimant que « *le silence de la Constitution amène à envisager comme fondements possibles au moins implicites, les seules dispositions relatives au droit international figurant dans la Constitution, c'est-à-dire le couple formé par l'article 55 et les alinéas 14 et 15 du préambule de 1946* ». Sa conclusion est clairement négative : « *Cependant, chacun des termes de l'alternative semblent conduire à une impasse, réservant ainsi à l'acte unilatéral décisive un sort assez peu envié dans la panoplie et la hiérarchie des normes internationales* » (F. Poirat, « Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation : variations sur un même thème », *Chronique de jurisprudence française en matière de droit international public, RGDI* 2000, p. 547).

A l'instar de la coutume, c'est donc au seul juge que l'on doit s'en remettre pour identifier la validité interne, le rang hiérarchique et les conditions d'applicabilité de ces deux autres sources de droit international.

b) Les lacunes quant aux conditions d'applicabilité du droit international

Là encore, les règles constitutionnelles sont silencieuses. En matière conventionnelle, d'autres lois fondamentales en Europe comportent des dispositions mentionnant l'applicabilité directe et/ou l'invocabilité des traités, comme en Pologne (l'article 91 de la Constitution de 1997 mentionnant que le traité peut être directement applicable) ou aux Pays-Bas (articles 93 et 94). Par ailleurs, certains textes octroient un statut particulier à certaines catégories de traités, généralement relatifs aux droits de l'homme, ou considérés comme étant « auto-exécutoires ». Probablement peut-on attribuer cette attitude au fait que les textes considérés sont bien plus récents, datant des années 1990. Le fait est que la rédaction des dispositions constitutionnelles relatives au droit international se précise avec le temps et l'extension matérielle de ce droit. En France, c'est toujours dans la jurisprudence qu'il faut rechercher les solutions, car seule la circulaire précitée de 1997 mentionne une distinction portant sur les traités ayant des effets sur les particuliers.

De même, rien n'est indiqué quant à la répartition juridictionnelle des rôles en matière de contrôle de la garantie de la hiérarchie des normes. Or, on sait que Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat se sont allègrement renvoyé la responsabilité de veiller au respect du principe de conventionnalité, et que le Conseil d'Etat a connu bien des atermoiements sur le degré de contrôle qu'il pouvait exercer sans empiéter sur les prérogatives de l'exécutif, responsable de la conclusion et de la bonne insertion des traités, ou du législateur, qui parfois les adapte.

On peut également regretter une formulation bien confuse du principe de réciprocité. Plusieurs difficultés sérieuses se posent. S'agit-il d'une condition de validité interne des traités ? Une application non-réciproque d'un traité le prive-t-il de tout caractère obligatoire pour les autorités françaises (il n'est alors plus source du droit administratif), ou entraîne-t-elle des conséquences en seuls termes d'opposabilité à des particuliers ? Condition de validité, de primauté ou condition d'invocabilité ? Les trois à la fois, semble-t-il. Or, l'article 55 ne traitant pas précisément des conditions d'application des traités, c'est donc en lien avec la hiérarchie que fut placée en 1958 la notion de réciprocité. Pourtant, en droit international coutumier (tel que codifié), c'est bien une condition qui autorise la suspension (et non l'extinction) de l'application d'un traité : il s'agit d'une exception d'inexécution laissée à la discrétion de l'Etat. Cependant, on peut logiquement considérer qu'un traité inapplicable est nécessairement privé de ce fait de toute primauté.

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel laisse à penser que la non-réciprocité ne dispense nullement les autorités de leur faculté (on pourrait dire obligation) d'exécuter le traité : selon le Conseil, « l'article 55 ne s'oppose pas à ce que la loi édicte des mesures ayant pour objet d'harmoniser la législation nationale avec les dispositions découlant d'un traité, alors même que celles-ci ne seraient pas appliquées par l'ensemble des parties signataires » (Décision du 30 décembre 1980, no.86-126 DC).

Entre confusion des textes et dissensions doctrinales, l'interprétation de cette condition est forcément équivoque, mais on penche surtout pour une condition d'applicabilité juridictionnelle (M. Gautier et F. Melleray, *Applicabilité des normes internationales*, Jurisclasseur administratif, fasc.20, §47 s). Cependant, il est important de souligner les restrictions importantes et progressives de cette condition : elle ne s'applique pas aux traités de droit international humanitaire, ainsi que l'a souligné le Conseil constitutionnel (22 janv.1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, no. 98-408), respectant

implicitement en cela une règle coutumière codifiée à l'article 60.5 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Le champ matériel d'application des traités pour lesquels la réciprocité n'intervient pas reste vaguement délimité. Selon la Convention de Vienne, cela concerne les « dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire ». Cependant, en droit international, cette condition est également étendue au-delà du droit humanitaire, à celui du droit international des droits de l'homme, en raison de la nature *erga omnes* de ses normes, voire de *jus cogens*. Le Conseil a implicitement procédé de la même façon, en ces termes : il constate que la France peut « conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ; que les engagements souscrits à cette fin peuvent en particulier prévoir la création d'une juridiction internationale permanente destinée à *protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine*, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées, et compétente pour juger les responsables de crimes d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ; qu'eu égard à cet objet, les obligations nées de tels engagements s'imposent à chacun des Etats parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres Etats parties ; qu'ainsi, la réserve de réciprocité mentionnée à l'article 55 de la Constitution n'a pas lieu de s'appliquer ». On se trouvait alors face à un véritable traité de droit humanitaire. Cependant, l'extension aux droits de l'homme est confirmé par la pratique du Conseil d'Etat, qui se conforme à ce principe en considérant que la ConvEDH entre dans la catégorie des traités applicables en toutes circonstances. Ce n'est pas parce que la France ne respecte pas la Convention que la Turquie serait autorisée à son tour à y porter atteinte... En effet, quand une obligation conventionnelle n'est pas tant due aux autres Etats qu'aux citoyens qui en tirent des droits (même « réflexes »), la logique même du droit international change. Pour autant, le Conseil d'Etat n'est pas explicite, et ce n'est (comme souvent) qu'à la lecture des conclusions que l'on aperçoit les motifs recherchés. Ainsi, le rapporteur public, en 2010, relève que « le défaut de réciprocité ne saurait, en premier lieu, être utilement invoqué à l'encontre de traités qui ne présentent pas de caractère synallagmatique ». La formule empruntée aux contrats paraît délicieusement désuète pour un internationaliste, car elle date d'un temps où la doctrine distinguait les « traités-contracts » et les « traités-lois » (formule expressément utilisée par le rapporteur). Elle pose cependant la bonne question : faut-il exclure de cette exigence de réciprocité tous les traités multilatéraux ? Ainsi, « les traités multilatéraux peuvent être regardés comme synallagmatiques s'ils comportent des obligations d'Etat à Etat. C'est dans cette seule mesure que la réserve de réciprocité pourrait être invoquée en ce qui les concerne : le défaut de respect de ses obligations par l'un des Etats parties à un traité multilatéral ne saurait fonder l'inapplication du traité à l'égard des autres Etats parties au traité qui ont poursuivi l'exécution de leurs obligations » (Conclusions G. Dumortier sur CE, 9 juill. 2010, n° 317747, *Cheret-Benseghir (Mme)*, RFDA, p.133).

B. Un fondement précisé et contrôlé par les juges

Le juge administratif, timoré à l'origine de crainte d'empiéter sur les prérogatives du pouvoir législatif comme du conseil constitutionnel, a fait preuve d'un plus grand sérieux, endossant sa responsabilité dans l'application des articles 53 et 55 C. On ne saurait parler d'audace, mais d'un alignement raisonnable sur les pratiques d'autres juges en Europe sur des questions équivalentes. Au départ, la réticence à l'égard du droit international était justifiée par l'articulation complexe entre les compétences juridictionnelles (1). De la guerre des juges jusqu'au dialogue des juges, on peut alors retracer les évolutions majeures de la jurisprudence

administrative, qui permettent de considérer que le droit international est bien une source directe et réelle du droit (2).

1. Une articulation difficile du rôle des juges, entre contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité

La longue période du dialogue de sourds entre CC et CE a surtout impliqué l'absence de garantie de la hiérarchie des normes. Cependant, on peut souligner ici qu'elle fut également néfaste à l'appréciation de l'existence même du droit international comme source de droit interne. Par sa célèbre décision IVG du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel avait affirmé que sa responsabilité était de contrôler la compatibilité de la loi avec la constitution, et non par rapport aux traités. Il arguait du fait que ce contrôle de conventionnalité des lois ne pouvait être que « relatif et contingent », car une loi (selon lui) peut être jugée contraire à un traité dans l'une de ses dispositions seulement, et pour un cas particulier au sujet duquel le champ d'application des normes en cause se contredirait particulièrement : pour le Conseil, cela semble surtout affaire d'espèces contentieuses.

Dans un premier temps, seule la Cour de cassation ose alors exercer ce contrôle des traités, dès 1975 avec l'arrêt « Jacques Vabre ». Le Conseil d'Etat, comme souvent, reste plus conservateur. Il semble considérer (à raison, peut-être) que contrôler le respect de l'article 55 C revient à empiéter sur un contrôle de constitutionnalité. Peut-être craint-il que, de serviteur de la loi, il n'en devienne censeur. En 1986, le Conseil Constitutionnel lance un appel implicite aux « divers organes de l'Etat » (on peut y compter la juridiction administrative) pour exercer ce contrôle de conventionnalité, confirmant qu'une loi peut être contraire à un traité mais conforme à la Constitution. L'attitude des deux Conseils est vivement critiquée par la doctrine. Le Conseil d'Etat cède, on le sait, en 1989. La jurisprudence IVG, toujours de mise pour les traités, n'en reste pas moins contestée encore aujourd'hui (M. Gautier et F. Melleray, *sources internationales et hiérarchie des normes*, Jurisclasseur administratif, , fasc 21, §9 : « Une loi contraire à un traité est de ce fait contraire à l'article 55 de la Constitution et devrait donc, sur la base de l'article 61, être censurée par le Conseil constitutionnel quelles que puissent être par ailleurs les particularités du contrôle de conventionnalité »). Certains auteurs soutiennent ainsi qu'avec le contrôle de conventionnalité, « on est très proche d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », en même temps que « le Conseil constitutionnel, en n'exerçant pas le contrôle de conventionnalité, affaiblit la portée de son contrôle de constitutionnalité » (M. de Villiers (dir.), *Droit public général*, Litec, 2009, §421-422).

L'existence de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) peut être déterminante pour les rapports entre les deux contrôles. Pour autant, elle ne semble, pour l'heure, rien changer à la répartition des contrôles. Ainsi, dans l'affaire Rujovic, le Conseil d'Etat devait savoir si une loi de ratification pouvait faire l'objet d'une QPC transmise au Conseil constitutionnel. La réponse fut négative. Comme l'explique le rapporteur, la loi n'a aucune valeur normative en soi, elle n'est qu'un réceptacle formel destiné à la procédure de ratification : dès lors, en s'interrogeant sur la loi de ratification de la Convention de Genève sur le droit des réfugiés, c'est cette dernière que l'on remettait en cause. Une loi dénuée de normativité ne peut porter atteinte à la Constitution. Au final, un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des conventions est impossible (CE 14 mai 2010 *Rujovic*, concl. J. Burguburu, *RFDA* 2010, p. 709). Au passage, le rapporteur avouait la difficile conciliation avec le principe issu de la jurisprudence Aggoun, mais l'analyse de la régularité du décret n'impliquait pas, semble-t-il, celle du traité. Du côté du Conseil Constitutionnel, pas plus d'évolution : les rebondissements de l'affaire Melki ont établi que la jurisprudence IVG

s'applique à l'article 61.1 C (M. Gautier, « QPC et droit communautaire : retour sur une tragédie en cinq actes », *DA* n° 10, octobre 2009, étude 19).

Conséquence regrettable de ces problèmes de répartition des compétences entre Conseil Constitutionnel et juge administratif ou judiciaire, une loi peut être considérée comme compatible avec la Constitution, alors même qu'elle contredit un traité. Tel est probablement le cas pour la loi du 9 août 2010 portant adaptation du droit interne au statut de la Cour pénale internationale (CPI). Le Conseil constitutionnel, saisi de cette loi, l'a jugée conforme à la Constitution, et rappelé son refus constant d'effectuer contrôle de compatibilité entre la loi et le traité (la décision 2010-612 DC du 5 août 2010 rappelle bien « qu'un tel contrôle incombe aux juridictions administratives et judiciaires »). Or, cette loi, qui n'est ni une loi d'exécution, ni de transposition, mais au sujet de laquelle les parlementaires ont invoqué le concept (et la liberté) d'adaptation, ne respecte pas la lettre ni l'esprit du traité de Rome établissant la CPI (v. par ex le réquisitoire de G.Poissonnier, « CPI : la France refuse de respecter l'ensemble de ses engagements internationaux », *Dalloz* 2010, no. 41, p. 2728. Pour une opinion plus mesurée, H. Ascensio, « une entrée mesurée dans la modernité du droit international pénal (...), *JCP.G*, no. 37, sept.2010, p. 1689 ». S.Aktypis, « L'adaptation du droit pénal français au statut de la CPI : état des lieux », *Droits fondamentaux*, no. 7, janvier 2008-décembre 2009, 35 p). La décision du Conseil peut faire l'objet de critiques, en ce que le traité lui-même est mentionné à l'article 53.2 C, dans une formulation semblable (mais pas identique ni équivalente) à celle de l'article 88.1, bien que moins affirmative : si la République *participe* à l'UE, elle « *peut* reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 ». Même sans en déduire une obligation constitutionnelle d'adaptation, même sans évoquer un « traité constitutionnalisé », on peut être déçu que cette lacune ne puisse décidément être comblée (A. Desmarests, X. Philippe, « Remarques critiques relatives au projet de loi portant adaptation(...) : la réalité française de la lutte contre l'impunité », *RFDC*, 2010, p. 45). Il faudra donc attendre que la loi soit, à l'occasion, présentée au juge administratif... Or, celui-ci, en matière de coopération avec les juridictions internationales, a récemment apporté la preuve que le nationalisme juridique résiste lorsque les questions pénales sont en cause (CE, ord. 19 oct. 2009, *Callixte Nzabonimana*, note M.Poujol, « Quand la France s'abstient de coopérer avec le Tribunal pénal international pour le Rwanda », *AJDA* 2010, p. 510). Ainsi, par une ordonnance du 19 octobre 2009, le Conseil d'Etat a rejeté de manière laconique un recours du requérant, poursuivi devant le TPIR, au motif que la résolution 955 du Conseil de sécurité et la loi française l'appliquant du 22 mai 1996 « s'adressent aux Etats ».

2. Un contrôle évolutif de validité des sources sous l'influence du dialogue des juges

On ne traitera ici que du contrôle du juge portant sur les conditions d'insertion et de validité des sources internationales, la jurisprudence en matière de hiérarchie des normes et d'applicabilité directe relevant de problématiques subséquentes. Saisi d'un litige impliquant une norme internationale, le juge doit en effet d'abord analyser son existence et son caractère obligatoire en France, avant d'aller plus loin.

Le Conseil d'Etat s'est progressivement affranchi de sa déférence à l'égard du MAE et de sa conduite des relations diplomatiques françaises, afin de donner pleinement effet aux dispositions constitutionnelles ; de nombreux revirements de jurisprudence l'attestent. Ainsi, il a cessé sa pratique du renvoi au ministre pour l'interprétation d'un traité (CE, ass., 29 juin 1990, *GISTI*), ce qui a ouvert la voie à l'interprétation de l'effet direct (*infra, section II*). Par ailleurs, il s'autorise à vérifier la nature véritablement conventionnelle de l'acte qui lui est soumis (CE, ass., 19 avril 1991, *Faure*). Appliquant à la lettre l'exigence constitutionnelle

d'un engagement « régulièrement ratifié », il a toujours veillé à l'existence de la ratification mais s'assure également aujourd'hui de sa régularité (CE ass 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*). Sur ce point, il peut être saisi par voie d'action ou par voie d'exception (CE ass, 05 mars 2003, *Aggoun*). Ce contrôle lui permet de garantir que le législateur a bien été consulté lorsque les traités conclus par l'exécutif relèvent des catégories mentionnées à l'article 53 C. A cet égard, l'un des deux arrêts d'Assemblée du contentieux rendus le 9 juillet 2010 précise le contrôle effectué sur un décret de publication d'un accord. Ce contrôle est limité, car le Conseil d'Etat refuse toujours de vérifier la conformité du traité à la Constitution (qui relève du conseil constitutionnel) ou à d'autres engagements internationaux (CE ass, 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée*, *RFDA* 2010, conclusions R.Keller, p. 980 et note T.Rambaud et A.Roblot-Troizier, p. 995). Pourtant, le rapporteur incitait à une évolution, et « l'objectif était ainsi de combler une lacune du système qui veut que les traités ou accords non soumis à la procédure de ratification ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*, à moins que le Conseil constitutionnel ne se déclare compétent pour en connaître et à condition que les parlementaires en aient connaissance. Ces engagements internationaux, qui peuvent avoir des effets importants dans l'ordre interne, disposent d'une immunité totale une fois entrés en vigueur : non soumis au Parlement, ils produisent des effets juridiques dans l'ordre interne sans que leur constitutionnalité ne puisse jamais être appréciée » (note T.Rambaud et A.Roblot-Troizier, *RFDA* 2010, p. 995). L'apport de l'arrêt est en revanche d'apprécier, *via* un recours contre le décret, que l'accord ne modifie pas la législation au sens de l'article 53 C (pour une critique au fond, v. C.Santulli, *op.cit.*, *RFDA* 2011, p.173). Ainsi, lorsque la ratification est intervenue après autorisation par une loi, celle-ci est incontestable devant le juge administratif car elle entraînerait un contrôle de constitutionnalité (CE 8 juillet 2002, *Commune de Porta* et CE 14 mai 2010 *Rujovic*). La solution paraît d'autant plus logique que la loi est dénuée de tout contenu normatif. Or, le décret de publication, lui aussi dénué de contenu normatif, est pourtant bel et bien contrôlé. Cependant, l'ensemble, qui laisse apparaître quelques contradictions, relève d'un contrôle plus attentif sur les conditions de publications des actes internationaux.

Finalement, le CE a également cessé de considérer comme obligatoire l'avis du MAE sur l'application réciproque du traité. Sur ce point, l'évolution est récente : ce n'est qu'en 2010 que l'occasion lui a (enfin !) donné l'occasion de procéder à un revirement par rapport à une jurisprudence (CE 29 mai 1981 *Rekhou*) qu'il avait confirmé en 1999 (CE ass, 9 avril 1999 *Chevrol-Benkeddach*), malgré l'opposition unanime de la doctrine. Il aura fallu pour cela qu'intervienne une condamnation de la France par la CEDH (*Chevrol c/France*, 13 février 2003). Par son arrêt d'Assemblée *Cheriet-Benseghir* du 9 juillet 2010, le juge accepte enfin de recevoir l'information ministérielle mais d'en déduire seul les conséquences.

§2. La primauté relative du droit international

L'article 55 C est clair quant au principe de primauté des traités sur la loi. Dans ce contexte, il est inutile de revenir sur la « doctrine Matter » pratiquée avant que la Constitution de 1946 n'accepte une règle en sens opposé. Une fois franchi le pas du contrôle de conventionnalité des lois, le Conseil d'Etat a progressivement véritablement garanti le respect de la hiérarchie des normes. Ainsi, on connaît bien désormais la place des traités au regard des autres sources internes de droit (A). En revanche, la place de la coutume (B) et celle des actes unilatéraux (C) est bien plus limitée.

A. La garantie extensive de la primauté des traités

Pour le juge, la garantie de la primauté des traités sur les actes infra-législatifs n'a jamais posé problème. Que les Constitutions aient mentionné que les traités « ont force de loi » ou « ont une autorité supérieure à la loi », cela n'a eu aucune incidence sur le rôle du Conseil d'Etat en tant que censeur des décrets. On peut ainsi se contenter de retracer les grandes lignes de l'évolution en la matière.

Avant même la Vème République, le juge faisait bien primer les traités sur les actes administratifs, depuis l'arrêt d'assemblée *Kirkwood* du 30 mai 1952, dans lequel un décret d'extradition était soumis à une convention d'extradition franco-américaine de 1909 que la requérante s'est vu en droit d'invoquer.

En ce qui concerne le contrôle de la primauté des conventions sur la loi, le célèbre et très commenté arrêt *Nicolo* avait enfin accepté l'idée du contrôle de conventionnalité, bien après la Cour de Cassation. On peut simplement remarquer qu'il portait sur la primauté d'une règle communautaire. Dans sa lignée, bien souvent, le droit international a profité du cheval de Troie de l'Union européenne (Y. Daudet, « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire », in *Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 97-112), au moins tant que le régime juridictionnel des actes restait unique (autrement dit, jusqu'à l'arrêt d'assemblée *Arcelor* du 8 février 2007 qui affirme indéniablement un fondement différent à la primauté du droit communautaire). Cette règle hiérarchique vaut quel que soit le traité considéré, pour autant qu'il puisse être invoqué. En effet, si tous les traités conclus par la France priment sur toutes les lois, la garantie effective de cette règle dépend aussi des conditions d'invocabilité. Malgré tout, la doctrine se félicite de cette évolution, tout en soulignant certaines limites. La primauté d'un traité bilatéral peut ainsi également être neutralisée par le fait que « l'autre partie » mentionnée à l'article 55 C ne le respecte pas.

Surtout, depuis 2000, les juges administratifs comme judiciaires ont considéré que cette primauté ne saurait s'imposer aux normes constitutionnelles avec les arrêts *Sarran* (CE ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Levacher et a.*) et *Fraisse* (C.Cass. ass. plén., 2 juin 2000, *Fraisse*). Interprétant l'article 55, ils ont affirmé que « *la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* ». Dans les deux cas, les juges ont été clairs, bien que la doctrine, notamment internationaliste, ait abondamment critiqué ces arrêts (Pour un point de vue internationaliste, voir notamment D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1094, ainsi que D. Simon, « L'arrêt *Sarran* : dualisme incompressible ou monisme inversé », *Europe*, mars 1999, p. 4). Pour d'autres, il ne s'agit pas d'un paradoxe mais d'une question de logique, car « *le principe de supériorité d'une norme ne saurait en effet dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieure* » (C. Maugüe, « L'arrêt *Sarran*, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, No. 7, p. 88). Par ailleurs, D. Simon, en 1998, niait que l'on puisse étendre la solution *Sarran* au droit communautaire : « *admettre la transposition de l'arrêt *Sarran* – ou à tout le moins de son interprétation dominante – à l'application du droit communautaire dans les Etats membres reviendrait en effet à nier l'originalité irréductible du processus d'internisation à l'œuvre dans la dimension constitutionnelle autant qu'internationale de la construction communautaire* ». Pourtant, c'est bien ce que le Conseil d'Etat a fait avec l'arrêt "Syndicat national de l'industrie pharmaceutique" (SNIP) du 3 février 2001, en affirmant que « *le principe de primauté du droit communautaire ne saurait conduire, au demeurant, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* ». Ce prolongement de la jurisprudence *Sarran* a été qualifié de "militantisme juridique" par D. Simon et A. Rigaux (*Europe* 2002-4, p. 7). Cependant, il s'agit d'un raisonnement conforme aux jurisprudences de la plupart des autres Etats européens (dont certains malgré tout dissocient droit international et droit communautaire en faisant totalement primer ce dernier, comme en Belgique).

En France, si cela prouve que le juge administratif sait parfois aller au-delà du texte constitutionnel (bien qu'il refuse encore le contrôle des lois de ratification au motif de l'ingérence potentielle dans le contrôle de constitutionnalité), la solution n'est pas sans ambiguïtés quant à ses conséquences. Elle a certes mis fin à un long débat sur l'article 54 C, entre les partisans de la supériorité absolue de la Constitution et ceux qui considéraient que la Constitution doit s'effacer puisqu'elle est modifiée. De façon plus nuancée, on peut avancer deux arguments : d'une part, le juge n'avait guère le choix, étant soumis lui-même au respect de la norme suprême dans un ordre juridique interne. D'autre part, la constitution n'apportait guère de réponse, puisque comme le soulignent certains, « l'article 54 ne constitue pas une clause de résolution des conflits de normes mais bien une clause de prévention des conflits de normes » (M. Gautier et F. Melleray, *Sources internationales et hiérarchie des normes*, Jurisclasseur administratif, fasc.21, §23)

Quoiqu'il en soit, du point de vue du droit international comme du droit communautaire, cela pourrait conduire à mettre en cause la responsabilité internationale de l'Etat : elle est contraire à la jurisprudence de la CJCE. Elle est aussi contraire au droit international de la responsabilité, qui interdit à un Etat d'arguer de son droit interne - fut-il constitutionnel - pour s'exonérer des conséquences d'une violation d'un engagement international. Il peut également paraître curieux que le juge administratif s'autorise à évaluer les rapports hiérarchiques entre Constitution et traité tout en refusant de les contrôler.

B. La place de la coutume internationale, entre existence et soumission

La valeur de la coutume en droit interne fait l'objet de règles constitutionnelles nationales extrêmement variées et distinctes. Textes et pratiques sont bien plus rares que pour les traités, qui déterminent une validité et un rang hiérarchique élevé de manière claire. Si certaines constitutions confèrent à la coutume un rang supra-légal explicite (comme l'article 25 de la Loi fondamentale allemande ou l'article 28.1 du texte grec), il s'agit surtout d'Etats de tradition dualiste en matière conventionnelle, ou de certains systèmes de *common law* bien plus familiers du droit non écrit. D'autres font de même plus indirectement, en confiant aux cours constitutionnelles la charge d'un contrôle de conformité des lois aux normes universellement reconnues du droit international (article 149 de la Constitution bulgare). Ce n'est pas le cas en France, pour laquelle on a déjà évoqué le silence constitutionnel. Néanmoins, on peut ne pas être d'accord avec certaines affirmations radicales fondées sur une interprétation plus qu'extensive de l'article 55, comme celle de René Chapus : celui-ci soutient que « le fait que cette disposition ne vise, en bref, que les traités et accords a une conséquence négative : le juge n'est pas habilité à faire prévaloir les règles internationales coutumières et les principes généraux de droit international sur les lois internes » (R. Chapus, *Droit administratif général*, T.1, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd., 2001, p. 149). Certes, l'article 55 est muet ; mais il n'interdit pas plus qu'il n'autorise. En effet, il n'investit aucun juge de compétences particulières. En outre, dans bien des Etats, un tel silence du texte est comblé par les interprétations de cours constitutionnelles qui n'hésitent pas à trancher en faveur de la validité et de la primauté du droit non écrit.

Cependant, l'attitude la plus courante pour les juridictions suprêmes consiste à pratiquer une stratégie d'évitement des conflits de normes, leur permettant d'éviter toute réflexion en termes de hiérarchie ; tel est le cas aux Etats-Unis depuis la jurisprudence *Paquete Habana* du 8 janvier 1900 : la coutume ne sera valide que lorsqu'aucune règle de droit interne (réglementaire ou législative) n'intervient dans le même champ d'application. En termes

hiérarchiques, on a donc parfois le sentiment qu'elle se situe à côté de la hiérarchie des normes plutôt qu'en son sein.

En France, la situation du droit international non écrit est des plus confuses, car elle fait l'objet de positions différentes, voire opposées, des trois juridictions suprêmes. Ainsi, le Conseil constitutionnel semble bien reconnaître le caractère obligatoire du droit coutumier à l'égard du législateur. Il l'a ainsi reconnu comme source de droit de manière très implicite en 1975, en affirmant que « les dispositions de la loi déferée au Conseil constitutionnel qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international » (Décision 75-59 DC, *Autodétermination des Comores*, 30 dec.1975). De cette décision, aucun principe ne s'impose clairement et l'alinéa 14 du Préambule de 1946 n'est pas mentionné. Cependant, elle est complétée par deux autres décisions de 1992 et 1999 qui conduisent à penser que si le Conseil nie l'appartenance des traités au bloc de constitutionnalité, il en va autrement du droit international général. En 1992, il souligne la valeur d'un principe cardinal de droit international des traités, *Pacta sunt servanda* (Décision 92-308 DC du 9 avril 1992, « *Maastricht I* »). En 1999, il invoque le respect par la France des « principes généraux du droit public international », utilisés comme norme de référence (décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Cour pénale internationale*. V. N. Lenoir, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international », in P.M. Dupuy (dir), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, *op.cit.*, pp. 11-30. J.-F. Lachaume, *Droit international et Conseil constitutionnel*, Répertoire international Dalloz, 2003, n° 85-91)

La Cour de cassation, de son côté, est assez réceptive en la matière, ayant reconnu l'applicabilité de la coutume relative aux immunités des chefs d'Etat en exercice, tant en matière pénale qu'en matière civile (C.cass, crim., *Kadhafi*, 13 mars 2001, concl. J.-Y. Launay, *Gaz.Pal.*, 25 mai 2011, pp. 27-33. C.Cass, 1^{ère} civ., 9 mars 2011).

En revanche, le Conseil d'Etat fait preuve d'une grande réserve. Dans un premier temps, les juges administratifs ont, à la manière des juges anglo-saxons, évité les conflits entre coutume et normes internes. Ainsi, en 1989, on pouvait affirmer que la coutume était valide là où n'existait aucune règle de droit interne. Le premier arrêt du Conseil reconnaissant l'applicabilité du droit de la mer fut rendu en 1989, selon ce raisonnement (Conclusions J. Massot sous CE, 23 octobre 1987, *Sté Nachfolder Navigation Company, RFDA*, 1987 p. 967). La portée de l'arrêt est faible car, en l'espèce, le juge a simplement estimé que la décision attaquée était légale parce qu'aucun principe de droit international ne l'interdisait. Par la suite, le Conseil d'Etat a plus clairement reconnu l'existence de la coutume et des principes généraux du droit international, mais « sans la primauté », dans les affaires Aquarone et Paulin, en affirmant que « *ni cet article ni aucune disposition de nature constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes* » (Concl G. Bachelier sur CE 6 juin 1997, *Aquarone, RFDA*, 1997, p. 1068 s. D. Alland, « La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997-4, p. 1054. Egalement concl G. Bachelier sur CE 28 juillet 1997, *Paulin, RFDA* 2000-5, pp. 1068 s).

Il s'agit pourtant d'une jurisprudence tout à fait contestable : en décalage avec les deux autres juridictions françaises, elle nie la portée de l'alinéa 14 du préambule. En revanche, le Conseil d'Etat a semblé récemment s'aligner sur le Conseil constitutionnel, en fondant son revirement de jurisprudence relatif à la condition de réciprocité sur le principe *Pacta sunt servanda* dans l'affaire *Chériet-Benseghir*. Ainsi, on ne résiste pas à relayer la plume provocatrice de C.Santulli sur cet arrêt : « Bien évidemment, la clarté de l'analyse s'arrête à l'énoncé du fondement constitutionnel de l'application de la coutume internationale : l'alinéa 14 du Préambule de 1946. S'agissant de la place de la coutume dans la « hiérarchie des normes », rien n'est dit. Il est certain que la règle coutumière *pacta sunt servanda* est utilisée

ici pour déterminer la portée et les limites d'une disposition constitutionnelle (l'article 55 de la Constitution). Si l'on s'en tenait à l'ordre du raisonnement du Conseil, on serait tenté de voir la coutume se hisser vertigineusement au-delà de la Constitution. On aurait tort, et le plus remarquable dans l'arrêt est précisément l'inutilité du raisonnement en termes de hiérarchie des normes. La France « se conforme aux règles du droit public international » dit le texte de la Constitution, et tous les organes de l'État sont liés par ce devoir à moins, bien entendu, que la coutume alléguée ne soit pas établie ou que sa contestation en vue de la création d'une règle coutumière nouvelle résulte de la politique juridique extérieure de l'État. C'est de ces considérations que dépend, au cas par cas, la place de la coutume dans la « hiérarchie des normes ». » (C. Santulli, *op.cit.*, RFDA 2011, p. 173s).

Pour en finir avec la place du droit international non écrit, deux précisions supplémentaires méritent d'être apportées. D'une part, on peut aisément constater dans la jurisprudence administrative un traitement totalement inéquitable des principes généraux, selon qu'ils sont d'origine communautaire ou internationale (voir le chapitre de Marie Gautier consacré aux sources communautaires). D'autre part, une évaluation globale de la jurisprudence des différents ordres juridictionnels semble révéler que pour les juges internes, la coutume est davantage présente à titre de « moyen accessoire de détermination du droit », selon l'expression du statut de la CIJ, si bien qu'il faudrait distinguer entre deux catégories de coutumes : d'un côté, les outils formels, de nature procédurale, servant d'instrument d'interprétation du droit (tel que celles relatives au droit des traités, au droit des immunités), auraient une valeur prépondérante. De l'autre côté, les normes matérielles de comportement (droit de la mer ou droit fiscal de la fonction publique internationale), bien qu'ayant des effets sur les individus, ne primeraient pas.

C. Le poids limité des actes unilatéraux internationaux

Dès lors que le constat de la rareté des règles constitutionnelles portant sur les actes unilatéraux est aisé, il faut donc rechercher dans la pratique des pouvoirs exécutif et législatif, ainsi que dans la jurisprudence, les solutions quant à leur validité interne et valeur hiérarchique. En effet, en l'absence de « sas » constitutionnel, cette source indéniable de droit entre directement en France *via* un passage par une éventuelle médiation législative ou judiciaire. Précision préliminaire indispensable, les décisions des juridictions internationales ne sont pas considérées ici : si elles sont des actes unilatéraux, elles ne sont pas nécessairement une « source » du droit objectif. Par ailleurs, bien qu'édictees par un organe d'une organisation internationale, elle ne dépendent pas véritablement d'un statut de droit dérivé de ladite organisation, mais plutôt de l'autorité variable (relative ou absolue, de chose jugée, interprétée ou décidée) reconnue aux décisions juridictionnelles. Théoriquement, cela se discute. Cependant, leur spécificité conduit souvent à les écarter de la catégorie générale (H. Ascensio, « Actes unilatéraux et action normative des organisations internationales », *Jurisclasseur Droit international*, fasc. n°14, 2005).

Les actes unilatéraux étant entendu comme appartenant au droit dérivé des organisations internationales, la doctrine a facilement tendance à leur reconnaître un statut interne équivalent aux traités constitutifs dont ils découlent (M.P. Lanfranchi, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité », *AFDI*, 1997, p. 43). Cela pourrait être logiquement contesté. La procédure de ratification a pour objet d'exprimer la volonté de l'État, voire la bonne volonté du législateur s'il faut recourir à l'article 53 C ; elle permet également un contrôle *a priori* du contenu du traité lorsque le Conseil Constitutionnel est saisi. Rien de tout cela ne peut exister pour les actes unilatéraux. Or, si l'engagement de l'État à se soumettre au traité est toujours volontaire, elle est parfois contrainte pour le droit dérivé. On peut certes reconnaître en toute rigueur juridique que le consentement a été octroyé

par avance lors de la ratification du traité constitutif d'une organisation internationale. Cependant, on sait que la créature échappe à son créateur, et le phénomène majoritaire dans les organisations internationales (surtout lorsqu'elles sont d'intégration) conduit à soumettre de fait certains Etats à des décisions auxquelles ils sont opposés.

Cela étant, en France, aucune règle ni pratique harmonisée n'existe : l'insertion ne suit aucune logique, hormis celle de la volonté gouvernementale. Parfois, l'acte international fait l'objet de mesures d'exécution ou d'adaptation du droit interne. Pour les plus importantes des résolutions onusiennes, le pouvoir exécutif choisit, la plupart du temps, d'adopter un décret d'exécution (pour une liste, v.« G. Guillaume, « L'introduction et l'exécution dans les ordres juridiques des Etats des résolutions du Conseil de Sécurité prises en vertu du Chapitre VII de la Charte », *RIDC*, 1998-2, p. 547). Lorsque le Conseil de sécurité a décidé de créer des tribunaux pénaux internationaux, la France a opté pour une adaptation législative, tandis que d'autres Etats ont considéré que leur ordre juridique n'avait pas besoin d'ajustements. Lorsque tel n'est pas le cas, le seul élément qui permet de matérialiser l'existence de l'acte réside dans sa publication. Or, celle-ci est aléatoire. La publication des normes internationales, régie par les décrets du 14 mars 1953 et du 11 avril 1986, ne concerne que partiellement les actes unilatéraux : leur publication interne n'est pas obligatoire si l'organisation qui les édicte possède un bulletin officiel de publication. En toute rigueur, pour être applicables en France, les résolutions du Conseil de sécurité devraient donc être publiées au journal officiel. Ce n'est pas la pratique retenue, généralement. Cependant, la pratique est aujourd'hui d'autant plus souple que l'accessibilité aux actes internationaux est grandement facilitée par des publications électroniques.

Par ailleurs, l'absence d'homogénéité de cette catégorie est accentuée par deux phénomènes conjoints relatifs au droit communautaire. D'une part, l'autonomie renforcée du droit dérivé des organisations internationales d'intégration, phénomène courant non spécifique au continent européen, se traduit par une primauté certaine des actes qui en émanent. L'analyse critique du phénomène est traitée au chapitre des sources communautaires. D'autre part, on doit noter que les actes des organisations internationales universelles font de plus en plus souvent l'objet de « réacheminements normatifs » par le biais du droit dérivé communautaire. Dès lors, le juge interne fait face à celui-ci, sans avoir besoin de statuer sur l'acte international lui-même. Ainsi, l'extension constante des compétences internationales de l'Union européenne en matière de paix et sécurité internationales limite d'autant plus les cas d'application directe des décisions de l'ONU.

Au final, la place hiérarchique de l'ensemble de ces sources internationales révèle deux difficultés majeures. A l'articulation délicate du droit international et du droit interne, il faut en effet ajouter l'identification impossible des rapports entre normes internationales en droit interne. Le droit international ne connaît pas de hiérarchie des sources formelles : traités, droit non écrit, actes unilatéraux, ont la même valeur. En revanche une hiérarchie existe, balbutiante, entre les normes, dans leur appréciation matérielle, avec les développements conséquents du *jus cogens* en matière de droits de l'homme et droit humanitaire.

Or, si le juge administratif attribue une position différente aux traités et à la coutume, il n'effectue en revanche aucun contrôle garantissant les rapports hiérarchiques entre normes internationales. Le Conseil d'Etat évite au maximum d'avoir à se prononcer, pratiquant les stratégies d'évitement des conflits. Qualifié de « discret », l'arrêt Zaïdi du 21 avril 2000 dispose que « dans le cas de concours de plusieurs engagements internationaux, il y a lieu d'en définir les modalités d'application respectives conformément à leurs stipulations et en fonction des principes de droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales » (tels que *lex specialis* et *lex posterior* : voir M. Gautier et F.Melleray, *op.cit.*, et les développements riches du fasc. 21, §48 s, où les auteurs constatent que c'est l'une des

difficultés inhérentes à l'absence de véritable hiérarchie des normes *en* droit international). Par ailleurs, l'arrêt Commune de Porta du 8 juillet 2002 considère « qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux de se prononcer sur le bien-fondé des stipulations d'un engagement international, sur sa validité au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ». La seule atténuation à ce refus de principe réside, une fois encore, dans la spécificité du droit communautaire, et même des droits européens réunis. Ainsi, dans l'arrêt Conseil national des Barreaux du 10 avril 2008, la haute juridiction affirme qu'il « appartient en conséquence au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations ; » cependant, cela ne se justifie qu'en l'absence de difficulté sérieuse, et seulement parce qu'existe le renvoi préjudiciel à la juridiction de l'UE.

Malgré l'immense complexité de la question, on ne peut nier l'évolution intervenue en France depuis les années 1990 : le droit international s'y applique davantage, quelle que soit son origine, sa forme, et sa valeur, au titre du principe de légalité. Reste à compléter le chemin des normes internationales en évaluant dans quelle mesure le justiciable tire profit de cette évolution.

Section 2. Une source limitée mais croissante de droits subjectifs des administrés : l'invocabilité du droit international

Il est probablement vain de chercher à systématiser les règles guidant l'invocabilité du droit international, tant la question de la justiciabilité des droits dérivant de normes internationales est complexe. Le commissaire du gouvernement F. Scanvic le faisait ainsi remarquer au juge : en matière d'effet direct, « *votre jurisprudence apparaît souvent pragmatique et de ce fait en général peu nourrie de considérations théoriques* » (Conclusions F. Scanvic sous CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, RFDA 1993, p. 797.) Faut-il renoncer pour autant ? Probablement pas. Tout en ayant conscience des limites de cette tâche, il importe de comprendre les concepts entourant cette invocabilité du droit international devant le juge administratif. A partir du droit objectif obligeant l'administration, quelle est la nature des droits que le particulier peut revendiquer et lui opposer ? La question est ici d'une acuité particulière, car on se heurte aux fondements mêmes du droit subjectif dans un contentieux objectif de la légalité.

L'exigence de la possession d'un droit subjectif se traduit en matière contentieuse par la nécessité de prouver un intérêt personnel et direct à agir. Le droit procédural « à » l'action masque ainsi le droit matériel « dans » l'action en justice. Or, de l'adage « nul n'a de droit acquis au maintien d'un règlement », on déduit généralement que l'individu ne peut posséder de droits subjectifs face à l'administration, mais « simplement » revendiquer le respect du droit objectif, c'est-à-dire le maintien de la légalité. Deux analyses théoriques s'opposent et l'on ne cherchera pas à valider l'une ou l'autre. La première est issue du normativisme kelsenien et considère que le particulier ne tire aucun droit direct de la légalité administrative. La seconde affirme au contraire l'existence d'un droit subjectif au maintien de la légalité. Ainsi, pour H. Kelsen, « *cette donnée que l'on désigne du nom de "droit" ou "droit subjectif" ou "prétention", d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres* ». Seule l'obligation est réellement juridique ; par conséquent « *on parlera ainsi de "droit-réflexe" pour désigner le droit qui ne fait que réfléchir une obligation, - et n'a donc pas d'existence par lui-même* ». La relation entre les deux personnes liées par la même norme ne

peut donc être qu'une relation entre un sujet et un objet : le sujet de l'obligation et l'objet du droit-réflexe. H. Kelsen l'affirme très clairement : « *le droit-réflexe étant identique à l'obligation juridique, il ne saurait être question de considérer l'individu à l'égard duquel l'obligation existe comme "sujet", parce qu'il n'est pas le sujet de cette obligation. L'individu à l'égard duquel la conduite obligatoire doit avoir lieu est l'objet de cette conduite, tout de même que l'animal, la plante ou l'objet inanimé à l'égard duquel les hommes sont obligés de se conduire d'une certaine façon* » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 1962, pp. 132-135). Pour autant, dès qu'une action contentieuse peut être engagée, le droit mue : ainsi, « *un droit subjectif est le pouvoir juridique de faire valoir au moyen d'une action en justice la violation d'un droit-réflexe* » (*Ibid.*, p. 187).

Les analyses comparatistes du contentieux administratif sont nombreuses, qui opposent notamment la conception objective française et l'approche subjective allemande. En France, deux siècles d'objectivation des rapports entre individus et Etat (dont le recours pour excès de pouvoir est le symbole) ont conduit à considérer que l'individu n'y fait pas valoir de droits subjectifs, mais invoque un droit objectif au maintien de la légalité. Cette position peut tout aussi bien être remise au cause. Certains l'ont fait brillamment (N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Paris, Dalloz, 2003, 805 p.). On peut ainsi défendre l'idée qu'existe un « droit subjectif à la légalité », partant du constat que « *la crainte que le droit subjectif à la légalité des actes administratifs permettant d'exiger de l'administration le respect du principe de légalité, sous peine de sanction, soit la cause d'un affaiblissement de l'autorité de l'Etat et de la remise en cause du recours pour excès de pouvoir, a aussi disparu sous le poids de l'exigence de l'idéal de l'Etat de droit* » (*Ibid.*, p. 691).

Le lien entre les propos précédents et le sujet de cette seconde section réside dans une contradiction peut-être insurmontable : dans un contentieux de nature objective, on réintroduit une logique subjective spécifique au droit international, en exigeant son effet direct à l'égard du particulier ; autrement dit, il faut que ce dernier possède un droit subjectif, comme on pourra le constater à l'analyse de cette notion. Ces paradoxes fondamentaux expliquent ainsi qu'il est difficile d'identifier les principes et méthodes relatifs à l'invocabilité du droit international (§1) . Le résultat découlant du choix des juges est celui d'une meilleure prise en compte de ces sources, même si peu d'évolutions majeures et bien des critiques doctrinales marquent la décennie 2000 (§2).

§1. Principes et méthodes relatifs à l'invocabilité du droit international

On tentera d'identifier les concepts guidant l'application effective des normes internationales par le juge, qui sont principalement ceux de l'applicabilité directe et de l'effet direct (A). La doctrine est souvent partagée ; pourtant, si elle est unanime sur un point, c'est bien sur la difficulté d'identifier les critères utilisés par le juge (B).

A. Les concepts : applicabilité directe et effet direct

Affirmer d'une norme qu'elle est directement applicable signifie qu'elle régit la situation juridique des individus, et que ceux-ci peuvent l'invoquer en justice. En ce sens, on peut admettre qu'applicabilité directe et invocabilité ou justiciabilité soient synonymes. En revanche, la terminologie propre aux engagements internationaux mérite qu'on s'y attarde. Elle mêle en effet des concepts qui proviennent à l'origine soit de la jurisprudence américaine du 19ème siècle (*self executing*), soit du droit communautaire (effet direct). Ces différents emprunts ajoutent à la complexité du champ lexical.

Ainsi en est-il de l'usage du terme « *self-executing* » ou « auto-exécutoire » qui provient de la jurisprudence de la Cour suprême américaine *Foster vs. Neilson* de 1829. Celle-ci devait répondre à la question de savoir si un traité pouvait être invoqué devant elle, bien qu'il n'ait pas été exécuté par une loi. La réponse fut négative à l'époque, mais la jurisprudence américaine a beaucoup évolué sur ce point (B. Taxil, « les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France », *RIDC* 2007-1). On ne peut que déconseiller l'emploi de l'expression, non pas en raison d'une allergie aux anglicismes, mais parce qu'elle recouvre plusieurs significations que la doctrine anglophone a bien distingué (Buergethal, « Self-executing and Non-self-executing Treaties », *RCADI* 1992-4, et C.M. Vasquez, « The Four Doctrines of Self-executing Treaties », *AJIL* 1995, p.498). En effet, ce seul mot peut englober le processus intégral qui mène la norme internationale de son ordre juridique originel jusqu'au prétoire du juge. Or, la doctrine francophone l'emploie couramment sans nécessairement lui attribuer un sens univoque.

C'est d'abord sur le terme « exécution » que porte la confusion, entre les mesures d'introduction en droit interne (qui rendent la norme obligatoire) et les mesures de compléments (qui rendent la norme applicable - voire praticable - en la précisant). Le terme « exécutoire » se rapporte à ce qui est obligatoire sous peine d'exécution forcée ; il ne renseigne guère sur la normativité plus ou moins vague de l'énoncé de la règle, qui détermine son invocabilité. Evoquer un traité auto-exécutoire devrait ainsi seulement signifier que l'on se trouve dans un système moniste. En cela, l'expression désigne plutôt ce que l'on a appelé applicabilité simple ou immédiate : celle-ci dépend des choix constitutionnels (la norme est obligatoire sans que des mesures de validation interne - autres que la ratification et la publication- ne soient nécessaires), tandis que l'applicabilité directe relève du choix des juges internes. La première s'impose aux autorités publiques, la seconde est opposée par les particuliers. La première peut être générale en ce qu'elle détermine une obligation de résultat sans forcément déterminer un comportement, la seconde doit être suffisamment précise pour être applicable à une situation individuelle. Or, selon la jurisprudence de la CJCE relative aux règlements, une norme peut être considérée comme « directement applicable » quand bien même elle aurait fait l'objet de mesures nationales d'application. Au contraire, cela permettra de vérifier la compatibilité entre la norme internationale et son complément interne (CJCE 27 sept.1979 *Eridania*). Dès lors, il faut distinguer la notion d'applicabilité directe de celle de « *self-executing* ».

Il importe surtout de distinguer le rôle spécifique que joue la notion d'effet direct dans l'invocabilité devant le juge des règles internationales. La question de savoir si et comment une règle est invocable dans un litige, utilisable par le juge, est très classique ; c'est celle de la normativité, autrement dit du degré de précision de la norme. C'est la situation bien connue du juge administratif confronté à des normes constitutionnelles ou législatives vagues, plus déclaratoires et programmatoires. Or, le Conseil d'Etat a, au fil du temps, fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une applicabilité directe accrue des normes constitutionnelles. Tel est le cas notamment à travers l'arrêt d'assemblée *Commune d'Annecy* de 2008, lors duquel le commissaire de gouvernement Y. Aguila a rappelé en détails la normativité de règles générales. Constatant que « plus on monte dans la hiérarchie des normes, plus les principes sont généraux », il affirme que « le caractère général ou imprécis d'un principe constitutionnel n'est pas un obstacle à son application par le juge » (Conclusions reproduites in *RFDA* 2008, p.1147). Toutefois, l'invocabilité du droit interne dans le contentieux objectif ne nécessite pas forcément la possession d'un droit subjectif. Y. Aguila distinguait ainsi les exigences pesant sur les particuliers en fonction des types de recours : « un principe constitutionnel trop général peut difficilement servir de base directe à la reconnaissance d'un droit subjectif au profit d'un particulier. En revanche, il peut normalement toujours être

invoqué dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire ». Ce cloisonnement des contentieux soulève des objections (F. Melleray, « un nouvel élan pour le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs par le juge administratif », *DA* no. 11, nov.2008, com.152).

Or, quelle que soit la voie contentieuse utilisée, l'applicabilité directe prend un visage particulier dès lors que le droit international est en cause, dans la mesure où l'effet direct de la norme est une exigence supplémentaire des juges, unique en son genre. Que signifie l'effet direct ? Qualité d'une norme internationale, il n'est pas défini par une quelconque règle de droit international ; la jurisprudence administrative est des plus laconiques ; c'est donc sur la doctrine qu'il faut s'appuyer, pour considérer généralement qu'il s'agit de la capacité d'une règle de droit international à créer des droits (subjectifs) pour les particuliers. C'est ici que le cœur de l'invocabilité des normes internationales se sépare des normes internes et même des normes communautaires. Tandis que l'applicabilité directe du droit constitutionnel implique une normativité objective, l'applicabilité directe d'une norme internationale semble imposer d'identifier un destinataire individuel, titulaire de droits subjectifs. Si l'exigence est ainsi accrue pour les particuliers, la prévisibilité de la jurisprudence en la matière est quasiment inexistante. En effet, il est fort malaisé de savoir quels sont les critères de l'effet direct utilisés par le juge. Aucune méthodologie systématique ne s'en dégage vraiment. Celui-ci s'expose par conséquent à des critiques inévitables, surtout de la part de la doctrine internationaliste.

B. Vers une présomption d'effet direct du droit international ?

L'identification de ces critères fut difficile et progressive, car on doit faire face au silence des juges, aux hésitations des commissaires de gouvernement et aux dissensions doctrinales (1). Cependant, bien que critiquable, la méthodologie du juge administratif semble relativement stabilisée aujourd'hui autour d'un effet direct associant un critère objectif - celui de la normativité- et un critère subjectif, celui de la création d'un droit invocable par un particulier (2).

1. Une identification progressive des critères de l'effet direct

On doit certainement beaucoup à Ronny Abraham, commissaire de gouvernement dans les années 1990 et auteur de la plupart des conclusions rendues au Conseil d'Etat sur le droit international. Certaines ont été suivies par le juge, d'autres non, mais elles ont tout apporté à la théorie.

C'est d'abord en se reconnaissant un pouvoir d'interprétation des traités que le juge administratif s'est engagé sur la voie, mettant fin à sa pratique du renvoi au Ministère des affaires étrangères. Sur la proposition de R. Abraham, douze ans après le commissaire de gouvernement D. Labetoulle (qui considérait ce renvoi comme une "mutilation de la fonction juridictionnelle"), le Conseil d'Etat a opéré un revirement de jurisprudence par l'arrêt GISTI du 29 juin 1990 (Conclusions R. Abraham, *AJDA* 1990, pp. 621-629, et note G. Teboul, pp. 631-640). Réfutant un à un les arguments en faveur du renvoi au ministre, R. Abraham exposait au Conseil d'Etat que l'ensemble des juridictions européennes interprétait sans difficulté les normes internationales, que le recours aux travaux préparatoires était facilité par une plus grande publicité, et surtout que le juge n'était pas inapte à appliquer les principes coutumiers de la Convention de Vienne de 1969 en matière d'interprétation. Quant à la crainte d'empiéter sur les prérogatives du pouvoir exécutif, « *on ne sache pas qu'à l'étranger le pouvoir d'interprétation qu'exercent les tribunaux mette fréquemment le gouvernement dans des embarras diplomatiques* » (*Ibid.*, p. 627). Ce pouvoir d'interprétation des normes

internationales était utilisé par le juge américain depuis 1816, et en Europe couramment depuis le début du 20^{ème} siècle. La position française de principe était ainsi totalement obsolète (V. Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 34).

C'est ensuite l'arrêt GISTI du 23 avril 1997 qui a complété la démarche en reconnaissant explicitement l'effet direct de certaines normes conventionnelles (en l'espèce, un article de la Convention 118 de l'OIT). Les deux arrêts GISTI sont étroitement liés. En effet, identifier l'effet direct nécessite un travail d'interprétation fondamental : si l'on connaît bien aujourd'hui les critères de l'effet direct, la méthodologie de l'interprétation révèle des hésitations, selon la priorité attribuée à l'un ou l'autre des indices, selon que l'on utilise une méthode plus qu'une autre. Le droit international fournit les grandes lignes de l'interprétation de ses normes, codifiées par la Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités, dans ses articles 31 à 33. Ceux-ci synthétisent les trois grandes méthodes d'interprétation, utilisées non seulement pour le droit international, mais pour toute norme juridique en général. Ainsi, il existe « *trois règles d'interprétation généralement mentionnées : celle de la textualité, qui donne la primauté à l'expression formelle de l'instrument ; celle de l'intentionnalité, qui, au-delà du texte, s'attache à l'intention commune des parties ; celle de la finalité, qui s'attache au but de la règle* » (J. Combacau, S. Sur, *Droit international public, op.cit.*, p. 175). La Convention de Vienne ne choisit pas entre les trois règles, mais préconise un équilibre entre elles. On peut y ajouter une méthode parfois qualifiée d'interprétation « systémique » : elle fait référence au contexte d'un système, notamment d'une organisation internationale et est présentée comme une « *méthode se fondant sur la cohérence de l'ensemble normatif institué par un traité* » mais aussi « *par extension, s'agissant notamment du traité constitutif d'une organisation internationale, méthode déduisant d'un faisceau de règles posées par ce traité, comme découlant logiquement de leur finalité, certains effets qui n'y étaient pas expressément prévus* » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 606). En tant qu'elle envisage un résultat de l'interprétation indépendant de la volonté originaire des parties, cette méthode peut alors être rapproché d'une interprétation téléologique, qui met l'accent sur la notion de finalité. On peut ainsi y trouver l'une des raisons logiques du traitement spécifique par le juge administratif du droit de l'UE ou de la ConvEDH.

Cependant, les formulations des juges sont toujours elliptiques, le Conseil d'Etat ne livrant guère son raisonnement. La lecture des arrêts informe si les dispositions « produisent des effets directs à l'égard des particuliers », ou non. Parfois la négation s'accompagne d'une mention qu'un traité ne régit que les relations entre Etats, ce qui évoque le critère du destinataire de la norme. Entretemps, plusieurs commissaires de gouvernement se sont confrontés à la nécessité de systématiser les critères d'identification. Ainsi, dans l'affaire *Josefa Bouilliez*, le commissaire F. Scanvic s'est visiblement inspiré de la doctrine américaine (mais laquelle ?) du *self-executing treaty* pour identifier les critères de « l'invocation directe ». Avant d'analyser concrètement les conventions invoquées, il propose au juge des lignes directrices pour identifier l'effet direct. D'une part, il s'appuie sur le caractère auto-exécutoire (entendu au sens complétude de la norme) pour écarter les conventions ne fixant que des objectifs généraux. D'autre part, il faut « *identifier clairement par les propres stipulations de la Convention qu'elle n'a pas pour objet de créer des obligations qu'à la charge des seuls Etats destinataires* » (Conclusions F. Scanvic sous CE 29 janvier 1993, *Mme Josefa Bouilliez*, *RFDA* 1993, p. 796). Sur ce second point, il faut, selon le commissaire, interpréter les termes du traité, mais aussi son objet, analyser les techniques de rédaction pour rechercher l'intention des parties, et tenir compte du contexte environnant les stipulations invoquées. En 1997, l'analyse de R. Abraham s'appuie sur trois outils d'interprétation : l'objet du traité, le degré de précision de la norme, ainsi qu'un « critère rédactionnel »

recherchant la « commune intention des parties ». Or, il avoue son scepticisme à l'égard de cet indice, affirmant qu'il a « *bien du mal à y voir un critère autonome, suffisant, de l'absence d'effet direct...* », et que « *c'est prêter à la commune intention des parties bien plus qu'on ne peut lui attribuer...* ». Il aura l'occasion, quelques mois plus tard, de confirmer clairement que « *une stipulation internationale est regardée comme dépourvue d'effet direct dans deux cas, et, selon nous, dans deux cas seulement* » (Conclusions R. Abraham, CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar, RFDA*, 1998-3, p. 563). Certains auteurs ont contesté ses positions, réintroduisant la recherche de l'intention des parties dans le faisceau d'indices (Note D. Chauvaux et T.X. Girardot sous CE *GISTI*, 23 avril 1997, *AJDA* 1997, p. 436). La doctrine internationaliste elle-même est divisée. Méthode d'interprétation subjective, son importance par rapport aux deux précédentes est discutée. Certains estiment que l'intention des parties doit être le seul guide et la seule fin de l'interprétation ; d'autres considèrent que la volonté commune des parties est parfois un mythe introuvable. Ainsi, J. Verhoeven semble accorder la priorité presque exclusive à l'intention des Etats, affirmant notamment que « *pour qu'une règle internationale soit directement applicable, il faut et il suffit que les auteurs l'aient voulu telle* » (« La notion d'applicabilité directe du droit international », *op.cit.*, p. 259). A l'inverse, D. Alland soutient (à raison, selon nous) que « *quant à la recherche de la mythique "intention des parties" au travers du vocabulaire employé, ...c'est une recherche qui peut conduire à tous les résultats imaginables* » (« L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ? », *op.cit.*, p. 224). Critère autonome ou indice de vérification du critère de l'objet de la norme internationale, elle est totalement aléatoire, notamment face à un traité multilatéral : faudrait-il ainsi identifier la volonté de chaque Etat lorsqu'il a participé aux négociations ou procéder à des déductions souvent hasardeuses à partir d'une formulation habituelle telle que « les Etats s'engagent à » ? La circulaire précitée de 1997 se fonde pourtant sur cette expression (présente dans les préambules conventionnels comme dans les dispositions matérielles) pour en déduire que « les négociateurs souhaitent expressément exclure l'applicabilité directe » (Circulaire du 30 mai 1997, *op.cit.*, article III.2) C'est aussi un élément de la méthodologie des juges, qui s'attachent principalement à la rédaction des actes concernés. Cette position est confirmée par les deux études du Conseil d'Etat, de 1985 et de 2000. L'étude de 1985 avait été critiquée par R. Abraham en 1997, en ce qu'elle faisait « *grand cas de ce critère rédactionnel* » révélant l'intention des parties. Celle de 2000 reprend cette position, mais de façon très atténuée. Ainsi, c'est en lien avec le critère de l'objet (créer des droits et obligations individuels) qu'elle affirme que « *à cet égard, les formules employées par la convention constituent des indices permettant de révéler l'intention des parties* ». L'intention des parties n'y figure donc que comme un indice supplémentaire et non comme un critère à part entière (Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 56).

2. Critère objectif et critère subjectif de l'effet direct

Deux critères (et deux seulement), bien peu satisfaisants, composent ainsi l'effet direct du droit international (a). La manière dont ils sont utilisés fait l'objet de bien des contestations et propositions d'évolution (b).

a. Deux critères critiqués (ou peu opératoires ou efficaces)

En premier lieu, le critère objectif est celui de la précision d'une norme, qui permet son application juridictionnelle. Il n'a rien de spécifique au droit international ; il est même, comme le soulignait H.Tigroudja, « le critère de l'applicabilité de toute norme juridique » (H.Tigroudja, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux »,

RFDA 2003-1). Il n'en reste pas moins que les exigences des juges quant à ce critère varient, puisque les normes les plus élevées sont aussi les plus vagues. Or, le traitement juridictionnel des normes constitutionnelles et celui des normes internationales n'est pas toujours des plus équitables.

Cela signifie que ne sera pas d'effet direct la norme qui « *n'est pas susceptible d'être immédiatement appliquée à des situations individuelles, parce qu'elle n'est pas suffisamment précise, complète et inconditionnelle pour servir à cette fin* » (Conclusions R. Abraham, sous CE 22 septembre 1997, *Mlle Cinar, op.cit.*, p. 563). La norme imprécise est celle qui ne fixe que des orientations. La norme incomplète, elle, nécessite une intervention légale supplémentaire. Cela revient finalement au même : parce qu'elle ne fixe que des orientations, la règle doit être complétée. Ainsi, elle peut avoir un objet concernant les individus, mais ne pas être d'effet direct car formulée en des termes trop généraux.

Ce critère ne conduit pas à un résultat uniforme, et accorde une grande marge de manœuvre au juge. Au sein d'un même traité, certaines clauses, dont les formulations peuvent paraître semblables, peuvent être jugées suffisamment précises pour être applicables, d'autres non. Une même disposition peut d'ailleurs être d'effet direct pour un juge mais pas pour l'autre, comme l'atteste la saga des contradictions entre juges administratif et judiciaire sur la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE- *infra*, II, A).

Quant à l'emploi du terme « inconditionnel », il est des plus courants et relève d'une époque où le juge administratif assimilait encore le régime contentieux du droit communautaire et du droit international. En effet, il provient de la jurisprudence de la CJCE relative aux directives. Pourtant, il laisse dubitatif. Il semble signifier qu'une norme communautaire sera d'effet direct si la marge de manœuvre d'application laissée à l'Etat est quasiment nulle. Certaines directives permettent ainsi à l'Etat de choisir de ne pas appliquer une disposition en particulier. D'autres soumettent une obligation à des conditions laissées à la discrétion de l'Etat. Pourtant, depuis l'arrêt *Perreux*, les contradictions les plus totales ont été relevées dans l'interprétation de la directive « Retour » par les juges du fond (Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*). Le Conseil d'Etat lui-même a ainsi admis l'effet direct d'un article qui disposait pourtant que « les États membres peuvent prévoir dans leur législation nationale que ce délai n'est accordé qu'à la suite d'une demande du ressortissant concerné d'un pays tiers » (CE, avis du 21 mars 2011 : le Conseil a considéré que cette faculté laissée aux Etats « ne fait pas obstacle au caractère inconditionnel et suffisamment précis de ces dispositions »). Il nous semble ainsi que le terme est hasardeux et qu'on pourrait aisément reconnaître l'effet direct d'une obligation suffisamment précise mais conditionnée.

En second lieu, un critère « subjectif » exclusif au traitement des normes internationales consiste à chercher « l'objet » de la norme : en réalité ne devrait-on pas dire plutôt son « sujet », au sens de destinataire, puisque la recherche porte sur la création d'un droit pour l'individu ou d'une seule obligation pour l'Etat ?

Il ne s'agit pas ici de revenir sur la question longuement débattue de savoir si les normes internationales *peuvent* aménager des situations juridiques subjectives pour les individus. Qu'on nous permette un raccourci rapide : oui, elles le peuvent, elles le font, et il n'est plus temps de s'appuyer sur des affirmations totalement dépourvues de clarté provenant de la CPJI à une époque où les fondements du droit international étaient bien différents (B. Taxil, *L'individu, entre ordre interne et ordre international : recherches sur la personnalité juridique internationale*, Thèse Paris I, 2005, 785 p). Il s'agit donc de savoir si les juges internes l'estiment possible. Concrètement, ce critère procède d'une double exigence, analysée longuement dans chaque affaire par les membres du Conseil d'Etat. De façon positive, il

consiste en l'affirmation que l'objet de la norme est de conférer des droits et obligations aux individus. Par conséquent, son versant négatif est l'exclusion de toute relation interétatique. Ainsi, le commissaire F. Scanvic mettait l'accent avant tout sur ce critère « *lié à l'objet même de la convention qui peut être par nature une affaire d'Etat ou une affaire de droit pour les citoyens. On voit bien de ce chef s'opposer les conventions de procédures étatiques et les conventions établissant des droits fondamentaux* » (Conclusions F. Scanvic, *op.cit.*, p. 798). Pourtant, l'opposition n'est pas si évidente. Si elle permet certainement de distinguer un traité de protection des droits de l'homme d'un traité sur les relations consulaires entre Etats, l'un comme l'autre contiennent des normes qui peuvent être considérées comme d'effet direct pour les individus. Même la très conservatrice Cour Internationale de Justice a reconnu en 2001 (affaire *Lagrand*) et 2004 (affaire *Avena*) que certaines dispositions de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires s'adressaient directement aux individus pour leur octroyer des droits invocables. Le Conseil d'Etat avait fait de même dans l'affaire *Bouilliez* de 1993. Comme le remarquait très justement R. Abraham à ce sujet, « *...la convention crée des droits qui ont deux titulaires : l'Etat d'envoi, ...et l'individu, qui a le droit d'être protégé par son consul* » (Conclusions R. Abraham sous CE 23 avril 1997, *GISTI, op.cit.*, p. 17). Dans l'absolu, ce critère est donc totalement subjectif, soumis à la conviction du juge, et ouvre la voie à toutes les interprétations possibles.

L'identification de l'effet direct est d'autant plus complexe que la notion est différente en droit international et en droit communautaire. Les méthodes et critères d'identification ne sont pas les mêmes pour la CJCE : celle-ci interprète « la nature, l'économie et les termes » d'une disposition (pour un exemple, CJCE 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74) afin d'en déduire qu'elle est suffisamment « précise et inconditionnelle » : elle s'attache uniquement au critère objectif de la normativité.

En fin de compte, deux éléments distinguent profondément l'attitude du juge face aux normes communautaires ou internationales. D'une part, le critère subjectif de l'objet individuel ou interétatique. D'autre part, l'opposition entre les deux corps de règles dans la pratique jurisprudentielle réside surtout dans l'existence ou non d'une présomption d'effet direct. Celle-ci est une réalité pour le droit communautaire, certainement ; pour le droit international, il semble que cela relève d'un vœu pieux : celui de R. Abraham en 1997, pourtant toujours de mise aujourd'hui.

b. Des évolutions possibles ?

Entre une jurisprudence sibylline, un traitement inéquitable des normes internationales par rapport aux normes constitutionnelles ou communautaires, une sémantique importée ou incompréhensible, les apories de l'effet direct incitent à proposer des évolutions, tant dans l'utilisation des deux critères que des méthodes employées pour les vérifier. Deux voies, toute aussi intéressante l'une que l'autre, sont théoriquement ouvertes.

La première consiste à éliminer l'un des deux critères exigés pour reconnaître l'effet direct. Cependant, reste à savoir lequel, car les propositions paraissent divergentes. Ainsi, l'objectif de R. Abraham était de faciliter l'invocabilité des normes vagues, à l'instar des règles générales de droit interne. Il incitait à reconnaître l'invocabilité d'une norme internationale lorsque son objet concerne les individus, malgré la généralité des obligations énoncées. Il invitait également le juge à aligner le régime de l'invocabilité des traités sur celui des directives dénuées d'effet direct, afin de leur reconnaître ainsi une invocabilité secondaire d'exclusion ou de réparation. En revanche, la critique de H. Tigroudja propose l'inverse. Réfutant toute fiabilité au critère de l'objet, qu'elle juge trop subjectif, elle appelle à ne conserver que le critère de la précision de la norme. C'est en effet certainement celui qui

produit les résultats les plus incohérents : il est bien difficile d'affirmer qu'un traité concerne exclusivement les Etats sans jamais pouvoir produire des effets sur les individus. Le dilemme se résume ainsi à la question suivante : faut-il reconnaître l'invocabilité d'une norme soi-disant interétatique, ou celle d'une norme imprécise ? Peut-être une solution intermédiaire réside-t-elle non dans l'abandon d'un critère, mais dans l'évolution de la méthode employée.

Ainsi, la seconde voie consisterait à réfléchir à l'existence véritable d'une présomption d'effet direct, car la preuve de celui-ci serait ainsi facilitée. Jusqu'à présent, l'on estime qu'une norme dotée d'effet direct doit réunir les deux conditions de l'objet et de la précision : dans l'affaire GISTI de 1997, la convention invoquée sans succès possédait un objet destiné à l'individu mais n'était pas suffisamment précise. On peut replacer la problématique dans le contexte d'une présomption d'effet direct : il s'agit d'une présomption actuellement facilement renversable, soit au regard de l'objet, qui ne concerne pas les individus, soit au regard du manque de normativité. Renforcer la présomption d'effet direct peut être un objectif alternatif à la dissociation envisagée. Cela signifierait qu'il faudrait que les deux critères de l'objet et de la précision soient réunis, non pas pour prouver l'effet direct, mais pour prouver l'absence d'effet direct. Une norme internationale serait alors dénuée d'effet direct à la double condition qu'elle s'adresse seulement aux Etats **et aussi** qu'elle soit trop imprécise pour être applicable. A l'inverse, une norme internationale pourra être considérée d'effet direct si elle concerne les individus, **ou** si elle est complète. Cependant, l'idée même d'une présomption d'effet direct du droit international divise encore la doctrine internationaliste. R. Abraham affirmait qu'elle existe. Une décennie plus tard, ses propositions n'ont toujours pas été suivies, mais cela n'empêche nullement les rapporteurs publics de rappeler l'argument (conclusions Y. Aguila sur CE, *Cne de Groslay*, 6 juin 2007, *AJDA* 2007 p. 1527).

Par conséquent, une évolution serait souhaitable, qui aurait pour effet de réconcilier un contentieux objectif avec un droit individuel à la légalité, ainsi qu'un droit au juge qui s'élargit. Elle permettrait de réduire les conditions d'invocabilité à ce qui est nécessaire en termes de qualité et d'intérêt pour agir.

§2. Bilan du choix des juges : une prise en compte relative des droits internationaux

Un bilan complet des normes internationales invocables devant le juge administratif serait non seulement fastidieux mais inutile, car il s'agit surtout d'en dresser un panorama général afin de comprendre si le droit international est une source *effective* de droits. On peut ainsi constater que cette invocabilité est très variable selon les sources formelles du droit international, les traités étant naturellement privilégiés (A). Par ailleurs, si l'on adopte une approche matérielle, on constate que si le juge reconnaît que le droit international octroie des droits invocables aux particuliers, en s'appuyant sur l'objet des normes, c'est avant tout et logiquement en matière de droits fondamentaux (B).

A. Une invocabilité variable selon les sources

Les normes conventionnelles font l'objet d'une invocabilité nettement accrue depuis 1997, que ce soit devant le juge administratif ou le juge judiciaire. La conceptualisation de la notion d'effet direct, même difficile, y est pour beaucoup. La méthode d'identification, disposition par disposition, a probablement également contribué au phénomène. On peut ainsi rappeler que si le Conseil d'Etat la pratiquait déjà, ce n'est qu'en 2005 que la Cour de cassation a cessé de rejeter en bloc l'effet direct de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE), par son arrêt Washington (Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Washington*, *JCP G*, 2005, II, 10115, p. 1576, concl. C. Petit et note C. Chabert). Celui-ci a mis fin à la

jurisprudence *Lejeune* (civ.1ère, 10 mars 1993), qui rejetait en bloc l'effet direct de la Convention, sur le critère subjectif de l'intention des parties de ne pas créer des droits subjectifs. Certains « amis de la Cour » souhaiteraient aujourd'hui qu'elle reconnaisse l'effet direct de la convention dans son ensemble. Ce n'est pas forcément souhaitable en termes de précision de l'analyse ; ce n'est certainement pas d'actualité, ni au Conseil d'Etat, ni à la Cour de Cassation. En effet, elle a rejeté sans même l'évoquer cette possibilité à l'occasion de deux arrêts fort laconiques d'Assemblée plénière du 3 juin 2011, relatifs aux droits des enfants étrangers.

Ainsi, les traités les plus souvent invoqués avec succès sont les conventions multilatérales de protection des droits de l'homme, telles que la ConvEDH, le pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) ou la CIDE. Pourtant, c'est toujours avec pointillisme, et seulement sur certaines dispositions, que la jurisprudence accepte l'effet direct. La ConvEDH est désormais si abondamment appliquée et invoquée qu'elle mériterait qu'on lui attribue un chapitre entier. La CIDE, quant à elle, est très souvent invoquée mais bien plus rarement avec succès. Dès l'arrêt *GISTI* de 1997, le Conseil d'Etat affirmait l'absence d'effet direct de bon nombres de dispositions dont la précision semble pourtant supérieure à celle de l'article 3 (relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant) qui fit l'objet des positions contradictoires des juges avant le ralliement du juge judiciaire en 2005. En définitive, seuls deux articles sont appliqués aux individus par le juge administratif : l'article 3, depuis l'arrêt *Cinar* (CE, 22 sept. 1997, *Cinar*), qui opère un revirement par rapport à deux arrêts de 1993, ainsi que l'article 16, depuis l'arrêt *Dermipence* du 10 mars 1995 (Note Y. Benhamou, *Dalloz* 1995, p. 617-618).

Le droit de l'environnement, avec la Convention d'Aarhus, est pris en compte également, de manière bien plus récente. Ainsi, l'article 6 dans ses paragraphes 2 et 3 est d'effet direct depuis 2006, en raison de son libellé, mais pas son paragraphe 4, ni les articles 7 à 9 invoqués (CE réf. 9 mai 2006, *Fédération transpyrénéenne des éleveurs de montagne*). A cet égard, l'arrêt *Commune de Groslay* et les conclusions de Y. Aguila sont à remarquer : si l'arrêt ne signe aucune évolution sur l'applicabilité directe du traité, les conclusions critiquaient le recours excessif du juge au critère rédactionnel. Il avouait sa perplexité, sans pour autant proposer de changement : « A vrai dire, nous nous demandons si une certaine évolution de votre jurisprudence ne vous a pas conduit à oublier la mise en garde du commissaire du gouvernement dans l'affaire *GISTI* et à vous en tenir, le plus souvent, au simple critère rédactionnel - qui est, il est vrai, le plus simple à manier. Un réexamen de cette jurisprudence, par exemple au sujet de la convention d'Aarhus - qui se prêterait bien à cet exercice à la fois par son importance en droit de l'environnement, et par la diversité de ses stipulations - pourrait être envisageable ».

Il est impossible de répertorier ici l'ensemble des conventions invoquées devant les juridictions nationales. Une liste considérable de conventions multilatérales peuvent comporter des dispositions d'effet direct. Il en va ainsi, par exemple, des conventions sur la protection de la propriété intellectuelle de 1883, sur la protection du patrimoine culturel, ou encore de la Convention de Chicago sur l'aviation civile internationale de 1944, des conventions de l'OIT, etc. De plus, les conventions en matière de coopération judiciaire et d'extradition, ou d'assistance administrative mutuelle en matière de fiscalité, sont également souvent invocables. Il n'est pas toujours évident de distinguer si les raisonnements des juges recourent à la notion d'effet direct ou si une invocabilité plus limitée aux fins d'interprétation ou de réparation est à l'œuvre. Les conventions bilatérales sont celles qui sont invoquées le plus souvent. Leur objet porte notamment sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des étrangers, sur le droit de la sécurité sociale ou sur les double impositions. Les accords de coopération, qu'elle soit culturelle, économique, ou judiciaire, concernent également directement les particuliers. On peut ainsi rappeler que l'arrêt *GISTI* de 1990 avait conclu sans

difficulté à l'invocabilité d'un accord franco-algérien de 1968 relatif aux conditions de circulation, d'emploi et de séjour des ressortissants algériens en France. En revanche, dans l'affaire Bouilliez de 1993, le juge avait conclu au rejet de l'invocabilité d'une convention franco-autrichienne d'entraide judiciaire de 1979.

A l'inverse, le droit humanitaire issu des conventions de Genève « reste pour certains tribunaux internes sinon un droit d'extraterritorialité, du moins un droit purement étatique » (E. David, « Le droit international humanitaire devant les juridictions nationales », in J.F. Flauss (sous la dir. de), *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 135-175). Cela ne manque pas de surprendre si l'on prend le temps de lire ces Conventions.

Si l'on se penche maintenant sur le droit international non écrit, son invocabilité reste exceptionnelle. On comprend la réserve des juridictions françaises quant à l'applicabilité de la coutume : la volonté des parties est logiquement introuvable, les normes coutumières sont imprécises, et leur date d'entrée en vigueur non définie. Présente surtout devant la Cour de cassation, elle est devenue peu à peu invocable, mais de manière limitée : elle empêche l'application du droit national si une règle d'immunité intervient. Cependant, « *on ne saurait, à l'appui de poursuites, invoquer une coutume internationale qui, si elle peut, le cas échéant, guider l'interprétation d'une convention, ne peut, en tout état de cause, pallier son absence pour créer, ab initio, une incrimination* » (C.Cass., 17 juin 2003, *Aussaresses*, note F. Poirat, *RGDIP* 2004-3, p. 754.). Au Conseil d'Etat, les arrêts Aquarone et Paulin ont reconnu l'invocabilité du droit international non écrit, mais limité sa portée en refusant sa primauté sur la loi.

Pour terminer, le domaine des actes unilatéraux internationaux est probablement à la fois le plus limité en termes d'invocabilité et le plus susceptible d'évolution. D'abord, en raison des réacheminements normatifs mentionnés plus haut, le juge n'est que rarement confronté directement aux décisions des organisations internationales universelles. Ensuite, la doctrine des actes de gouvernement est encore présente en ce domaine (M. Kdhir, « La théorie de l'acte de gouvernement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat relative aux relations internationales de la France à l'épreuve du droit international », *JDI* 2003-4, pp. 1059-1083). Enfin, là encore, la Cour de cassation se montre plus réceptive que le Conseil d'Etat : celui-ci considère que les normes émises par l'organisation de l'aviation civile internationale (OACI) sont de « simples recommandations s'adressant aux Etats » (CE 20 novembre 1981, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*. Cette jurisprudence constante a été reprise par CE 7 octobre 1998, *Larquetoux*), tandis que la Cour de cassation les rattache à un régime conventionnel (Cass, 8 novembre 1963, *Administration des douanes c. Schreiber*). La problématique de l'invocabilité des résolutions du Conseil de sécurité, apparue avec acuité à partir de 1995, révèle ces mêmes divergences entre un Conseil d'Etat refusant de porter un regard sur le bien-fondé des résolutions onusiennes et une Cour de cassation n'hésitant pas à leur faire produire des effets. De nombreuses décisions des deux juridictions l'attestent. Le résultat d'ensemble est donc mitigé, partagé, confus. Il n'en reste pas moins encourageant pour l'application interne du droit international.

B. Une invocabilité variable selon les normes

Il est flagrant de constater que deux ensembles indissociables de normes font l'objet d'une considération particulière par le Conseil d'Etat. Il s'agit avant tout du domaine des droits de l'homme, pour lequel il faut reconnaître un traitement bien différent selon la nature du droit en cause, selon sa « génération ». Il s'agit également du droit européen des droits de

l'homme, particulièrement accepté par les juges, non seulement en raison de son objet, mais surtout de son origine.

En premier lieu, les traités internationaux de protection des droits de l'homme déjà mentionnés sont beaucoup invoqués : or, si les normes de garantie des droits civils et politiques sont généralement invocables, tel n'est pas (encore) le cas pour les droits économiques et sociaux dits de seconde génération. L'effet direct du PIDESC, notamment, est quasiment nul. Le Conseil d'Etat, confronté plusieurs fois à ses dispositions, a toujours rejeté leur invocabilité. Il a ainsi exclu l'invocabilité des articles 2, 9 et 10 du PIDESC au motif qu'ils « ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoqués ... » (Concl. C. Maugué sous CE 5 mars 1999 *Rouquette*, *RFDA* 1999, p. 358. Egalement CE ord., *Aides, Gisti et a*, 21 octobre 2005, no. n°285577). Or, les formulations, notamment de l'article 2, ne sont pas si différentes de celles du PICDP, mais leur environnement est différent ; la juridiction procède ainsi à une lecture bien différente des deux traités. C'est ainsi par une interprétation impressionniste de l'ensemble des articles invoqués que le commissaire avait conclu à l'absence d'effet direct. En outre, on peut souligner que dans la même affaire, d'autres droits sociaux ont également été invoqués par les requérants et niés par le juge. Il s'agit de deux articles du Code européen de la sécurité sociale de 1964, relatifs aux paiement de prestation sociale. Ils peuvent être objectivement considérés comme plus précis que les précédents (notamment l'article 45). Ici, selon un raisonnement ambigu du commissaire de gouvernement, « *les termes ainsi utilisés montrent que ces stipulations confèrent directement des droits au profit des particuliers, mais que ces droits, pour être effectifs, supposent l'intervention d'une mise en œuvre législative* » (Concl. C. Maugué, *op.cit.*, p. 361). Un autre traité, régulièrement invoqué, connaît le même sort : il s'agit de la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996. En France, on peut constater un refus généralisé du juge administratif sur l'ensemble des clauses qui ont pu être invoquées. Ainsi, en 1984, le Conseil d'Etat a refusé l'invocabilité de l'article 4.4, relatif au droit du travailleur à un délai de préavis raisonnable avant la cessation d'un emploi (CE 20 avril 1984 *Melles Valton et Crepeaux*).

La raison de cette absence d'équité peut s'expliquer en ce que les traités diffèrent par leur esprit, si ce n'est par leur lettre. Par ailleurs, on ne peut que constater que les traités semblent mieux respectés par les juridictions internes lorsqu'un organe international de contrôle du traité existe, qui peut statuer sur les violations étatiques des engagements pris. Le PIDCP possède son organe de contrôle, le PIDESC n'en avait pas. Cette inégalité de traitement pourrait bien évoluer. Ainsi, dans une décision remarquée du 16 décembre 2008, la Cour de cassation admit l'applicabilité directe de l'article 6.1 du PIDESC, qui dispose que « les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit (Cass, 16 décembre 2008, *Eichenlaub c. Axia France*). Surtout, la Cour a soulevé d'office ce moyen, contrairement à son habitude et à celle du Conseil d'Etat. Par ailleurs, on ne peut que souligner qu'un protocole facultatif au PIDESC venait juste d'être adopté, le 10 décembre 2008, destiné à mettre en place un comité de contrôle équivalent à celui du premier Pacte. En revanche, l'applicabilité directe des conventions de l'OIT devant les juridictions nationales ne pose aucun problème. Ainsi, elles semblent être à la fois destinées aux particuliers et de nature précise et complète. L'arrêt *GISTI* de 1997, par exemple, impliquait ainsi la Convention 118 du 28 juin 1962, relative à l'égalité de traitement des nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale. Or, le commissaire de gouvernement, ayant posé les premiers jalons de la notion d'effet direct, ne pose même pas la question pour cette convention. Or, elles identifient pourtant des droits pour les travailleurs, que l'on peut classer

dans la catégorie des droits économiques. Malgré tout, ces conventions ne sont pas considérées comme appartenant aux traités de protection des droits de l'homme.

En second lieu, on peut aisément constater qu'au sein de l'ensemble des droits de l'homme, la Convention européenne possède un statut bien particulier. Dans les articles 2 de la CIDE et du PIDCP, "les États parties s'engagent à respecter les droits énoncés...". Dans l'article 1^{er} de la CEDH, "les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits...". En outre, chacun de ces traités comporte des dispositions dont le degré de précision varie considérablement. Dès lors, la différence de traitement que reçoivent les instruments universels est difficilement justifiable juridiquement. Or, là aussi, l'existence d'un organe international de contrôle est déterminante. Bon nombre des dispositions de la ConvEDH ne sont pas rédigées de manière plus précise et complète que les autres traités. Cependant, la pression subie par la France et ses organes juridictionnels du fait de l'existence de la CEDH est incomparable avec la situation des autres traités. Ayant affirmé à maintes reprises qu'il existe un ordre public européen, la Cour a su convaincre de l'autorité de ses arrêts. Ainsi, en ce qui concerne le droit de la Convention européenne, ce n'est plus dans les seuls « rapports » de système qu'il faut identifier la raison de son applicabilité directe, mais dans la véritable interdépendance des juridictions et du célèbre « dialogue des juges ».

Eléments Bibliographiques

Hormis les références incontournables mentionnées par Marie Gautier au chapitre consacré au droit communautaire, et les chroniques consacrées au droit international et droit administratif (*RFDA et RGDIP*), on peut utilement consulter les références qui suivent. On peut également très utilement consulter le site <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/>, notamment en ce qui concerne l'invocabilité de droits d'origine extérieure devant les juridictions françaises.

- R. Abraham, « L'applicabilité du droit de la Charte dans les ordres juridiques internes : le cas français », in J.P. Cot, A. Pellet, M. Forteau, *La Charte des Nations-Unies, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, pp. 69-81.
- Alland D., « La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997-4 et « L'applicabilité directe du droit international considérée du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame », *RGDIP* 1998, p.203-244.
- Berramdane A., « *la hiérarchie des droits - droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, 2002, 272 p.
- Costa J.-P., *Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif*, Répertoire contentieux administratif Dalloz, 2002.
- Da Cruz Rodriguez J., « Rapport général - L'application du droit international par le juge administratif », in AIHJA, *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives*, La documentation Française, 2000.
- Dupuy P.M.(dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Paris, Ed.Panthéon-Assas, 2001, 128 p.
- Eisemann P.M.(dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique interne, étude de la pratique en Europe*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer, 1996, 587 p.
- Kelsen H., « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP* 1936, pp. 5-49.

- Petrovic D., *L'effet direct des accords internationaux dans la Communauté Européenne : à la recherche d'un concept*, Paris, PUF 2000, 304 p.
- Picard E., *droit international et contentieux administratif*, Répertoire Contentieux administratif Dalloz, 2008.
- Poirat F., « Les résolutions du Conseil de sécurité devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : variations sur un même thème », *RGDIP* 2000, pp. 541-558.
- Tigroudja H., « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA* 2003-1, pp. 154-168.
- Verhoeven J., « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI* 1980-2, pp. 243-264.

VERSION AUTEUR