



HAL
open science

Les méthodes d'intégration du droit international en droits internes

Bérangère Taxil

► **To cite this version:**

Bérangère Taxil. Les méthodes d'intégration du droit international en droits internes. Internationalisation de la justice - Internationalisation du droit, Association des Hautes Juridictions de Cassation des Pays ayant en partage l'usage du Français; Organisation internationale de la Francophonie; Cour Suprême du Canada, Jun 2010, Ottawa, Canada. hal-04869682

HAL Id: hal-04869682

<https://hal.science/hal-04869682v1>

Submitted on 7 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

METHODES D'INTEGRATION DU DROIT INTERNATIONAL EN DROITS INTERNES

Bérangère TAXIL¹

La « méthode » est un « ensemble ordonné de manière **logique** de principes, de règles, d'étapes permettant de parvenir à un résultat »² : en ce sens, il n'est pas certain que l'on puisse réellement identifier de méthodes cohérentes et catégorisées en matière d'intégration par les Etats du droit international dans leur propre système. La diversité et le pragmatisme règnent. En effet, le droit international n'impose aucune obligation (ni méthode) en la matière aux Etats, si ce n'est celle d'exécuter leurs engagements de bonne foi : celle-ci peut alors *de fait* conduire à l'insertion ou la transposition des normes internationales dans l'ordre juridique interne, notamment lorsque les individus sont concernés par la règle internationale. Cela étant, la grande diversité n'empêche nullement de parcourir les différentes techniques dites « d'intégration », destinées à faire produire des effets juridiques complets à une norme internationale dans un ordre juridique étatique. Pour cela, les étapes consistent à suivre le chemin de cette norme jusqu'à sa destination ultime : il ne suffit pas de constater que la ratification rend un traité obligatoire dans ses relations réciproques avec les autres Etats parties ; encore faut-il qu'il s'applique de manière réelle, effective, au sein de l'Etat, car tel est le résultat recherché par « l'intégration ». Celle-ci consiste en effet non seulement à faire entrer une norme (internationale) dans un ensemble (interne), mais également à lui donner pleinement effet. La sémantique illustre bien ce constat de la variété des choix étatiques, puisqu'il est courant d'utiliser de manière quasi-indifférente les termes d'intégration, incorporation, exécution, application, ou encore adaptation.

Une analyse complète de la question nécessite de cumuler au moins deux démarches méthodologiques, consistant à débiter le chemin aux côtés du droit international, puis à le poursuivre en droit interne. En premier lieu, il faut procéder à une étude par catégories de sources du droit international : traités, coutumes et actes unilatéraux internationaux ne sont pas incorporés selon les mêmes voies (on ne ratifie pas la coutume !). En second lieu, une intégration complète du droit international s'effectue en plusieurs étapes de franchissement de l'écran de la souveraineté étatique : la validité et la valeur de la norme internationale dépendent des choix constitutionnels, mais également de ceux du législateur, et enfin des juges.

D'abord, les règles constitutionnelles posent les options générales, présentées classiquement à travers l'opposition entre monisme et dualisme : cela sous-entend qu'il y aurait deux grandes méthodes. En réalité, non. Si les logiques de rapports de systèmes diffèrent, les effets du droit international peuvent finalement être semblables, qu'il s'agisse d'une simple « insertion » (méthode moniste) ou d'une « réception » avec adoption de mesures internes complémentaires (méthode dualiste). Ainsi, quel que soit le système, les autorités politiques (législatives, réglementaires, ou même administratives), interviennent ensuite pour promulguer, exécuter, transposer, ou compléter, en bref pour rendre applicables les règles internationales. Enfin, le rôle du juge, en tant qu'autorité d'application du droit, ne doit pas être sous-estimé : il

¹ Professeur de droit international à l'Université d'Angers, Chercheur au CERDIN-Paris 1-Panthéon-Sorbonne.

² Selon le dictionnaire Larousse.

interprète le sens et la valeur du droit international, surtout dans l'hypothèse où les pouvoirs précédents ne sont pas intervenus. Son rôle d'intégration du droit international est d'autant plus important lorsqu'il appartient à une famille de *common law*.

Les méthodes d'intégration des normes internationales en droit interne contribuent-elles à l'internationalisation du droit interne de manière progressive ? La réponse est indéniablement positive : depuis le début des années 1990, au regard des règles comme des pratiques, les grandes évolutions des rapports de systèmes permettent de le constater. Ainsi, l'étude comparée des droits constitutionnels révèle une évolution frappante vers une prise en compte accrue du droit international. Les Etats disposent quasiment tous aujourd'hui de règles constitutionnelles déterminant la place de ce droit, avec davantage de précision qu'auparavant ³(I). Cependant, les résistances des Etats à la pression du droit international persistent : la « nationalisation » du droit international, autrefois spécifique au dualisme, tend à se généraliser. Ainsi, quelle que soit la règle constitutionnelle, loin des doctrines systémiques, la pratique est à la retranscription législative du droit international, parfois de manière tardive et/ou partielle (II). En effet, le rôle du pouvoir législatif est de légitimer autant que légaliser une norme produite par des autorités extérieures. Dès lors, l'intégration du droit international relève bien plus de l'opportunité politique que de logiques juridiques. Enfin, l'effort judiciaire d'application et d'interprétation du droit international, plus ou moins contraint, illustre encore l'absence d'une véritable méthodologie, au profit d'une approche casuistique complexe mais probablement inévitable (III).

I. L'internationalisation croissante des principes directeurs : méthodes constitutionnelles d'intégration

Le vaste mouvement de réformes constitutionnelles depuis le début des années 1990 appartient pleinement à la mondialisation juridique : les frontières entre ordres juridiques nationaux et ordre international sont davantage perméables. Plusieurs facteurs l'expliquent : d'une part, la fin du bloc communiste et les transitions démocratiques (en Amérique Latine et en Europe de l'Est, surtout) ont entraîné une attitude plus réceptive de nombreux Etats à l'égard du droit international. D'autre part, les processus d'intégration régionale et l'apparition de nouvelles organisations internationales accentuent la présence de normes supra-nationales pesant sur le droit interne. Enfin, le nombre croissant de vastes conventions multilatérales ayant des effets sur les individus imposent des modifications internes conséquentes (que l'on songe à la Convention d'Ottawa sur les mines anti-personnel en 1997, ou au traité établissant la Cour pénale internationale (CPI) en 1998, ou encore la Convention sur les disparitions forcées en 2006).

³ Pourtant, certaines exceptions demeurent, et quelques constitutions écrites restent largement silencieuses sur le thème du droit international : Australie (Constitution du 9 juillet 1900), Brésil (Constitution du 5 octobre 1988), Canada (lois constitutionnelles de 1987 et 1982), Chili (Décret suprême du 24 octobre 1980), Israël (ensemble de 11 lois fondamentales adoptées entre 1958 et 2001), Japon - Constitution du 3 novembre 1946- (et de nombreux pays d'Asie et du Moyen-Orient), Nouvelle-Zélande (non-codifiée, composée d'un ensemble de textes et principes). Lesdites constitutions ne font que répartir la procédure de ratification des traités entre les pouvoirs nationaux, sans déterminer les règles de validité interne du droit international. Ce sont généralement des Etats de tradition dualiste, laissant *de fait* au législateur, si ce n'est au juge, la tâche de délimiter les moyens et le degré d'intégration de ce droit.

Deux constats peuvent être effectués à la lecture des constitutions révisées : celui d'une immense disparité des méthodes constitutionnelles d'intégration du droit international (A), mais aussi celui d'une plus grande précision (B).

A. Disparité des méthodes selon les sources de droit international

Les règles constitutionnelles déterminent tant la validité interne que la valeur hiérarchique des différentes normes internationales. Elles font une large part aux traités, compte tenu des exigences habituelles de ratification (1). La coutume est plus souvent négligée, surtout par les Etats de tradition civiliste privilégiant le droit écrit (2). Quant aux actes unilatéraux internationaux, leur mention dans les textes fondamentaux commence à apparaître de manière plus significative (3).

1. Insertion ou réception des traités : monisme et dualisme

Au stade de cette première étape constitutionnelle, il faut distinguer les systèmes monistes et dualistes.

Dans les premiers, la méthode est celle de l'insertion dite « automatique » : plusieurs modalités formelles existent, tenant compte de la répartition interne des compétences internationales. Ici, les clauses constitutionnelles courantes affirment que le droit international appartient à l'ordre juridique interne et lui confèrent souvent une primauté, relative, avec un rang généralement supra-légal⁴. Ces deux mentions peuvent figurer de manière implicite dans un seul article, ou plus expressément dans plusieurs articles constitutionnels. Les modalités procédurales, quant à elle, impliquent la ratification ou signature du traité par les autorités politiques compétentes, puis sa publication : alors, le traité devient valide et opposable aux autorités dans l'ordre juridique interne⁵. La ratification des traités les plus importants doit souvent être autorisée par le pouvoir législatif, comme en France⁶. Plus récemment, une tendance (encore rare) est à la précision des conditions d'application des traités : certaines constitutions affirment une présomption d'applicabilité directe des traités et/ou confèrent compétence aux juges nationaux pour connaître des réclamations fondées sur des traités⁷.

⁴ Il faut mentionner la spécificité des Etats fédéraux dont les règles hiérarchiques varient en conséquence de la superposition entre les ordres juridiques internes. Le droit international peut alors posséder une valeur supérieure au droit des Etats fédérés, mais inférieure ou égale aux lois fédérales. Tel est le cas, par exemple, du système américain. L'article 6.2 de la Constitution américaine du 17 septembre 1787 place en effet sur un pied d'égalité la constitution, les lois fédérales et les traités : « *la présente Constitution, et les lois des Etats-Unis qui seront prises pour son application, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays, et les juges de chaque Etat seront liés par eux, nonobstant toute disposition contraire des Constitutions ou des lois de l'un quelconque des Etats* ».

⁵ Pour une liste exemplative, on peut voir : Bulgarie (Constitution du 12 juillet 1991, article 5.4), Colombie (Constitution du 5 juillet 1991, articles 53 et 93 portant respectivement sur les conventions internationales du travail et les traités de protection des droits de l'homme), Equateur (Constitution du 10 août 1998, article 163), Espagne (Constitution du 27 décembre 1978, article 96), France - Constitution du 4 octobre 1958, article 55 - (et de nombreux pays d'Afrique francophone dotés de dispositions similaires), Grèce (Constitution du 11 juin 1975, article 28), Macédoine (Constitution du 17 novembre 1991, article 118), Pérou (Constitution du 31 décembre 1993, article 55), Portugal (Constitution du 2 avril 1976, article 8.2), Roumanie (Constitution du 8 décembre 1991, article 11), Russie (Constitution du 12 décembre 1993, article 15.4).

⁶ L'autorisation parlementaire préalable ne présente aucun contenu normatif : n'étant qu'une simple autorisation conférée à l'exécutif, elle n'emporte aucune conséquence sur la validité ou le contenu du traité.

⁷ Pour exemple, on peut mentionner les constitutions des Etats suivants : Albanie (Constitution du 4 août 1998, article 126.1), Pays-Bas (Constitution du 17 février 1983, article 93), Pologne (Constitution du 17 octobre 1997, article 91.1),

Dans les systèmes dualistes, en revanche, la technique employée est celle de la réception, terme employé par la doctrine depuis Anzilotti. Elle implique l'adoption de mesures internes d'exécution, voire de transformation, du traité⁸. En l'absence de procédure simplifiée d'insertion automatique, plusieurs techniques d'intégration du traité coexistent, selon les cas. On distingue alors l'engagement international de l'Etat (par la ratification) et la validité interne du traité, qui lui est généralement conférée par le pouvoir législatif. Le traité ne produit pas d'effets internes avant d'avoir été repris par une loi. Les clauses constitutionnelles dualistes relatives aux traités sont, la plupart du temps, sommaires et peu claires. Il peut être mentionnée que les traités entrent en vigueur par le biais d'un acte législatif ou réglementaire, sans préciser quel est l'objet et le contenu de la règle interne⁹. Beaucoup plus rarement, il peut être clairement énoncé qu'aucun accord international ne fait partie du droit interne sans intervention parlementaire¹⁰. Dans tous les cas, l'organe législatif doit donner son aval démocratique à un traité conclu par le pouvoir exécutif. Si ce n'est lors de la ratification du traité, ce sera lors de son incorporation au droit interne¹¹. Cela conduit à distinguer autorisation de ratification et approbation interne du traité. Les textes constitutionnels ne précisant alors pas quel doit être le contenu de la loi ou des « mesures de mise en œuvre nécessaires »¹², c'est au législateur que revient le soin de préciser les différentes techniques.

Par ailleurs, on peut constater que de nombreux Etats pratiquent les méthodes dualistes sans que la Constitution ne leur impose : dans des pays de tradition de *common law*, il revient souvent au juge de déterminer certaines règles fondamentales, dont la place du droit international, comme tel est le cas au Canada¹³. Il s'agit alors davantage d'une pratique constitutionnelle que d'une exigence textuelle.

La différence essentielle entre les deux types de techniques réside dans la valeur hiérarchique qui sera conférée au traité : lorsque celui-ci est intégré par la voie dualiste, il acquiert la valeur de l'acte interne de réception, le plus souvent une loi.

2. La coutume internationale dans les dispositions constitutionnelles

Suisse (Constitution du 18 avril 1999, article 189). L'article 6.2 de la Constitution américaine (des dispositions semblables figurent dans les textes du Mexique et de l'Argentine) peut également être cité ici : l'obligation faite au juge d'appliquer les normes conventionnelles internationales n'implique pourtant pas, en réalité, qu'elles soient directement applicables (c'est-à-dire invocables par des particuliers). Voir *infra*, III.

⁸ Parmi les Etats expressément dualistes pour l'intégration des traités, on peut classiquement mentionner l'Allemagne, l'Autriche, l'Irlande et le Royaume-Uni, ou encore les pays scandinaves.

⁹ Finlande, Constitution du 11 juin 1999, article 95.1 : « *The provision of treaties and other international obligations, in so far as they are of a legislative nature, are brought into force by an Act. Otherwise, international obligations are brought into force by a Decree issued by the President of the Republic* ».

¹⁰ Irlande, Constitution du 1er juillet 1937, article 29.6 : « *No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas* ».

¹¹ Par exemple, le système britannique ne connaît pas le mécanisme de l'autorisation parlementaire préalable de ratification.

¹² Autriche, Constitution du 1er juillet 1983, article 16.1 : « *The States are bound to take measures which become necessary within their autonomous sphere of competence for the implementation of international treaties. (...)* ».

¹³ Une fois conclu et ratifié, le traité international n'aura d'effet dans l'ordre juridique interne que lors de sa mise en œuvre par un acte législatif (*Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, p. 621; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69).

Voir A. De Mestral et E. Fox-Decent, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law » (2008) 53 *R.D. McGill* 57, p. 617-625. Les auteurs constatent le silence des règles constitutionnelles comme législatives guidant l'application du droit international, tâche laissée au juge. Ils proposent notamment qu'une loi sur les traités soit adoptée, déterminant des méthodes de mise en œuvre du droit international.

Le droit international non écrit fait l'objet d'un nombre réduit de méthodes constitutionnelles d'intégration, de par sa nature même. Aux côtés d'une immense majorité silencieuse (les pays de tradition écrite), on peut néanmoins relever quelques dispositions. La distinction entre monisme et dualisme est largement inopérante ici, dès lors que la coutume ne se prête guère aux techniques dualistes de transposition. Dès lors, de nombreux Etats adoptent une approche dualiste des traités, mais moniste à l'égard de la coutume (elle acquiert donc une validité automatique et peut parfois bénéficier d'une primauté relative) : tel est le cas pour l'Italie, ou l'Allemagne ¹⁴. En revanche, ici les oppositions entre pays de *common law* et de *civil law* sont pertinentes. En effet, la règle traditionnelle de *common law* affirmant que « international law is part of the law of our land » s'applique. Cependant, si de nombreux Etats s'engagent à respecter la coutume, sa place en droit interne est ambiguë. Néanmoins on peut distinguer trois attitudes générales à son égard, de la plus restrictive à la plus réceptive.

Le premier type de dispositions est aussi le plus elliptique : il consiste simplement en un engagement de principe à respecter les règles de droit international généralement reconnues dans les seules relations extérieures de l'Etat ¹⁵. Cela n'implique pas sa validité interne.

Le second type de clauses n'est guère plus précis : il mentionne que l'ordre juridique interne se conforme aux règles de droit international général, sans indication quant à sa valeur (hiérarchique, surtout) ¹⁶.

Certains Etats sont monistes à l'égard de toutes les sources de droit international et les assimilent : Portugal et Russie, par exemple ¹⁷. De nombreux Etats, parfois dualistes pour les traités, sont expressément monistes pour la coutume, et mentionnent sa validité automatique : tel est le cas en Autriche ¹⁸. Plus exceptionnellement, la Constitution prévoit même la primauté de la coutume : ainsi en va-t-il de l'Allemagne, de la Grèce ¹⁹. Les mêmes principes sont également pratiqués, même en l'absence de texte constitutionnel, dans un certain nombre d'autres Etats, comme au Canada.

3. Les actes unilatéraux internationaux dans les dispositions constitutionnelles

Source de droit international la plus récente, l'acte unilatéral n'est mentionné dans les constitutions que depuis le début des années 1990, sous l'influence conjuguée du droit dérivé des organisations internationales et des résolutions contraignantes du Conseil de sécurité de l'ONU. Rarement prévues, l'insertion et l'application de ce droit unilatéral sont plus que jamais marquées par le pragmatisme le plus total.

¹⁴ Allemagne, (loi fondamentale du 23 mai 1949, article 25 : « les règles générales du droit international public font partie intégrante du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et obligations pour les habitants du territoire fédéral »), Autriche (Constitution du 1er juillet 1983, article 9.1), Irlande (Constitution du 1er juillet 1937, article 29.3), Italie (Constitution du 27 décembre 1947, article 10).

¹⁵ Irlande (article 29.3 : « Ireland accepts the generally recognised principles of international law as its rule of conduct in its relations with other states ») et Roumanie (Constitution du 8 décembre 1991, article 10), par exemple.

¹⁶ France, Italie, Pologne.

¹⁷ Portugal, Constitution du 2 avril 1976 (révisée en 1997), article 8.1. Russie, Constitution du 12 décembre 1993, article 15.4 : « les principes et normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la fédération de Russie sont parties intégrantes de son système juridique ».

¹⁸ Autriche, Constitution du 1er juillet 1983, article 9.1 : « les règles de droit international généralement reconnues font partie intégrante du droit fédéral ».

¹⁹ Grèce, Constitution du 11 juin 1975, article 28. L'article 25 de la loi fondamentale allemande est le plus explicite : v.*supra*, note 14.

En Europe, on souligne fréquemment le caractère unique de la Constitution des Pays-Bas, non seulement en ce qu'elle envisage l'applicabilité directe des traités, mais aussi des actes unilatéraux internationaux²⁰. D'autres textes, d'inspiration plutôt moniste, assimilent largement les actes unilatéraux aux traités : ils ne sont pas ratifiés, bien sûr, mais insérés directement dans l'ordre interne, lorsque cela résulte de la logique de l'organisation internationale elle-même²¹. En revanche, aucun texte dualiste n'envisage la situation interne des actes unilatéraux. Même la très moderne Constitution d'Afrique du Sud de 1996 les ignore, alors même qu'elle est très précise sur les traités²².

Dès lors, pour cette source de droit international, ce n'est pas dans la norme constitutionnelle que se situe la réponse à la question de l'intégration, mais dans la pratique législative et judiciaire.

B. Précision accrue quant à la validité et la valeur du droit international

Au sein d'une même catégorie de source de droit international, il existe certaines distinctions dont tiennent parfois compte les Etats. Ainsi, les traités ne sont pas tous destinés à produire les mêmes effets en droit interne (1). De même, les actes de plus en plus nombreux qui émanent d'organisations régionales d'intégration possèdent une nature spécifique (2).

1. Particularités de certains traités

En premier lieu, les traités relatifs aux droits de l'homme bénéficient parfois d'un traitement constitutionnel particulier. C'est le cas dans plusieurs Etats d'Amérique latine, probablement sous l'influence de la Constitution espagnole. Ainsi, les règles relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées conformément aux accords internationaux portant sur les mêmes matières²³. La valeur supra-légale des traités peut n'être accordée qu'à cette catégorie²⁴. Certains Etats confèrent même un rang para-constitutionnel à ces traités²⁵. Cette attitude fait parfois l'objet de critiques doctrinales. En effet, malgré l'ouverture importante et récente de ces Etats au droit international, la majorité des normes internationales conventionnelles est largement mésestimée. On peut alors déplorer une telle situation : « *sur le*

²⁰ Pays-Bas, Constitution du 17 février 1983, article 93 : « *les dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication* ».

²¹ Portugal (Constitution du 2 avril 1976, article 8.3 : « *les normes émanant des organes compétents des organisations internationales auxquelles le Portugal participe entrent directement dans l'ordre interne, dès lors que cela figure dans leur traité constitutif* »), Pologne (article 91.3), Cap-Vert (Constitution du 4 septembre 1992, article 11.3).

²² Constitution d'Afrique du Sud du 8 mai 1996, articles 231 à 233.

²³ Constitution espagnole, article 10.2 (« *les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières, ratifiés par l'Espagne* »). On peut évoquer l'existence de dispositions équivalentes au Pérou, au Guatemala, en Colombie, au Costa Rica. Pour l'Europe de l'Est, en Roumanie (article 20.1) et Moldavie (article 4).

²⁴ Colombie (article 93), Guatemala (article 46), Roumanie (article 20.2), Slovaquie (Constitution du 3 septembre 1992, article 7.5 : « *Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, les traités internationaux dont l'application n'exige pas une loi, et les traités internationaux qui directement confèrent des droits ou imposent des obligations aux personnes physiques ou morales, et qui sont ratifiés et promulgués selon la procédure fixée par la loi, ont la primauté sur les lois* »).

²⁵ Argentine : Constitution du 22 août 1994, article 75.22, qui présente une liste des différents traités qui entrent en vigueur avec un rang constitutionnel. Venezuela : Constitution du 15 décembre 1999, article 23 : « *les traités, pactes et conventions relatifs aux droits de l'homme qui ont été conclus et ratifiés par le Venezuela ont rang constitutionnel (...)* ».

plan politique, la place prestigieuse accordée aux traités sur les droits de l'homme dans les constitutions de certains Etats nouvellement démocratiques est justifiable et compréhensible. ...Cependant, les répercussions juridiques de cette idée politiquement méritoire sont hélas plutôt négatives” car elle entraîne une “*dégradation relative de la position constitutionnelle des autres traités*”²⁶.

En second lieu, plusieurs textes fondamentaux mentionnent les traités auto-exécutoires, c'est-à-dire ne nécessitant pas de mesures nationales d'application : seuls ceux-ci bénéficieront de la primauté sur la loi²⁷. Ici, la difficulté réside bien sur dans l'interprétation de ce caractère auto-exécutoire, qui n'est jamais mentionné par le traité lui-même : c'est à la loi et aux juges que revient cette mission. Les trois acteurs de l'intégration du droit international, constituant, législateur, juge, doivent ainsi être associés.

2. Particularités du droit dérivé des organisations internationales régionales

On peut souligner les difficultés de certains systèmes dualistes face à l'accroissement quantitatif du nombre d'actes unilatéraux émanant d'organisations d'intégration, reposant sur une logique moniste de primauté et d'effet direct : Italie et Royaume-Uni, par exemple, ont connu plus de difficultés que d'autres Etats européens à s'adapter au droit communautaire émanant de l'Union européenne et au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Des législations spéciales ont du être adoptées, sans pour autant modifier les règles constitutionnelles. D'autres Etats, en revanche, choisissent de faire évoluer leur loi fondamentale pour tenir compte de ce phénomène en pleine extension.

Deux types de clauses constitutionnelles doivent être mentionnés ici. Il s'agit d'abord du phénomène récent des dispositions relatives aux transferts de compétences souveraines aux institutions internationales. Implicitement, elles déterminent l'application du droit dérivé émanant de ces organisations. Courantes en Europe en raison de l'intégration communautaire, elles apparaissent également sur d'autres continents, en Amérique latine par exemple. Il s'agit ensuite, plus rarement, d'une mention expresse affirmant la validité automatique, voire la primauté des actes émanant des organisations internationales d'intégration, lorsque le traité constitutif le prévoit²⁸. Cela nécessite alors une lecture et une interprétation combinées des règles constitutionnelles nationales et du traité établissant l'organisation internationale. C'est ainsi que sont directement applicables les règles issues de l'OHADA et de l'UEMOA sur le continent africain²⁹. La méthode d'intégration est alors des plus automatiques, et ne nécessite

²⁶ J. Malenovski, “Dix ans après la chute du mur : les rapports entre le droit international et le droit interne dans les constitutions des Pays d'Europe Centrale et Orientale (PECO)”, *AFDI* 1999, p. 46.

²⁷ Pays-Bas, article 94 de la Constitution. Les juges belges ont également décidé en ce sens : La Cour de cassation, par un arrêt du 27 mai 1971, *Fromagerie franco-suisse "Le ski"*, a déclaré que “lorsque que le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature du droit international conventionnel”. Voir P.M. Eisemann (sous la dir de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law international, 1996, notamment p. 136.

²⁸ Ainsi, la Constitution du Venezuela du 15 décembre 1999 est très moderne sur ce point, prévoyant intégration directe et primauté des actes en question: son article 153 dispose que “*provisions adopted within the framework of integration agreements shall be regarded as an integral part of the legal order in force, and shall be applicable directly and with priority over internal legislation*”. En Europe, on peut mentionner l'existence de telles dispositions dans les constitutions du Portugal, de la Pologne, et des Pays-Bas.

²⁹ Article 10 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) entré en vigueur en septembre 1995 : « Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».

parfois même pas de publication interne de la décision, dès lors qu'elle est publiée par l'organisation elle-même.

Cependant, pour toutes ces sources de droit international, les principes affirmés par les constitutions sont parfois atténués voire contredits par la pratique. Même lorsque la règle constitutionnelle permet une intégration directe de la norme internationale, celle-ci est néanmoins largement transposée et renationalisée par les législateurs.

II. L'internationalisation mesurée de la pratique étatique : méthodes législatives de transposition

Le législateur dispose d'une grande marge de manœuvre dans l'application des principes constitutionnels à l'égard du droit international³⁰. La transposition législative prend des formes très variables, mais finalement comparables d'un système à l'autre. Son objet est multiple : il s'agit de légitimer politiquement une norme (presque) étrangère, négociée et adoptée par le pouvoir exécutif, la plupart du temps ; de respecter l'obligation étatique d'exécution de ses engagements internationaux ; il s'agit surtout d'adapter l'ordre juridique interne à une norme nouvelle, qui s'inscrit parfois en contradiction avec certaines traditions juridiques nationales. Plus un traité international intervient dans un domaine politiquement sensible, plus les modifications de l'ordre juridique interne seront effectuées *à minima*. La différence réside surtout dans le fait que la méthode de nationalisation est imposée dans les systèmes dualistes, tandis qu'elle est choisie dans les systèmes monistes (A). On peut certainement constater une progression des pratiques de transposition, qui fait l'objet de commentaires divergentes. Quoiqu'il en soit, le résultat produit est similaire : l'intégration du droit international est souvent tardive et partielle (B).

A. Méthodes imposées dans les systèmes dualistes, méthodes choisies dans les systèmes monistes

Plusieurs techniques de transposition existent, qu'il s'agisse de lois de réception, de transposition ou d'adaptation (1). Cependant, on peut constater l'absence de règles déterminant le choix d'une technique en particulier, car ce choix dépend largement de motifs d'opportunité politique (2).

1. Différentes techniques : lois de réception, d'exécution et d'adaptation

L'opération de « nationalisation » ou transformation de la norme internationale en norme interne utilise plusieurs techniques. Imposées par la logique dualiste, celles-ci sont habituelles au Royaume-Uni ou en Italie. Elles sont néanmoins également courantes dans certains Etats monistes, de par la volonté du législateur : celui-ci interprète la règle internationale, dont le faible degré de précision rend parfois nécessaire et inévitable un complément national, aux fins d'exécution. Qu'il s'agisse d'un traité ou d'un acte unilatéral, le droit international écrit subit largement le même traitement.

³⁰ Dès lors que la coutume ne fait pas l'objet de transposition législative, les développements suivants concernent les traités et les actes unilatéraux internationaux.

La première méthode, la plus simple, consiste à voter une loi qui renvoie au texte international et le déclare applicable ; ledit texte est alors reproduit en annexe de la loi. C'est la technique dualiste de « l'ordre d'exécution », qui en réalité ne fait que *réceptionner* l'acte international pour le rendre valide au niveau interne. Cette simple référence au texte du traité ressemble, en pratique, à l'autorisation parlementaire préalable de ratification. Ainsi, la loi française autorisant le Président de la République à ratifier le statut de la CPI contient un article unique : « est autorisée la ratification de la Convention...et dont le texte est annexé à la présente loi »³¹. La chronologie est différente : l'autorisation parlementaire relève de la procédure de conclusion du traité, antérieure à son entrée en vigueur pour l'Etat. En revanche, la doctrine souligne souvent la double fonction de la loi dualiste qui réceptionne le traité : elle est à la fois procédure de conclusion et procédure d'exécution du traité³².

La seconde méthode, en revanche, consiste à reprendre dans la loi la substance normative du traité ou de l'acte unilatéral international, en tout ou en partie. Le terme d'exécution est fort délicat car c'est lui qui prête à confusion. Comme Joe Verhoeven l'explique de façon limpide, *“par "mesure d'exécution", il y a lieu d'entendre des interventions législatives, réglementaires ou administratives destinées à donner concrètement effet à la règle internationale et non des interventions dont le seul objet est d'"introduire" celle-ci dans l'ordre interne de l'autorité saisie, conformément aux exigences propres de son droit constitutionnel”*³³. Ce procédé doit à son tour être dissocié, selon que la loi mentionne expressément le texte international, ou non. On peut alors opérer une distinction en fonction de la nature de l'obligation découlant du traité. En effet, un traité peut mentionner que l'Etat doit « prendre toutes les mesures législatives nécessaires » à son exécution³⁴. Dès lors, l'intervention législative fera expressément mention du contenu du traité. Cependant, il peut arriver que le traité ne précise pas cette obligation : il sera alors plutôt question d'une *adaptation* volontaire du droit national à des obligations substantielles de comportement découlant indirectement du traité, comme tel est fréquemment le cas en droit international pénal. Dans ces deux cas, exécution du traité ou adaptation du droit interne, cette nationalisation du droit international peut conduire à transformer le sens de la norme internationale, ou à ne reprendre qu'une partie des obligations internationales de l'Etat.

2. Absence de règle déterminant le choix de la méthode

La pratique est au cas par cas, selon le contenu plus ou moins précis du traité ou de l'acte unilatéral, selon l'état d'adaptation du droit interne, selon les velléités de nationalisme juridique du législateur. Quelle que soit la règle constitutionnelle d'intégration, les procédures

³¹ Loi No.2000-282 du 30 mars 2000, publiée au J.O du 31 mars.

³² Pour une explication claire de ces deux fonctions, qu'il ne faut pas assimiler, voir T. Treves et M.F di Rattalma "Italie", in P.M.Eisemann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, op.cit., p. 373 : « Il faut souligner, en tout cas, que même si l'autorisation de ratification et l'acte par lequel on donne exécution au traité sont presque toujours contenus dans la même loi, leur nature juridique reste distincte ; cela ressort, entre autres, du fait que, pour l'autorisation de ratification, la loi est toujours nécessaire, alors que pour l'exécution dans l'ordre juridique interne il est parfois suffisant d'avoir recours à des actes de niveau réglementaire ».

³³ J. Verhoeven, "La notion d'applicabilité directe du droit international", *Revue Belge de Droit International*, 1980-2, p. 243.

³⁴ On peut citer par exemple l'article 9 de la récente Convention sur les armes à sous-munitions signée à Oslo en décembre 2008 : « Chaque État partie prend toutes les mesures législatives, réglementaires et autres qui sont appropriées pour mettre en œuvre la présente Convention, y compris l'imposition de sanctions pénales pour prévenir et réprimer toute activité interdite à un État partie en vertu de la présente Convention, qui serait menée par des personnes, ou sur un territoire, sous sa juridiction ou son contrôle ».

d'exécution du droit international écrit se rapprochent : elle peuvent répondre à un motif d'ordre juridique ou à une raison plutôt politique.

Juridiquement, si le législateur considère que la norme internationale est suffisamment précise (donc d'effet direct), le monisme se satisfera de l'autorisation de ratification, tandis que le dualisme utilisera le simple ordre d'exécution. Si le texte n'est pas considéré comme d'application directe, c'est-à-dire qu'il ne se suffit pas à lui-même, des mesures complémentaires d'exécution peuvent alors apparaître nécessaires. Dans les deux cas, le problème est le même : identifier le caractère directement applicable (qui relève principalement de la fonction judiciaire). En effet, les traités sont souvent formulés en termes plutôt vagues et généraux : leur absence de précision ou leur caractère conditionnel peut déstabiliser certains Etats habitués à une normativité des plus précises³⁵. Par nécessité juridique, ils doivent donc faire l'objet de compléments.

Un second motif peut inciter le législateur à adopter des mesures nationales complémentaires, indépendamment du débat sur la nature précise et complète de la norme internationale : celui de l'opportunité politique. Lorsqu'un traité porte sur un domaine politique sensible pour la souveraineté nationale (défense, sécurité, justice pénale), il peut heurter les traditions et principes internes. Tel est le cas lorsque le droit international incite, voire impose aux Etats de passer outre les immunités des chefs d'Etat pour réprimer des crimes graves de droit international. Dès lors, le législateur va se réapproprié le contenu du traité pour l'adapter au contexte national, quitte à ne pas en respecter fidèlement le texte. On peut ainsi évoquer un âpre débat au sein même du pouvoir législatif français, quant à l'existence d'une obligation d'exécuter le statut de la CPI, dans le cadre de l'adoption en août 2010 d'une loi **d'adaptation** du droit pénal français³⁶. Ainsi, les députés et sénateurs ayant préparé le projet de loi n'ont eu de cesse de souligner qu'il ne s'agissait pas d'une transposition imposée, mais d'une adaptation volontaire répondant à une obligation morale de la France : à l'Assemblée nationale, il a été déclaré que « *l'adaptation autorise une certaine souplesse d'interprétation du statut, d'autant que la terminologie anglo-saxonne est parfois bien éloignée de la nôtre et que certains concepts juridiques contenus dans le statut sont même inconnus de notre droit. Mes chers collègues, j'insiste sur ce point : il n'est nullement demandé au législateur d'adopter un texte en conformité stricte avec les terminologies retenues par le statut de Rome* »³⁷.

³⁵ C'est ainsi qu'un auteur américain explique la pratique très courante des lois d'application aux Etats-Unis, en constatant l'immense différence dans la formulation du droit international et des lois américaines. En effet, celles-ci « have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them. They have sacrificed style and simplicity. They have foregone brevity (...). How different is a treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes...but it lacks precision. It uses word and phrases without defining what they mean. (...) It is the European way... », C. M. Vasquez, « The Four Doctrines of Self-executing Treaties », *AJIL* 1995, p. 498.

³⁶ *Loi no. 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la CPI*, publiée au J.O du 10 août 2010. Pour un commentaire relatif à la distinction entre exécution obligatoire et adaptation volontaire du statut de Rome, voir Spyridon Aktypis, « Adaptation du droit pénal français au statut de la Cour pénale internationale : état des lieux », *Revue Droits Fondamentaux*, 2008-2009, no. 7, [www.droits-fondamentaux.org].

³⁷ Propos tenus par le rapporteur Thierry Mariani lors des débats à l'Assemblée nationale du 12 juillet 2010, consultables sur [http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2009-2010-extra/20101013.asp#P149_11267]. On peut constater une affirmation équivalente de Patrice Gélard, rapporteur au Sénat : « Tout d'abord, ce projet de loi n'est pas une transposition mot à mot, que justifierait, par exemple, la mise en œuvre d'une directive communautaire en droit interne. Nous avons affaire à un traité, rédigé dans une langue que j'appellerais « franglais ». Un certain nombre de dispositions sont impossibles à transposer dans notre droit interne » : débats du 10 juin 2008, consultables sur [http://www.senat.fr/seances/s200806/s20080610/s20080610_mono.html#Niv1_SOM6].

Les débats tenus dans ces deux assemblées montrent que tous n'étaient pas d'accord sur le terme d'adaptation, ni même sur la nécessité d'une loi. Certains (comme le député Jean-Jacques Urvoas) ont même répondu que « *qui veut bien se donner la peine de lire le statut découvrira que ce texte n'a nul besoin d'être adapté ! Son écriture ne relève pas de la traditionnelle prudence des textes diplomatiques. Parce que la simplicité est gage d'efficacité, ses auteurs l'ont au*

Finalement, les pratiques de transposition et d'adaptation sont de plus en plus courantes, qu'elles soient véritablement nécessaires ou non. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité sont ainsi de plus en plus reprises dans des lois nationales, notamment dans le cadre récent de la lutte internationale contre le terrorisme. De même, les traités produisant potentiellement des effets sur les individus font l'objet de mesures d'adaptation du droit national. En France, aux Etats-Unis, dont la logique constitutionnelle est pourtant moniste, la tendance récente privilégie ainsi les lois d'application plutôt que de miser sur l'applicabilité directe du traité, quitte à transformer le contenu et le sens de celui-ci ³⁸.

B. Résultat similaire : intégration souvent tardive et partielle du droit international

Les raisons conduisant à une intégration tardive et partielle du droit international peuvent être résumées ainsi : ratification tardive des traités, avec parfois l'émission de réserves relatives à l'application interne de ceux-ci ; adoption de lois d'exécution ne reprenant qu'une partie du traité ou de l'acte international ; adoption de lois d'adaptation redéfinissant les normes internationales sans en respecter le texte. Ces motifs révèlent souvent de grandes réticences de la part des législateurs nationaux à l'égard du droit international, adoptant ainsi des attitudes dualistes contestables. Tel n'est pas toujours le cas, la critique devant être relativisée. De nombreuses normes internationales sont intégrées sans délai par des procédures de réception simple, ne dénaturant pas les obligations internationales. Ainsi, en Allemagne, une seule loi a donné approbation à tous les règlements de l'OMS ³⁹. De même, la loi allemande d'adaptation au statut de Rome est considérée comme « un modèle de référence », notamment parce que la définition des crimes internationaux reprend textuellement l'intégralité du traité international ⁴⁰. En France, certains traités sont intégrés avant même leur entrée en vigueur, le texte étant repris sans modification ⁴¹.

Cependant, plusieurs moyens conduisent à limiter les effets des engagements internationaux des Etats, lorsque ceux-ci sont intégrés en droit interne. Les exemples du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international pénal l'illustrent avec acuité. Ils concernent tous les domaines impliquant les relations entre l'Etat et ses ressortissants ou résidents.

D'abord, en droit international des droits de l'homme, on connaît le cas de la ratification du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 par les Etats-Unis : intervenue tardivement (1992), elle fut assortie d'une déclaration le rendant inapplicable et

contraire écrit de manière limpide, et les obligations qu'il contient sont directement applicables en droit interne » (Ibid.).

³⁸ Tel était le constat déjà effectué notamment par J. Dhommeaux, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI* 1995, p. 461.

³⁹ Voir J. A. Frowein, "Allemagne", in P.M.Eisemann (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, op.cit.*, p. 90.

⁴⁰ S. Manacorda, G. Werle, « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, p. 501. Les auteurs soulignent l'absence d'une obligation exacte de conformité entre le statut de Rome et le droit interne, la pluralité des formes de transposition pénale, ainsi que l'existence d'une large marge nationale d'appréciation.

⁴¹ Pour l'exemple le plus récent, voir la loi no. 2010-819 du 20 juillet 2010 tendant à l'élimination des armes à sous-munitions publiée au J.O du 21 juillet 2010. La Convention d'Oslo est entrée en vigueur au plan international le 1er août 2010.

ineffectif en droit interne ⁴². On peut également citer le *Human Rights Act* britannique de 1998 : destiné à donner effet à la Convention européenne des droits de l'homme (ConvEDH), il renvoie en introduction aux articles de la Convention et en reprend le texte en annexe. Dans ce cas, les normes issues du traité ne sont pas reformulées, mais citées *in extenso*. Toutefois, certains articles ne sont pas transposés, car ils ne figurent ni dans la loi, ni dans ses annexes : tel est le cas pour l'article 13 de la ConvEDH, relatif au droit à un recours effectif, pour le non-respect duquel le Royaume-Uni a pourtant été condamné par la CourEDH. L'intégration du droit international est alors partielle. Ce type de transposition incomplète semble pratique courante dans les Etats dualistes : ils n'insèrent pas les dispositions du traité s'ils estiment que leur contenu est déjà respecté par le droit interne. Cette pratique paraît néanmoins contestable. Elle peut conduire à porter atteinte à l'intégrité du traité. Par ailleurs, elle peut également poser des problèmes d'interprétation du traité, dont les articles forment un ensemble et doivent être lus les uns par rapport aux autres.

Ensuite, quant au droit international humanitaire, l'application interne des Conventions de Genève de 1949 pose régulièrement de grandes difficultés. Tel fut le cas en France au sujet des crimes de guerre commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda ; plus récemment, aux Etats-Unis, le statut des prisonniers de Guantanamo a également révélé les hésitations sur l'application des Conventions en droit interne. Elles sont généralement interprétées par la doctrine internationaliste comme suffisamment précises et contraignantes pour ne pas nécessiter de mesures complémentaires d'exécution. Cependant, au niveau des autorités politiques nationales, l'avis est généralement inverse. En France, elles n'ont jamais fait l'objet (jusqu'à présent) de mesures nationales d'exécution ; aux Etats-Unis, le War Crimes Act de 1996 les mettait en œuvre de façon souvent contestable et limitée. De ce fait, et compte tenu de l'attitude des juges, refusant leur invocabilité pour défaut d'effet direct, elles n'ont donc aucune efficacité ⁴³. Plus récemment, la loi française d'adaptation au statut de la CPI, qui envisage (enfin) les crimes de guerre commis en violation de ces traités, fait l'objet de critiques abondantes : parmi celles-ci, on peut mentionner que la définition des crimes n'est pas identique à celle des conventions ⁴⁴.

Enfin, le droit international pénal, avec le statut de la CPI, est actuellement le meilleur exemple d'intégration limitée : il s'agit là d'un traité à portée universelle, récent, très politique, impliquant de très nombreuses réformes du droit pénal matériel et procédural, au sein de la plupart des Etats l'ayant ratifié. Etroitement associé aux conventions humanitaires, il pénalise les violations de celles-ci. Entre adhésions tardives et transpositions partielles, c'est néanmoins le domaine le plus marquant de l'internationalisation du droit interne. Que ce soit en France, au Royaume-Uni, en Allemagne, en Italie, au Canada, plusieurs lois « d'adaptation » ont été jugées

⁴² Les Etats-Unis ont déclaré que les articles 1 à 27 du Pacte (c'est-à-dire toutes les normes matérielles de définition des droits) ne seraient pas applicables dans l'ordre interne, car celui-ci protège déjà les droits contenus dans le traité. Cette déclaration pourrait être qualifiée de réserve, dont la compatibilité avec l'objet du traité peut être remise en cause.

⁴³ Pour un rejet de leur applicabilité directe par le juge français, voir C.Cass, crim, 26 mars 1996, *Javor et autres*, *RGDIP* 1996, p. 1083, note M. Sastre. La critique doctrinale peut être illustrée par B. Stern, «La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en Ex-Yougoslavie et au Rwanda», *GYIL*, 1998, pp. 280-299. En ce qui concerne les Etats-Unis, parmi les premiers commentaires doctrinaux relatif à l'applicabilité des Conventions de Genève aux prisonniers de Guantanamo, voir J.J. Paust, « Judicial Power To Determine the Status and Rights of Persons Detained Without Trial », *Harvard International Law Journal*, 2003-2, p. 515.

⁴⁴ L'ensemble des critiques juridiques émises sur cette loi sont synthétisées sur le site de la Coalition française pour la CPI, [www.cfcp.fr]. On peut mentionner notamment l'avis très négatif rendu par la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) en décembre 2008, soulignant que le projet de loi n'était nullement conforme, ni au Statut de la CPI, ni aux Conventions de Genève de 1949.

nécessaires par chaque Etat ⁴⁵. Elles reprennent, en les redéfinissant, les normes matérielles contenues dans le traité. Les incriminations diffèrent, notamment au Royaume-Uni ⁴⁶. Les compétences pénales des juges internes, fréquemment prévues par les traités internationaux du domaine, sont restreintes pour être adaptées à certains principes de droit interne incontournables, tel que celui de l'opportunité des poursuites, de la compétence pénale territoriale, ou du monopole de poursuite du ministère public.

Quelle que soit la méthode d'insertion et d'application des traités internationaux, les critiques fusent. On estime que les méthodes dualistes de transformation et d'adaptation ne respectent pas toujours l'intégrité des traités, ni dans la lettre, ni dans l'esprit. Cependant, l'absence de mesures d'adaptation est également (mal) perçue comme une indifférence du législateur à l'égard du droit international. Quant au système moniste, s'il prend de telles mesures, on considèrera que le Parlement protège son pouvoir normatif et que cela ne s'imposait pas. Le bilan dressé par A. Cassese sur les conventions humanitaires est des plus cinglants ; aucun Etat n'est épargné : *“par exemple, aux Etats-Unis...on a délibérément ignoré la partie la plus avancée des Conventions de Genève. Dans un autre pays, le Maroc, l'on ratifie des traités et puis l'on "oublie" de les publier dans le journal officiel. En Italie, ...l'appareil étatique est sourd aux exigences internationales...En réalité, dans la plupart des Etats, soit on ne ratifie pas les Conventions, soit on ratifie les Conventions mais sans édicter de lois d'harmonisation”* ⁴⁷.

Aux ratifications tardives, aux transpositions infidèles, on peut ajouter de nombreux obstacles procéduraux et judiciaires à l'application effective du droit international à des situations concrètes. Cela étant, chacune des étapes de l'intégration des normes internationales démontre une plus faible résistance des Etats à la pression du droit international.

III. L'intégration complétée : l'effort judiciaire d'application et d'interprétation du droit international

Lorsque les constitutions sont demeurées silencieuses sur les méthodes d'intégration des normes internationales, lorsque le législateur n'est pas intervenu, c'est alors au seul juge de déterminer les conditions dans lesquelles s'appliquent les normes internationales. Lorsque Constitution et lois existent, le pouvoir judiciaire remplit cependant un rôle identique, à titre complémentaire. Il parachève alors le processus d'intégration. Dans les systèmes de *common law*, les juges jouent un rôle d'autant plus primordial pour déterminer les effets du droit international.

Dans le cadre de cette étude restreinte, il est impossible de restituer le rôle de chaque juge national dans l'intégration du droit international. Cependant, quelques grandes lignes

⁴⁵ E. Lambert-Abdelgawad, “Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003-3, pp. 539-574. Pour les suites données à la loi canadienne de 2000 sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, voir H. Dumont, « La réception du droit international pénal en droit interne à la lumière de l'affaire *Mugesera* : le Canada aurait-il deux faces de Janus ? », *Revue de science criminelle*, 2007, p. 187.

⁴⁶ En effet, “la loi sur la CPI adopte une approche restrictive dans la mesure où elle incorpore les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, et les crimes de guerre dans le droit national, mais seulement dans la mesure où ces crimes sont commis au Royaume-Uni ou par des ressortissants du Royaume-Uni...Ceci est regrettable” : J. Jones, “Droit anglais”, in A. Cassese, M. Delmas-Marty (ss la dir. de), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 57.

⁴⁷ A. Cassese, “L'incidence du droit international sur le droit interne”, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.*, p. 560.

peuvent être tracées : elles montrent un effort judiciaire croissant (plus ou moins contraint) d'ouverture au droit international, malgré encore bien des résistances. Il incombe en effet au juge d'identifier la validité interne et la valeur hiérarchique du droit international (A). Il intervient également, et surtout, dans l'analyse de l'effet direct et de l'invocabilité de ce droit (B). A chaque étape, on peut relever certaines hésitations ou réticences judiciaires à l'égard de la réception du droit international. Cependant, le juge est partout confronté à une extension des recours fondés sur des normes internationales. Cela contribue certainement à ce qu'il développe une approche plus familière et plus ouverte à leur égard.

A. Les juges et la validité et valeur du droit international

Les juges interprètent les dispositions constitutionnelles, ou comblent leurs lacunes afin de déterminer ces deux conditions.

En ce qui concerne la valeur hiérarchique des traités, on retrouve ainsi couramment, parmi les principes dégagés par la jurisprudence, l'application du principe *lex posterior derogat priori*, lorsque les traités sont intégrés au même rang que les lois⁴⁸. Ce principe, assez peu favorable à la primauté des traités, est cependant nuancé par l'utilisation du principe d'interprétation conforme, qui implique que les lois nationales soient interprétées dans le sens du respect des engagements internationaux. Au sein de nombreux Etats européens, comme en Allemagne ou en France, ce sont les juges qui ont déterminé que leur Constitution nationale devait en tous cas primer sur les traités internationaux.

Il en va de même pour la place de la coutume internationale : en France, en Belgique, ce sont les seuls juges qui ont déterminé la validité interne de la coutume internationale, sans pour autant clairement trancher sa place au sein de la hiérarchie des normes⁴⁹. Par ailleurs, les juges internes se contredisent entre eux, parfois⁵⁰. Les difficultés rencontrées par les juges de tradition civiliste face à la norme coutumière définissant le crime contre l'humanité sont légion : est-elle applicable ? Peut-elle fonder une compétence pénale du juge ? Là encore, c'est en matière pénale que les résistances sont les plus fortes. Si les juges canadiens se montrent ouverts à l'insertion et l'application de la coutume en la matière depuis l'affaire Mugesera⁵¹, les juges américains et français le sont nettement moins, considérant que le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige véritablement une loi et non une norme internationale non écrite.

La jurisprudence ne permet donc guère de dégager de véritable « méthode » d'intégration du droit international, par conséquent des plus aléatoires lorsqu'on passe d'une juridiction à l'autre. Il en va de même lorsqu'il s'agit du pouvoir de déterminer l'applicabilité directe et donc l'invocabilité des normes internationales.

⁴⁸ Cela fut énoncé par jurisprudence américaine dès 1796 : voir A. Peyro Llopis, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis », *RGDIP* 2005, p. 609 et s.

⁴⁹ En revanche la cour constitutionnelle italienne a affirmé la primauté de la coutume internationale sur la loi en 1979 : voir les différents rapports nationaux in P.M. Eisemann (sous la dir de), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, étude de la pratique en Europe*, *op.cit.*, supra, note 27.

⁵⁰ Tel est fréquemment le cas entre le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation en France, cette dernière étant souvent plus audacieuse dans la prise en compte du droit international (notamment quant à l'applicabilité des résolutions du Conseil de sécurité) : M.P. Lanfranchi, « La valeur juridique en France des résolutions du Conseil de Sécurité », *AFDI*, 1997, p. 43.

⁵¹ H. Dumont, « la réception du droit international pénal en droit interne à la lumière de l'affaire Mugesera : le Canada aurait-il deux faces de Janus ? », *revue de sciences criminelles*, 2007, pp. 187s.

B. Les juges et l'applicabilité directe du droit international

Le concept même d'applicabilité directe du droit international fait l'objet d'explications et d'analyse fort variable, la sémantique étant des plus confuses. L'objectif de l'analyse est similaire : il s'agit de savoir dans quelles conditions un juge va accepter d'utiliser une norme internationale invoquée dans un recours qui lui est soumis. Cependant, les langages francophone et anglophones ne correspondent guère, de même que les critères employés par les juges⁵². Dès lors, sur une même norme internationale, les réponses des juges peuvent être opposées, l'un reconnaissant son applicabilité directe, l'autre non.

Il est notable que les juges possèdent tous une compétence d'interprétation des règles internationales⁵³. Pour ce faire, ils ont de plus en plus recours aux règles internationales d'interprétation issues de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, même lorsque celle-ci n'a pas été ratifiée par leur Etat. Les juges anglais et irlandais n'hésitent plus à se référer directement au texte du traité plutôt qu'à celui de la loi de transposition⁵⁴. Le juge américain, en revanche, se fie encore davantage au *Restatement 3rd* (instrument de codification américaine du droit international) plutôt qu'à la Convention de Vienne⁵⁵. En Europe, la thématique récente du « dialogue des juges », entre juge national, juge régional et juge international, illustre le fait que, sous la pression des juges internationaux en matière de droits de l'homme et de droit communautaire, les juges nationaux ont largement contribué à une meilleure intégration du droit international⁵⁶.

Il n'existe pas non plus de méthode harmonisée déterminant l'effet direct et l'invocabilité interne des normes internationales. Cependant, de manière générale, les juges tiennent compte, comme pour toute norme, de son degré de précision ainsi que de son objet : la norme a-t-elle pour vocation de créer des droits pour les particuliers ? Si l'évolution générale est en faveur d'une plus grande reconnaissance de l'effet direct du droit international (sans présomption en ce sens, cependant), les résistances judiciaires sont encore très fortes : le juge peut refuser de se considérer compétent pour connaître de la norme internationale (comme

⁵² Dans le langage francophone, il est question d'applicabilité immédiate, ou directe, ou encore d'effet (immédiat ou direct), ou d'invocabilité. L'effet direct est une qualité intrinsèque de la norme : par son degré de normativité, de précision, par son objet même, elle est apte à créer des droits et des obligations pour les particuliers situés dans l'ordre interne. Pour le juge, d'une part la norme doit être applicable, c'est-à-dire valable, entrée en vigueur et obligatoire dans l'ordre interne. D'autre part, cependant, il lui faut aussi analyser son caractère intrinsèquement invocable, et donc l'effet direct de la norme internationale. En résumé, aux fins de clarification, on peut considérer que l'applicabilité directe est composée de deux étapes : l'applicabilité simple ou immédiate (dépendant des options constitutionnelles) et l'effet direct (dépendant de la qualité de la norme internationale, suffisamment précise pour se suffire à elle-même). Le vocabulaire anglophone, quant à lui, utilise généralement un seul terme, celui de « self-executing », qui recouvre pourtant des significations multiples, et ne permet guère de distinguer les notions de réception, d'exécution, et d'application du droit. Pour une explication des divergences de conception de la notion entre les différents juges américains, voir C.M. Vasquez, "The Four Doctrines of Self-executing Treaties", *AJIL*, 1995, pp. 695-723.

⁵³ Depuis 1816 aux Etats-Unis, 1842 en Belgique, ou encore 1921 au Royaume-Uni. On mesure alors à quel point la position française de principe pouvait paraître archaïque sur ce point, puisque le juge administratif français fut le dernier à se reconnaître compétent pour interpréter un traité, en 1990. Voir Etudes du Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 34.

⁵⁴ J. Dutheil de la Rochère, "Le droit international fait-il partie du droit anglais ?", in *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges Reuter, Paris, Pedone, 1981, p. 246.

⁵⁵ C. Kessedjian, « Le Restatement of the Foreign Law of United States. Un nouveau traité de droit international ? », *JDI*, 1990-1, p. 36.

⁵⁶ Voir le numéro spécial *Les petites affiches*, consacré à la « Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges », 2008, no. 112, disponible en ligne via [www.lextenso.com].

souvent en matière pénale). Il peut la cantonner aux frontières de l'Etat en rejetant son applicabilité directe (les exemples sont légion en droits de l'homme, droit humanitaire, et droit des Nations unies, au sujet des résolutions du Conseil de sécurité). L'attitude d'auto-limitation des juges, la méconnaissance parfois du droit international, la crainte d'empiéter sur le pouvoir des autorités politiques et la doctrine de l'acte de gouvernement, sont autant de raisons bien connues, qui semblent en recul ⁵⁷.

En fin de compte, l'interprétation des normes internationales par les juges internes peut paraître, à première vue, quelque peu anarchique. Certains auteurs, après avoir admiré la hardiesse croissante des juridictions internes à l'égard du droit international, constatent que cela donne naissance à “*un droit savant, opaque, imprévisible et souvent aléatoire*” ⁵⁸, en raison d'une approche parcellaire de la part de juridictions qui n'ont pas les mêmes compétences. Mais ils incitent aussitôt à ne pas exagérer l'inconvénient que cela représente car “*globalement les jurisprudences convergent, et convergent au profit d'une plus grande applicabilité des normes d'origine internationale*” ⁵⁹. Le problème réside davantage dans l'absence d'une conceptualisation et d'une systématisation de l'interprétation de ces différentes normes internationales, qui devraient avant tout être le produit des auteurs du traité plus que des juges.

Pour conclure, on ne peut que constater que les méthodes d'intégration du droit international varient d'un Etat à l'autre, et d'une autorité nationale (constitutionnelle, législative, exécutive, judiciaire) à l'autre. Ces divergences sont inhérentes au pluralisme juridique qui préserve la spécificité de chaque système ; toutefois, elles n'empêchent nullement de constater également une harmonisation (très) progressive des ordres juridiques internes sous l'influence du droit international, notamment en matière de droits de l'homme, de droit humanitaire, et de droit pénal.

⁵⁷ Sur un même traité, les méthodes judiciaires en France et aux Etats-Unis peuvent varier et donner lieu à des résultats opposés : v. B. Taxil, « L'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2007-1. Pour une attitude très critique de la doctrine américaine elle-même sur l'attitude d'auto-limitation judiciaire, D. F. VAGTS, « The United States and its Treaties : observance and breaches », *AJIL* 2001-2, vol. 95, p. 313.

⁵⁸ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, *op.cit.*, 6^{ème} édition, 2004, p. 199.

⁵⁹ *Ibid.*