

La réception du droit international
aux Etats-Unis, en France et en Belgique :
Étude comparative*

par Hélène ORBAN, étudiante en 3^{ème} licence en droit**

1. Dans le contexte mondial actuel où les normes internationales se multiplient et entraînent un phénomène d'internationalisation des droits nationaux, il est indiqué de s'intéresser à la manière dont les ordres juridiques internes accueillent le droit international. En effet, bien que la supériorité de ce droit soit intégralement reconnue au niveau international, celle-ci est susceptible de demeurer théorique dans sa mise en œuvre étatique¹. La diversité des solutions nationales rendant impossible une analyse générale, nous limiterons aux réponses américaine, française et belge. Cette comparaison présente un intérêt dans la mesure où les dispositions normatives et les interprétations jurisprudentielles qui existent dans ces systèmes débouchent sur des hiérarchies distinctes².

2. Avant d'analyser les trois ordres nationaux, il échet de brièvement exposer les doctrines relatives aux rapports entre le droit international et le droit interne et, d'autre part, de définir la notion d'applicabilité des normes internationales (I). Notre étude fera abstraction des actes des organisations internationales et se centrera sur la place attachée, d'une part, au droit international non écrit réunissant les coutumes et principes généraux internationaux (II) et, d'autre part, aux traités (III). Dans une optique comparative, nous éviterons autant que possible d'évoquer les particularités accordées en Belgique et en France vis-à-vis du droit communautaire et du droit du Conseil de l'Europe, deux droits européens absents de l'ordre juridique américain.

I. Cadre conceptuel

3. Les deux thèses doctrinales concernant la réception du droit international sont le dualisme et le monisme³. La conception dualiste appréhende les droits en cause comme deux systèmes distincts, égaux mais indépendants. Pour intégrer l'ordre interne, la règle internationale doit être reprise par une norme nationale. La doctrine moniste, quant à elle, considère que le droit international et le droit interne font partie d'un système juridique unique et le premier s'incorpore - en tant que tel - dans les ordres juridiques nationaux. Deux sous-théories monistes s'opposent selon que prime le droit international ou le droit interne.

Ainsi, la détermination de la place du droit international dans les hiérarchies normatives internes est une problématique qui ne se pose que dans les Etats monistes. En effet, selon la conception dualiste, le conflit susceptible de subvenir au niveau national ne concerne que des normes nationales.

* La présente contribution constitue le meilleur travail d'étudiant rédigé dans le cadre du cours de *Droit constitutionnel comparé* durant l'année académique 2007-2008 ; il est ici publié à l'initiative du Professeur Christian BEHRENDT.

** Depuis le 1^{er} octobre 2008, assistante au Service de Droit constitutionnel de l'Université de Liège.

¹ La primauté n'est pas toujours assurée au niveau national malgré le risque pour l'Etat de voir sa responsabilité internationale engagée car son droit interne ne peut justifier la non-exécution d'une obligation internationale. Ce principe est consacré, d'une part, dans la Déclaration de 1949 de la Commission du droit international relative aux droits et aux devoirs des Etats et, d'autre part, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. La France et les Etats-Unis n'ont pas ratifié cette dernière convention, mais ils en acceptent certains éléments.

² Ces droits internes sont imprécis concernant l'autorité du droit international et la tâche revient ainsi surtout aux juges. En droit belge et en droit français, les juridictions suprêmes divergent parfois et aucune de ces interprétations ne prime. La diversité des ordres de juridiction complique donc le problème. Au contraire, en droit américain, il n'existe qu'un ordre de juridiction, la Cour suprême est située à son sommet et ses interprétations (notamment sur les questions de constitutionnalité) priment celles des autres juges.

³ Sur ces deux concepts, voy. not. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien, pp. 180-186 ; L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, p. 261-266 et J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 109-136.

4. Il convient dès lors d'examiner d'abord l'applicabilité des sources internationales dans un Etat donné, c'est-à-dire d'identifier les conditions qui doivent être réunies pour que ces règles puissent être mises en œuvre dans cet ordre juridique. Ces exigences sont de deux ordres, formel et matériel.

L'applicabilité formelle se rapporte aux modalités et aux procédures particulières prévues par les Etats pour que le droit international s'incorpore en droit interne.

L'applicabilité matérielle renvoie à l'idée qu'une disposition internationale doit avoir des effets directs dans l'ordre interne pour entrer en conflit avec une norme nationale⁴. Il s'agit d'apprécier si le droit international crée directement, sans aucune mesure d'exécution, des droits et des obligations dans le chef des particuliers qui peuvent les invoquer devant leurs autorités nationales. Cette idée des règles internationales « *self-executing* » apparaît pour la première fois, en 1829, dans les propos du juge MARSHALL de la Cour suprême des Etats-Unis⁵. Elle est depuis lors appliquée par la jurisprudence américaine et par les juges de nombreux pays dont la France et la Belgique⁶. De façon générale, deux critères sont développés⁷. Le premier est subjectif et se réfère à l'intention des parties de conférer des droits subjectifs aux particuliers, alors que le second est objectif et renvoie au contenu de la norme, à son degré suffisant de clarté et de précision.

II. Coutumes internationales et principes généraux de droit⁸

A. Conditions d'applicabilité

5. Les coutumes internationales et les principes généraux de droit sont des sources non écrites du droit international et dont le contenu est souvent imprécis. Vu cette nature, les trois systèmes analysés prévoient que la réception dans l'ordre juridique interne se fait sans mesure formelle de réception⁹. Sous cet angle, ils manifestent une tendance moniste. Cependant, le juge doit déterminer *in casu* l'existence de la norme internationale invoquée, sa portée et son contenu, et apprécier si elle est applicable directement dans son ordre juridique interne. Il échet également de préciser que les Constitutions française et américaine, à la différence de la loi fondamentale belge, mentionnent le droit international non écrit. Ces références n'ont cependant pas le même impact concernant l'application réelle de ce droit.

6. La Constitution américaine évoque, en son article 1^{er}, le « droit des Gens » (« *Law of Nations* »), mais il s'agit seulement de préciser les pouvoirs du Congrès en cas de violations de ce droit. La clause de suprématie de l'article 6 de la Constitution, quant à elle, ne mentionne pas littéralement le droit international coutumier¹⁰. En tout état de cause, la Cour suprême admet le principe de l'incorporation automatique du droit international non écrit depuis la fin du 18^{ème} siècle, en transposant la maxime anglaise « *international law*

⁴ Le droit international non directement applicable a certains effets internes, mais ceux-ci se limitent à une « prise en considération » pour appliquer et interpréter une norme interne. Voy. H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1996, p. 36 et s. et J. J. PAUST, *International law as law of the United States*, Durham (North Carolina), Carolina Academic Press, 1996, pp. 62-63.

⁵ Cour suprême, *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253, 314 (1829). La prudence s'impose car les juges emploient ce terme dans deux sens distincts. Voy. I. BROWNIE, *Principles of public international law*, 6^{ème} éd., Oxford et New York, Oxford University Press, p. 48.

⁶ Le juge MARSHALL crée le concept en 1829, mais les mots « *self-executing* » n'apparaissent dans une opinion de la Cour qu'en 1887. Voy. D. CARREAU, *Droit international*, 9^{ème} éd., Paris, Pedone, 2007, pp. 451-456 ; J. J. PAUST, *op. cit.*, p. 55 et C. M. VASQUEZ, « The four doctrines of self-executing treaties », *A.J.I.L.*, 1995, vol. 89, n° 4, pp. 700-701.

⁷ Voy. not. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006, pp. 416-417 ; E. CLAES et A. VANDAELE, « L'effet direct des traités internationaux : une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 2001, pp. 410-491 et C. M. VASQUEZ, *op. cit.*, pp. 695-723. Ces critères sont souvent combinés à d'autres éléments.

⁸ Au sujet de la formation de ces sources, voy. not. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, pp. 331-351. Pour une présentation générale de la coutume internationale, voy. S. SUR, *La coutume internationale*, Paris, Litec, 1990, 244 pages.

⁹ Voy. not. D. CARREAU, *op. cit.*, p. 446 ; A. CASSESE, *International law*, Oxford et New York, Oxford University Press, 2001, p. 172 ; L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, 9^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006, pp. 165-166 et B. HAUBERT et C. DEBROUX, « L'application du droit international par le juge administratif », *A.P.T.*, 1998, p. 99.

¹⁰ Cependant, comme le soutient Louis HENKIN, le doute est permis concernant l'intention des constituants de l'en exclure. Voy. L. HENKIN, *Foreign affairs and the US Constitution*, 2^{ème} éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 237-238.

is part of the law of the land»¹¹. Néanmoins, en 1900, l'arrêt *Paquete Habana* de la Cour suprême semble nuancer les conditions d'applicabilité et juger que les coutumes et usages du droit international ne s'appliquent en droit interne que s'il n'existe aucune règle nationale en la matière¹². Aujourd'hui, cette analyse paraît être remise en cause et le droit international non écrit « doit » être appliqué¹³.

7. Le préambule de la Constitution française de 1946 – qui fait partie du bloc de constitutionnalité actuel – énonce, en son article 14, que « [l]a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Cette disposition est interprétée dans le sens d'une intégration automatique des coutumes et principes internationaux, mais l'utilisation de ces sources par les juridictions françaises n'est pas uniforme¹⁴. Le Conseil d'Etat les considère désormais comme des sources du droit administratif, mais continue à se montrer réticent à leur application¹⁵. La jurisprudence judiciaire, en revanche, y fait fréquemment référence¹⁶. Quant au Conseil constitutionnel, bien que tenté de ne pas appliquer le droit international non écrit, estime possible d'invoquer l'alinéa 14 du préambule et l'adage *pacta sunt servanda*¹⁷. En 1999, il précise en outre que les principes généraux qui s'imposent à la France ne sont plus limités à ce seul adage¹⁸.

8. En Belgique, l'applicabilité des coutumes et principes du droit international dépend uniquement des positions jurisprudentielles, en l'absence de toute disposition constitutionnelle en la matière. La Cour de cassation reconnaît que le droit international coutumier fait partie du droit interne sans formalité de réception ou de publicité¹⁹. Cependant, le Conseil d'Etat se montre réticent à admettre l'existence d'une coutume²⁰ alors que les juridictions judiciaires font régulièrement référence aux coutumes internationales voire les affirment²¹. Sur cette question, le professeur VERHOEVEN constate que « la preuve de la coutume ne paraît pas embarrasser la jurisprudence belge, même quand on n'aperçoit pas sur quelle base son existence a pu être acceptée »²².

B. Place des normes internationales en droit interne

9. Dans les trois Etats de référence, une tendance commune apparaît : refuser au droit international coutumier et aux principes généraux une valeur supérieure à celle de la législation nationale ordinaire. Cependant, malgré ce point d'accord, la place hiérarchique n'est pas la même.

¹¹ Cour suprême, *Chisholm v. Georgia*, 2 US (2 Dall.) 419, 474 (1793). Voy. également Cour suprême, not. *Indiana v. Kentucky*, 136 US 479, 510 (1890) ; *Michigan v. Wisconsin*, 270 US 295, 308 (1926) et *State Ark v. State of Tennessee*, 301 US 563 (1940). Voy. A. BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits : droits internes et droits européen et international*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 49 (certaines pages sont accessibles sur Internet : <http://books.google.com/books?id=AvCa2-41ImoC&printsec=frontcover&hl=fr>, site consulté le 13 août 2008).

¹² Cour suprême, *Paquete Habana*, 175 US 677 (1900). Voy. en ce sens A. BERRAMDANE, *op. cit.*, p. 49 et J. M. GOLDKLANG, « Back on board the *Paquete Habana* : resolving the conflict between statutes and customary international law », *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, 1985, pp. 143-151.

¹³ Voy. not. L. HENKIN, *op. cit.*, pp. 235-240 ; J. J. PAUST, *op. cit.*, pp. 89-95 et M. N. SHAW, *International law*, 5^{ème} éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 143-145.

¹⁴ Voy. not. D. CARREAU, *op. cit.*, pp. 446-448 et pp. 476-477 ; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, pp. 426-432 ; L. FAVOREU, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 165-166 et M. de VILLIERS (dir.), *Droit public général : institutions politiques, administratives et communautaires, droit administratif, finances publiques*, 3^{ème} éd., Paris, Litec, 2006, p. 334.

¹⁵ C.E. fr. Ass., 6 juin 1997, *Aquarone, Rec.*, 1997, p. 206 concernant les coutumes internationales et C.E. fr., 28 juill. 2000, *Paulin, Dalloz*, 2001, p. 411 relativement aux principes généraux de droit.

¹⁶ Voy. not. Cass. fr. civ., 2 et 29 mai 1990, *Clunet*, 1991, p. 137 et Cass. fr. crim., 13 mars 2001, *Kadbafi, Bull. crim.*, n° 63.

¹⁷ Cons. const. fr., 9 avril 1992, *Maastricht I*, 308 DC ; Cons. const. fr., 20 juill. 1993, *Code de la nationalité*, 321 DC et Cons. const. fr., 22 janv. 1999, *Cour pénale internationale*, 408 DC.

¹⁸ Voy. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, p. 432. Le Conseil fait référence aux principes généraux issus du droit humanitaire et des droits de l'homme ainsi qu'aux spécificités généralement admises du régime des crimes internationaux.

¹⁹ Voy. Cass. belge, 25 janv. 1906, *Succession de S.M. Marie-Henriette, Pas.*, 1906, I., p. 109. Voy. aussi J. J. A. SALMON, « Le rôle de la Cour de cassation belge à l'égard de la coutume internationale », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, tome 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 220-221 et J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 454.

²⁰ Voy. J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 367 ; C.E. belge, 20 mai 1954, n° 3403, *R.J.D.A.*, 1954, p. 222 et C.E. belge, 26 avril 1956, n° 5075.

²¹ Sur les rapports de la Cour avec la coutume internationale, voy. J. J. A. SALMON, *op. cit.*, pp. 221-246.

²² J. VERHOEVEN, « Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge : certitudes et vraisemblances », in *Hommages à Paul De Visser*, Paris, Pedone, 1984, p. 30.

10. Aux Etats-Unis, la position actuelle est que le droit coutumier international a la même valeur qu'une loi fédérale au sens de la clause de suprématie (« *Law of the United States* »)²³. Ainsi, les juridictions fédérales ont la compétence pour s'y référer et l'appliquer, et leur interprétation lie les tribunaux des Etats. De plus, un nouvel acte du Congrès supprime une coutume antérieure²⁴, mais la Cour suprême développe une règle d'interprétation selon laquelle une nouvelle législation n'est pas supposée permettre une violation des principes du droit international²⁵. Par ailleurs, le conflit entre une loi fédérale et une règle coutumière est nuancé dans certaines hypothèses relatives aux droits de l'homme dans le sens d'une plus grande prise en considération du droit international non écrit, même en présence d'une législation postérieure²⁶.

11. En France, les raisonnements des trois juridictions suprêmes semblent démontrer une certaine hésitation concernant les effets à accorder aux coutumes et principes de droit international. Bien que la Cour de cassation y fasse de nombreux renvois, la portée de ces invocations reste ambiguë²⁷. En effet, en 2003, la Haute juridiction traite la coutume comme une source subsidiaire qui permet de guider l'interprétation d'une convention, mais non de se substituer à elle²⁸. Par la suite, la Cour paraît privilégier l'application du principe fondamental de l'accès à un procès équitable sur l'immunité de juridiction des organisations internationales établie par convention²⁹.

De son côté, le Conseil constitutionnel français contrôle parfois les lois au regard du droit international non écrit³⁰. Il ne convient toutefois pas d'en déduire que le Conseil place le droit international non écrit au niveau constitutionnel. En effet, certaines règles sont intégrées au bloc de constitutionnalité, mais uniquement après avoir été reprises par la Constitution³¹.

Le Conseil d'Etat n'hésite pas à annuler un acte administratif contraire aux principes généraux du droit international³². Cependant, pendant longtemps, la place dans la hiérarchie interne des coutumes et principes généraux internationaux n'était pas claire pour autant. Dans son arrêt *Aquarone*, le Conseil d'Etat admet finalement la coutume internationale dans le bloc de légalité, mais refuse au juge la compétence de la faire prévaloir sur la loi³³. Par la suite, la jurisprudence étend cette solution aux principes généraux du droit international³⁴.

12. La place hiérarchique des coutumes et principes internationaux est ambiguë en Belgique³⁵. La Cour de cassation, juge de la légalité des arrêts de l'ordre judiciaire, traite généralement ces règles de manière subsidiaire vu l'absence de caractère législatif³⁶. Dans ce sens, la Cour considère que la violation du droit

²³ Voy. *Restatement of the law third : The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987, § 102 ; J. J. PAUST, *op. cit.*, pp. 6-8 et M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 144.

²⁴ Voy. not. L. HENKIN, *op. cit.*, pp. 240-241 et M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 144. Cependant, Jordan J. PAUST suggère une autre analyse selon laquelle la coutume l'emporterait toujours sur une loi du Congrès par application du principe classique « la dernière règle dans le temps prime » car la coutume est sans cesse rééditée (J. J. PAUST, *op. cit.*, pp. 89-97).

²⁵ Cour suprême, *MacLeod v. United States*, 229 US 416 (1913) et Cour suprême, *Littlejohn & Co. v. United States*, 270 US 215 (1926).

²⁶ J. J. PAUST, *op. cit.*, pp. 93-97 et M. N. SHAW, *op. cit.*, pp. 145-146.

²⁷ Voy. à ce sujet P.-M. DUPUY, *op. cit.*, pp. 429-430.

²⁸ Cass. fr., 20 juin 2003, *Madame Naira X.*, R.G.D.I.P., 2003, pp. 1002-1008.

²⁹ Cass. fr., 25 janv. 2005, *Banque africaine de développement*, R.G.D.I.P., 2005, p. 855. Voy. P.-M. DUPUY, *op. cit.*, p. 430 et pp. 444-445.

³⁰ Cons. const. fr., 30 déc. 1975, 59 DC et Cons. const. fr., 12 fév. 1982, 139 DC.

³¹ Dans l'affaire de décembre 1975 relative aux îles des Comores, le principe en cause est celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, principe qui est consacré dans la Constitution française via le préambule de 1946.

³² C.E. fr., 23 oct. 1987, *Société Nachfolger Navigation, Rec.*, p. 319.

³³ C.E. fr. Ass., 6 juin 1997. Voy. l'analyse de l'arrêt *Aquarone* sur le site Internet du Conseil d'Etat français (http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispa/index_ju_aj9709.shtml, site consulté le 28 août 2008).

³⁴ C.E. fr., 28 juill. 2000. Voy. A. FAYE, « Les sources non écrites du droit international devant le juge français », *R.D.I.D.C.*, 2002, pp. 309-315. Selon l'auteur, le Conseil d'Etat confère aux principes généraux une valeur supérieure aux coutumes (p. 314).

³⁵ Selon Paul DE VISSCHER, la coutume de droit des gens doit primer sur la loi interne vu « la généralité de la coutume et l'opinio juris de la communauté internationale en sa faveur ». Voy. P. DE VISSCHER, « La Constitution belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1986, pp. 31-32.

³⁶ Voy. not. Cass. belge, 18 mars 1841, *Pas.*, 1841, I, p. 162 ; Cass. belge, 17 fév. 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 98 et Cass. belge, 15 mai 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 226. Voy. J. J. A. SALMON, *op. cit.*, pp. 248-250.

international non écrit ne donne ouverture à cassation que si une disposition de la loi belge s'y réfère ou s'il conditionne l'application d'une telle loi³⁷. Cependant, d'autres interventions juridictionnelles nuancent cette pratique. En effet, dans plusieurs arrêts, la Cour ne critique pas les mentions faites dans les pourvois au droit international coutumier³⁸ et, dans d'autres, la Cour recourt à certains principes pour baser ses décisions³⁹. Principalement, la décision *Pittacos* de 1966 pourrait démontrer une attitude différente, mais les interprétations divergent⁴⁰ : l'une n'accorde à ces règles internationales non écrites qu'une valeur équivalente aux coutumes et usages nationaux, ce qui revient à les soumettre à l'appréciation souveraine des juges du fond⁴¹ et l'autre suggère, au contraire, que la Cour désire leur accorder un statut supérieur à la loi interne. L'arrêt *Sharon* du 12 février 2003 semble démontrer la faveur de la Cour pour cette deuxième thèse. Dans le cas d'espèce, elle juge en effet qu'une loi interne doit être interprétée dans le sens qui la rend conforme au droit international coutumier⁴².

De son côté, le Conseil d'Etat, guidé par le principe de légalité qui domine le contentieux administratif, refuse de tenir compte des usages non consacrés dans une disposition⁴³ et, d'autant plus, de faire prévaloir les principes et coutumes sur les textes⁴⁴.

III. Traités internationaux

A. Conditions d'applicabilité

13. **Concernant l'applicabilité matérielle**, il est depuis longtemps établi aux Etats-Unis que certains traités sont *self-executing* et que d'autres ne le sont pas⁴⁵. Les termes utilisés par le juge MARSHALL en 1829 laissent entendre qu'il y a une présomption selon laquelle les traités conclus par les Etats-Unis ont « par nature » cette caractéristique⁴⁶. Cependant, dans la pratique de l'époque, cette prétention n'est pas suivie et les juridictions cherchent des critères pour déterminer quand le traité est suffisamment complet pour être directement applicable. Après certaines hésitations, les juges fixent le contenu du traité comme base du raisonnement : celui qui présente un objectif politique ne peut être directement applicable, à la différence des dispositions qui établissent des droits et des obligations pour les citoyens⁴⁷. Cependant, cette généralisation ne convient pas à tous les traités et il est parfois nécessaire de consulter le traité pour tenter d'identifier les intentions des signataires⁴⁸. Aujourd'hui, la présomption semble être renversée et la majorité des traités exigent une législation nationale supplémentaire pour les rendre exécutoires dans l'ordre interne. Dans ce cas, la loi doit être prise par le Congrès, même s'il ne s'agit pas en principe d'une de ses compétences⁴⁹.

³⁷ Cass. belge, 21 janv. 1848, *Pas.*, 1848, I., p. 277 et Cass. belge, 27 nov. 1950, *Pas.*, 1951, I., p. 180. Voy. J. J. A. SALMON, *op. cit.*, pp. 252-256.

³⁸ Voy. Cass. belge, 17 fév. 1842 ; Cass. belge, 11 juin 1903, *Pas.*, 1903, I., p. 294 et Cass. belge, 6 nov. 1944, *Pas.*, 1945, I., p. 23.

³⁹ Voy. not. Cass. belge, 3 août 1848, *B.J.*, 1849, p. 145 et Cass. belge, 23 nov. 1939, *Pas.*, 1939, I., p. 487.

⁴⁰ Cass. belge, 26 mai 1966, *Pittacos c. Etat belge*, *Pas.*, 1966, I., p. 463. Voy. J. J. A. SALMON, *op. cit.*, pp. 258-260.

⁴¹ Les partisans de cette thèse s'appuient notamment sur l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 1949 (*Pas.*, 1949, I., p. 506). Voy., par exemple, F. DUMON, « Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international », in *Le nouveau droit constitutionnel*, Rapports belges au II^e Congrès mondial du droit constitutionnel, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 208.

⁴² Cass. belge, 12 fév. 2003, *Pas.*, I., p. 307. Voy. not. M. BOSSUYT et J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Anvers et Oxford, Intersentia, 2005, p. 168.

⁴³ Voy. not. C.E. belge, 6 oct. 1952, n° 1857 et C.E. belge, 20 fév. 1962, n° 9187.

⁴⁴ Voy. not. C.E. belge, 4 mars 1955, n° 4131 et C.E. belge, 10 juill. 1978, n° 19123.

⁴⁵ Cour suprême, *Foster v. Neilson* (1829) et *United States v. Percheman*, 7 Pet. 51 US (1833).

⁴⁶ Voy. not. L. HENKIN, *op. cit.*, p. 201 et C. M. VASQUEZ, *op. cit.*, p. 702.

⁴⁷ Sur la question, voy. M. N. SHAW, *op. cit.*, pp. 147-148. Pour une application de ce critère, voy. Cour suprême, *Edye v. Robertson*, 112 US 580 (1884) et Cour d'appel des Etats-Unis, *Diggs v. Richardson*, 555 F2d 848 (1976).

⁴⁸ Voy. not. Cour suprême de Californie, *Fujii v. California*, 38 Cal. (2d) 718 (1952).

⁴⁹ Cour suprême, *Missouri v. Holland*, 252 US 416 (1920). Pour un court commentaire, voy. L. H. TRIBE, *American constitutional law*, vol. 1., 3^{ème} éd., New York, Foundation Press, 2000, p. 646.

14. Les deux ordres de juridiction français examinent différemment les éventuels effets directs des traités. Le Conseil d'Etat vérifie au cas par cas si la règle prévoit intrinsèquement et précisément des droits dont le particulier peut se prévaloir en justice. Ce raisonnement permet à la juridiction administrative d'admettre, dans un nombre croissant de cas, le caractère directement applicable de certaines dispositions conventionnelles, principalement au sein de traités visant la protection des droits de l'homme⁵⁰. Sa jurisprudence n'est néanmoins pas constante et il est parfois difficile de comprendre pourquoi le Conseil accepte ou refuse d'accorder des effets directs⁵¹. De leur côté, les tribunaux judiciaires raisonnent davantage pour l'ensemble d'une convention⁵². Ils sont généralement plus enclins à reconnaître le caractère directement applicable des traités⁵³, mais il reste quelques décisions qui suivent une position classique en refusant l'effet direct⁵⁴.

15. En Belgique, il ressort de la jurisprudence une évolution en ce qui concerne le choix du critère pour déterminer le caractère directement applicable ou non du traité⁵⁵. Auparavant, le critère subjectif dominait ; seules les dispositions conventionnelles qui conféraient des droits subjectifs aux individus pouvaient se voir reconnaître un effet direct⁵⁶. Actuellement, cette conception est remise en cause par la jurisprudence, influencée par une doctrine majoritaire. Les Hautes juridictions admettent cet effet dans la matière du contentieux objectif, ce qui marque une dissociation entre l'effet direct et l'octroi de droits subjectifs⁵⁷. En pratique, les deux critères classiques, subjectif et objectif, sont utilisés et adaptés à l'aide d'éléments complémentaires⁵⁸ et « *l'applicabilité directe de la disposition d'un traité est à l'ordinaire gratuitement affirmée, sans autre justification* »⁵⁹. En conséquence, il est souvent difficile d'identifier comment les cours et tribunaux concluent à l'existence d'effets directs.

16. **Quant à l'accueil formel** des conventions internationales, la France et les Etats-Unis apparaissent davantage monistes que la Belgique, en ce que ces deux pays considèrent qu'un traité *self-executing*, une fois entré en vigueur sur le plan international, ne nécessite pas d'acte de réception particulier. Malgré ce point commun, des différences surgissent et derrière les apparences, des similitudes émergent avec l'Etat belge.

17. Le droit américain n'exige pas la publication dans un bulletin officiel pour intégrer les traités dans l'ordre interne. L'article 6 de la Constitution les intègre automatiquement dans le droit national dès qu'ils sont « conclus sous l'autorité des Etats-Unis ». La procédure de conclusion des traités, définie par l'article 2, énonce que le pouvoir de conclure des engagements revient au Président avec l'approbation des deux tiers du Sénat. Cependant, les procédés les plus couramment utilisés sont les « *executive agreements* » par lesquels le Président s'engage au niveau international sans respecter cette exigence constitutionnelle du consentement parlementaire. Il existe plusieurs mécanismes qui atteignent ce résultat⁶⁰. Par le premier de ceux-ci, le Président se lie seul sur base d'un de ses pouvoirs constitutionnels exclusifs, tels sa fonction de commandant en chef de l'armée ou son pouvoir de recevoir les ambassadeurs étrangers (article 2 de la Constitution). Les deuxième et troisième types sont des « *congressional-executive agreements* », le Chef d'Etat

⁵⁰ Voy. not. C.E. fr., 10 mars 1995, *D.*, 1995, p. 617 ; 23 avril 1997, *R.G.D.I.P.*, 1998, p. 201 et 27 juin 2008, n° 291561. La matière de l'extradition est un domaine de prédilection du Conseil depuis l'arrêt *Dame Kirkwood* (C.E. fr. Ass., 30 mai 1952, *Rec.*, p. 291).

⁵¹ Voy. C.E. fr., 3 nov. 1961, *Rec.*, p. 612. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat accepte de reconnaître, via une analyse contractuelle, des effets directs à une résolution de l'Assemblée des Nations Unies. Voy., par contre, C.E. fr. Ass., 8 mars 1985, *Rec.*, 1985, p. 70. Le Conseil y refuse l'application directe d'un traité d'extradition en ce qu'il ne crée des obligations qu'entre les Etats.

⁵² Voy. not. Cass. fr. 1^{ère} ch. civ., 10 mars 1993, *R.G.D.I.P.*, 1993, p. 1051 et Cass. fr. civ., 15 juill. 1993, *Bull.*, 1993, p. 179.

⁵³ Cass. fr. crim., 29 janv. 1997, *Bull. crim.*, 1997, p. 116 et Cass. fr. 1^{ère} ch. civ., 15 nov. 1989, *Clunet*, 1990, p. 611.

⁵⁴ Cass. fr. 3^{ème} ch. civ., 6 avril 1976, *JCP*, 1977, II, p. 18559 et Cass. fr. crim., 5 déc. 1978, *D.*, 1979, p. 50.

⁵⁵ Voy. H. BRIBOSIA, *op. cit.*, pp. 44-56 et E. CLAES et A. VANDAELE, *op. cit.*, pp. 419-445.

⁵⁶ C.E. belge, 13 mars 1964, n° 10.501 ; C.E. belge, 12 avril 1989, n° 32.346 ; Cass. belge, 13 avril 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 849 ; Cass. belge, 27 mai 1971, *Le Ski, Pas.*, 1971, I, p. 886 et Cass. belge, 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1122.

⁵⁷ Voy. not. C.E. belge, 6 sept. 1989, n° 32.989, *R.A.C.E.*, 1989, p. 66 ; C.A. belge, 19 mai 1994, n° 40/94 et Cass. belge, 20 déc. 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 392.

⁵⁸ Pour une liste de certains critères complémentaires, voy. E. CLAES et A. VANDAELE, *op. cit.*, pp. 424-445.

⁵⁹ J. VERHOEVEN, « Jurisprudence belge relative au droit international », *R.B.D.I.*, 1986, p. 343.

⁶⁰ Voy. R. D. ROTUNDA et J. E. NOWAK, *Treatise on constitutional law : substance and procedure*, vol. 1, 2^{ème} éd., St. Paul, West publishing co., 1992, pp. 518-524 et *Restatement of the law third, op. cit.*, § 303.

américain conclut un engagement avec une intervention du Congrès à la majorité simple, soit via une autorisation préalable, soit via une confirmation postérieure. Enfin, le Président peut s'engager sur base d'une habilitation prévue dans un traité antérieur et valide. Ces procédés n'ont pas de réel support constitutionnel⁶¹. Cependant, bien que la source et la mise en œuvre de ces mécanismes soient controversées, ils sont généralement admis comme alternatives aux traités sans aucune condition particulière d'applicabilité⁶².

18. L'article 55 de la Constitution française établit que les traités sont intégrés dans l'ordre interne du simple fait de leur régulière ratification ou approbation⁶³ et de leur publication au *Journal officiel*⁶⁴. En outre, pour certains traités, l'article 53 rend nécessaire une loi préalable à la ratification ou à l'approbation. Il revient aux juges de vérifier le respect des conditions cumulatives de l'article 55⁶⁵. Le contrôle par les juges administratifs et judiciaires de l'existence matérielle de la publication et de sa régularité est acquis depuis longtemps⁶⁶. Par contre, en ce qui concerne la procédure de conclusion des traités, l'examen par les juges se limitait, jusqu'il y a peu, à l'existence de celle-ci. En 2001, la chambre civile de la Cour de cassation s'aligne sur une jurisprudence enclenchée par le Conseil d'Etat quelques années plus tôt et affirme qu'il appartient au juge de vérifier également sa régularité⁶⁷. Il convient également de préciser qu'un grand rôle est confié au Conseil constitutionnel. L'article 54 prévoit son éventuelle intervention préalable pour contrôler, notamment, les conditions d'applicabilité des traités⁶⁸.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel consacre, sur base de l'article 55 *in fine*, une réserve de réciprocité et celle-ci atténue le caractère internationaliste de la France⁶⁹. Cette condition stipule qu'un traité n'est pas applicable dans l'ordre interne si « l'autre partie » ne l'exécute pas⁷⁰. Les juges se refusent de contrôler cette exigence, mais leurs réactions sont différentes⁷¹. Alors que la chambre civile de la Cour de cassation considère qu'il y a une présomption de réciprocité quand le gouvernement s'abstient de dénoncer une convention ou de suspendre son application⁷², sa chambre criminelle et le Conseil d'Etat renvoient systématiquement l'appréciation de cette condition au Ministre des affaires étrangères⁷³. Cette dernière

⁶¹ La section 10 de l'article 1^{er} de la Constitution fait toutefois référence à des accords distincts des traités. Alors que la première clause se réfère aux « *treaties* », la troisième évoque les « *agreements* » ou « *compacts* ». Voy. L. H. TRIBE, *op. cit.*, pp. 647-649.

⁶² Voy. not. *Restatement of the law third, op. cit.*, § 303 ; L. HENKIN, *op. cit.*, pp. 215-224 ; R. D. ROTUNDA et J. E. NOWAK, *op. cit.*, pp. 519-524 ; M. N. SHAW, *op. cit.*, p. 147 et L. H. TRIBE, *op. cit.*, pp. 648-656. Voy. plusieurs arrêts de la Cour suprême : *Cotzhausen v. Nazro*, 107 US 215 (1882) ; *B. Altman & Co. v. United States*, 224 US 583 (1912) ; *United States v. Belmont*, 301 US 324 (1937) ; *United States v. Pink*, 315 US 203 (1942) ; *Dames & Moore v. Regan*, 453 US 654 (1981) et *Weinberger v. Rossi*, 456 US 25 (1982).

⁶³ L'article 55 se situe dans le prolongement des articles 52 et 53. Ceux-ci différencient, d'une part, les traités internationaux qui doivent être ratifiés par le Président de la République et, d'autre part, les accords internationaux qui sont approuvés et dont le Président est seulement informé.

⁶⁴ J.-F. LACHAUME, *Droit administratif*, 6^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1991, p. 39. L'auteur précise des modalités liées à la publication.

⁶⁵ Sur le caractère cumulatif, voy. L. FAVOREU, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 190-191.

⁶⁶ C.E. fr., 5 fév. 1926, *Dame Caraco, Rec.*, p. 483 ; C.E. fr., 30 oct. 1964, *Sté Prosagor, Rec.*, p. 496 et Cass. fr. 1^{ère} ch. civ., 16 mai 1961, *D.*, 1961, p. 489. Par ailleurs, il est opportun de noter que la moitié des traités conclus par la France ne sont jamais publiés.

⁶⁷ Cass. fr. 1^{ère} ch. civ., 29 mai 2001, *ASECNA, Bull.*, p. 97 et C.E. fr. Ass., 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim, A.J.D.A.*, 1999, p. 180. Voy. D. CARREAU, *op. cit.*, p. 483 et p. 493. Cette jurisprudence ne vaut, selon l'auteur, que lorsqu'une loi préalable est nécessaire dans le cadre de l'article 53.

⁶⁸ En outre, l'article 61 permet au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle indirect du traité ratifié lorsqu'il procède à l'examen, soit de la loi qui autorise la ratification ou l'approbation, soit d'une loi qui applique le traité en vigueur. Sur ces articles 54 et 61, voy. F. LUCHAIRE, *Le Conseil constitutionnel*, tome 1^{er} : *Organisations et attributions*, 2^{ème} éd., Paris, Economica, 1997, pp. 213-249 et B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 149-153.

⁶⁹ Cons. const. fr., 30 déc. 1980, 126 DC, § 6. Concernant les trois dispositions constitutionnelles avec une réserve de réciprocité explicite, voy. F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *R.D.P.*, 1999, pp. 37-46.

⁷⁰ Sur l'effet en matière d'applicabilité et non de primauté, voy. D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, p. 81 et M. de VILLIERS, *op. cit.*, p. 339. Sur les questions soulevées par l'expression « l'autre partie », voy. F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle... », *op. cit.*, p. 41.

⁷¹ Cette condition est écartée dans le cadre des traités à but humanitaire. Voy. Cons. const. fr., 22 janv. 1999 et Cass. fr. ch. civ., 15 nov. 1989. Le Conseil d'Etat exclut son application pour la CEDH (21 déc. 1990, *Rec.*, p. 368 et 22 mai 1992, *Rec.*, p. 103).

⁷² Cass. fr. 1^{ère} ch. civ., 6 mars 1984, *Bull.*, p. 69 et Cass. fr. 1^{ère} ch. civ., 23 mars 1994, *Bull.*, p. 80.

⁷³ Cass. fr. crim., 29 juin 1972, *Bull.*, p. 595 ; C.E. fr. Ass., 29 mai 1981, *Rec.*, p. 219 et C.E. fr. Ass., 9 avril 1999, *Rec.*, p. 115. Cette dernière décision de 1999 démontre que le Conseil maintient sa jurisprudence et que l'arrêt du 29 juin 1990 n'a que les apparences d'un revirement (C.E. fr. Ass., 29 juin 1990, *Rec.*, p. 171).

méthode est condamnée par la Cour de Strasbourg en ce que s'en remettre automatiquement à l'avis du ministre sans le soumettre à la critique ou à un débat contradictoire viole l'article 6 de la CEDH⁷⁴.

19. En Belgique, un traité ratifié par le Roi et entré en vigueur dans l'ordre international est soumis à certaines exigences formelles⁷⁵. L'assentiment est rendu obligatoire par l'article 167, deuxième paragraphe, de la Constitution et vise à donner effet au traité dans l'ordre juridique interne. Depuis 1993, le caractère législatif de cet acte est consacré dans la loi fondamentale⁷⁶, ce qui confirme la pratique antérieure et exclut la possibilité, soutenue par une doctrine dominante, de recourir à un assentiment par le biais d'une résolution des Chambres⁷⁷. Aucune règle générale n'impose de solliciter l'approbation avant de ratifier⁷⁸, mais cet ordre est privilégié en pratique afin d'éviter d'engager la responsabilité internationale de la Belgique⁷⁹. Il est, à notre sens, erroné de conclure que la Belgique appartient à l'école dualiste à cause de cette formalité de l'assentiment. D'une part, il ne s'agit pas d'une loi au sens matériel ; l'acte réceptionne le traité mais sans en transposer le contenu⁸⁰. D'autre part, malgré certaines réticences doctrinales⁸¹, la sanction du non-respect de cette procédure est l'inapplicabilité interne du traité, sans effet sur la validité internationale⁸².

D'autres obligations formelles existent en droit belge, mais leur portée et leur concrétisation sont incertaines. L'exigence de publication des traités au *Moniteur belge* est consacrée expressément dans une loi en 1961⁸³. La formule de l'article 8 de cette loi – qui énonce « *lorsqu'il y a lieu à publication* » – est sujette à interprétation, mais il semble admis que l'obligation vise au moins les dispositions *self-executing*⁸⁴. L'article 14 de l'accord de coopération du 8 mars 1994 consacre également cette exigence pour tous les traités mixtes. Par ailleurs, l'article 167, premier paragraphe, de la Constitution exige une habilitation parlementaire pour assurer la validité internationale des traités de frontières. Néanmoins, la rigueur de ce principe n'est que peu

⁷⁴ Cour eur. dr. h., *Chevol c. France*, 13 mai 2003, requête n° 49636/99, §§ 78-84.

⁷⁵ La pratique recourt fréquemment aux accords « en forme simplifiée » conclus sans l'intervention du Roi. Depuis longtemps, la jurisprudence reconnaît leur validité et les soumet aux formalités d'applicabilité des traités. Voy. Cass. belge, 25 nov. 1955, *J.T.*, 1956, p. 339 ; P. DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 28-29 et J. VERHOEVEN, *Droit international...*, *op. cit.*, pp. 387-389 et p. 467.

⁷⁶ Voy. les articles 75, alinéa 3, et 77, 6°, de la Constitution. Suivant la répartition législative de l'Etat fédéral, cette norme est une loi, un décret ou une ordonnance selon que l'objet relève de la compétence de l'Etat fédéral et/ou des Communautés et des Régions (voy. les paragraphes 2 et 3 de l'article 167 de la Constitution).

⁷⁷ Voy. not. Y. LEJEUNE, « La conduite des relations internationales », in F. DELPEREE (dir.), *La Belgique fédérale*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 320 et J. VERHOEVEN, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 461. Voy. *contra* J. VERHOEVEN, « Sources et principes... », *op. cit.*, p. 34 ; P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 24 et M. WAELBROECK, « Considérations sur le rôle du juge belge face au droit international », *Rivista di diritto internazionale*, 1973, p. 504.

⁷⁸ Cependant, l'article 12 de l'accord de coopération du 8 mars 1994 sur les modalités de conclusion des traités mixtes impose que « *l'instrument de ratification ou d'adhésion de la Belgique* » subvienne après l'assentiment des Assemblées (*M.B.*, 17 déc. 1996).

⁷⁹ Par ailleurs, il n'est pas contesté que l'autorisation peut être accordée de manière anticipée tant que les Chambres sont suffisamment informées. Voy. P. DE VISSCHER, *op. cit.*, pp. 24-25 et J. MASQUELIN, *op. cit.*, pp. 268-278 ; C.E. belge, 7 janv. 1953, n° 2070, *Rec.*, 1953, p. 5 et Cass. belge, 19 mars 1981, *J.T.*, 1982, p. 565.

⁸⁰ Voy. Cass. belge, 16 janv. 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 625 et Cass. belge, 12 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 874 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, p. 487 et s. ; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 319 et M. WAELBROECK, « Considérations... », *op. cit.*, p. 519. Voy. *contra* J. MASQUELIN, *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belges*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 232-235.

⁸¹ Selon certains auteurs, l'assentiment habilite le Roi à lier la Belgique sur le plan international. Voy. F. DEHOUSSE, *La ratification des traités : essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Paris, Sirey, 1935, pp. 138-142 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 489-491 et M. WAELBROECK, « Considérations... », *op. cit.*, pp. 505-524.

⁸² Voy. F. DUMON, *op. cit.*, p. 214 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 490 et J. VERHOEVEN, « Sources et principes... », *op. cit.*, p. 34.

⁸³ Loi du 31 mai 1961, *M.B.*, 21 juin 1961. Auparavant, l'exigence était déduite du principe général de l'article 129 de la Constitution (actuel article 190) qui prévoyait la publication des lois, arrêtés et règlements. Voy. deux arrêts de la Cour de cassation en matière de traités directement applicables : 11 déc. 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 298 et 18 nov. 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 290. Il ne s'agit pas d'une condition spécifique aux traités, mais seulement d'une exigence intrinsèque à tout acte juridique qui entend produire un effet interne, obligatoire et général.

⁸⁴ Voy. not. P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 26 ; Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, p. 673 et J. VERHOEVEN, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 473. Voy. aussi Cass. belge, 19 mars 1981, *J.T.*, 1982, p. 565. Dans cette décision, la Cour précise que la publication doit être intégrale et que la connaissance effective par les particuliers ne suffit pas pour remplir la condition d'opposabilité du traité.

respectée⁸⁵. Enfin, la même disposition stipule que le Roi donne connaissance aux Chambres « aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'Etat le permettent », mais cet impératif est lié aux cas des hostilités et ne semble pas devoir être étendu à toutes les hypothèses de conclusion de traités⁸⁶.

B. Place des normes internationales en droit interne

20. Les traités, une fois applicables en droit interne, n'ont pas la même autorité dans les systèmes comparés. Néanmoins, dans les trois contextes, il est opportun de distinguer le rang réservé à ces sources internationales en fonction de leurs rapports avec la Constitution ou avec le droit infra-constitutionnel⁸⁷.

Dans les trois appareils juridiques, les juges tentent d'éviter les conflits entre les règles internes et les traités internationaux en interprétant ces normes. Cette tâche, en Belgique⁸⁸ et aux Etats-Unis⁸⁹, revient aux juges saisis tandis qu'en France, les juridictions sont partagées sur la question de l'interprétation⁹⁰.

1. Rapports entre les traités et le droit interne non constitutionnel

21. Une similitude apparaît entre les droits américain et français : une disposition constitutionnelle prévoit l'autorité des traités internationaux valablement intégrés dans l'ordre interne. Cependant, celle-ci est différente : alors que l'article 55 de la Constitution française reconnaît une valeur supra-législative aux traités, l'article 6 de la loi fondamentale des Etats-Unis signifie que la place de ces normes est équivalente à celle des lois fédérales. Les juges ont précisé les conséquences concrètes de ces deux dispositions.

22. L'article 6 de la Constitution américaine affirme que « *the supreme Law of the Land* » est constituée par la Constitution fédérale, les lois fédérales et les traités internationaux⁹¹. Les constitutions et lois fédérées ne peuvent contredire ces trois types de normes. Dans ce sens, un traité prime une loi fédérée, antérieure ou postérieure, même dans une matière normalement fédérée⁹².

Par contre, cet article 6 ne précise pas la relation qui existe entre les trois types de normes. Depuis le début du 19^{ème} siècle, une valeur équivalente est accordée à un traité et à une loi fédérale sur base de l'interprétation de cette clause⁹³. La règle « *the last expression of the sovereign will must control* »⁹⁴ est dès alors appliquée et un traité l'emporte sur les lois antérieures, mais une législation postérieure peut y déroger⁹⁵. En 1998, dans *Breard v. Greene*, la Cour suprême réaffirme la supériorité d'une loi fédérale récente sur la

⁸⁵ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 23 et J. MASQUELIN, *op. cit.*, pp. 184-185.

⁸⁶ J. VERHOEVEN, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 472.

⁸⁷ Les constitutions fédérées des Etats-Unis sont inférieures à la Constitution fédérale selon la clause de suprématie de l'article 6. Aussi, les relations des traités avec ces normes constitutionnelles seront analysées sous le point 1 (pp. 9-11).

⁸⁸ Voy. B. HAUBERT et C. DEBROUX, *op. cit.*, pp. 112-114. Le juge doit interpréter les normes internationales pour résoudre le litige qui lui est soumis, peut-être avec l'aide de la Cour constitutionnelle grâce à une question préjudicielle. La Cour de cassation dénie le pouvoir d'interprétation authentique au législateur concernant les traités. Voy. Cass. belge, 19 mars 1842, *Pas.*, 1842, I, p. 133 ; Cass. belge, 16 janv. 1968, *J.T.*, 1984, p. 177 et Cass. belge, 27 janv. 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 574.

⁸⁹ La Cour suprême déclare que le juge doit tenter de dégager une interprétation conciliante. Voy. *Murray v. the Charming Betsy*, 6 US 64, 118 (1804) et *Whitney v. Robertson*, 124, US 190 (1888). Pour une application plus récente, voy. US District Court of New York, 29 juin 1988, *United States v. P.L.O.*, 695 F.Supp. 1456 (1988) et sur le sujet, B. STERN, « L'affaire du bureau de l'O.L.P. devant les juridictions internes et internationales », *A.F.D.I.*, 1988, pp. 165-194.

⁹⁰ Aujourd'hui, le Conseil d'Etat et les magistrats civils et sociaux de la Cour de cassation acceptent d'interpréter eux-mêmes les traités internationaux alors que la chambre criminelle de la Haute juridiction judiciaire adresse toujours les questions d'interprétation au gouvernement. Voy. not. D. CARREAU, *op. cit.*, pp. 484-488 et P.-M. DUPUY, *op. cit.*, pp. 435-437.

⁹¹ Sur les rapports des traités avec les lois fédérales ou avec d'autres législations, voy. R. D. ROTUNDA et J. E. NOWAK, *op. cit.*, pp. 515-517 et N. J. SINGER, *Sutherland Statutory Construction*, 6^{ème} éd., St. Paul (MN), West Group, 2000, § 32.6.

⁹² Voy. not. Cour suprême, *Ware v. Hylton*, 3 US (3 Dall.) 199 (1796) ; Cour suprême, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 US 304 (1816) et Cour suprême, *Hauenstein v. Lynham*, 100 US 483 (1880).

⁹³ Cour suprême, *Foster v. Neilson* (1829).

⁹⁴ Voy. not. Cour suprême, *The Cherokee Tobacco*, 78 US (11 Wall.) 616, 620-21, 20 L.Ed. 227 (1870) ; Cour suprême, *Chae Chan Ping v. United States*, 130 US 581 (1889) et Cour suprême, *Reid v. Covert*, 354 US 1 (1957).

⁹⁵ Il existe certaines exceptions au principe de la primauté de la règle la plus récente, voy. J. J. PAUST, *op. cit.*, pp. 81-88.

Convention de Vienne de 1963 relative aux relations consulaires⁹⁶. Par ailleurs, la place réservée dans la hiérarchie interne aux nombreux *executive agreements* est sujette à discussion. Si les auteurs s'accordent pour faire prévaloir l'engagement vis-à-vis d'une loi fédérée contraire, ils divergent concernant sa relation avec une loi fédérale antérieure. La position de la Cour suprême est très attendue⁹⁷ mais, en tout état de cause, les analyses semblent devoir être différentes en fonction des catégories d'accords⁹⁸.

Malgré une présomption selon laquelle le Congrès ne légifère pas contre les obligations internationales⁹⁹ et le principe d'interprétation en ce sens, « *the last in time rule* » et l'attitude des juges démontrent un penchant nationaliste du système américain où la tendance est de faire prévaloir les décisions internes sur les engagements internationaux¹⁰⁰.

23. En France, la primauté des traités sur les décisions administratives est assurée sans difficulté par le Conseil d'Etat. Depuis l'arrêt *Dame Kirkwood*, ces normes entrent dans le bloc de légalité administrative et les mécanismes ordinaires s'appliquent¹⁰¹.

En revanche, pendant plusieurs décennies, la garantie de la valeur supra-législative du traité lorsqu'il entre en conflit avec une loi postérieure était controversée¹⁰². Il se trouve que le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour apprécier ce conflit en tant que juge constitutionnel afin d'éviter d'inclure les traités dans le bloc de constitutionnalité¹⁰³. Il permet ainsi aux juges ordinaires de veiller au respect de ces normes internationales sur base de l'article 55 et leur donne l'occasion de faire quasiment un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception car « *de nombreuses conventions contiennent des dispositions qui sont identiques, en substance, à des règles et principes de valeur constitutionnelle* »¹⁰⁴. Dès qu'il a l'occasion d'assurer ce contrôle en tant que juge des élections, le Conseil constitutionnel montre l'exemple¹⁰⁵. La Cour de cassation profite rapidement de cette opportunité avec son célèbre arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* où la chambre mixte accepte d'écarter une loi postérieure contraire au Traité de Rome¹⁰⁶. Par la suite, la Cour étend sa jurisprudence à tout le droit international¹⁰⁷. En revanche, pendant près de quinze ans, le Conseil d'Etat persiste à refuser ce « contrôle de constitutionnalité » et maintient sa jurisprudence de la « loi-écran »¹⁰⁸. Enfin, en 1989, le Conseil accepte d'assurer le respect de l'article 55 et de faire primer le droit international d'effet direct sur la loi, même postérieure¹⁰⁹.

⁹⁶ Cour suprême, *Breard v. Greene*, 523 US 371 (1998).

⁹⁷ Voy. cependant une importante décision d'une cour fédérale inférieure, Fourth Circuit, *United States v. Guy W. Capps Inc.*, 204 F.2d 655 (1953) et sur le sujet, R. D. ROTUNDA et J. E. NOWAK, *op. cit.*, pp. 524-525.

⁹⁸ Voy. not. *Restatement of the law third, op. cit.*, § 303 ; L. HENKIN, *op. cit.*, pp. 226-230 ; R. D. ROTUNDA et J. E. NOWAK, *op. cit.*, pp. 524-526 et L. H. TRIBE, *op. cit.*, pp. 648-656.

⁹⁹ Cour suprême, *Cook v. United States*, 288 US 102 (1933) et Cour suprême, *Weinberger v. Rossi*.

¹⁰⁰ Pour des réflexions sur le sujet et notamment sur l'arrêt *Breard*, voy. D. F. VAGTS, « Editorial comments : taking treaties less seriously », *A.J.I.L.*, 1998, pp. 458-462.

¹⁰¹ Voy. C.E. fr. Ass., 30 mai 1952. Un recours peut s'appuyer sur la violation d'un traité même si l'acte administratif est conforme à une loi nationale. Voy. J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 17^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 77.

¹⁰² Le principe *lex posterior derogat priori* s'applique naturellement dans le rapport entre un traité et une loi nationale antérieure et, entraîne donc la primauté du traité. Voy. not. Cass. fr., 7 janv. 1972, *Dalloz*, 1972, p. 497 et C.E. fr. Ass., 7 juill. 1978, *Rec.*, p. 292.

¹⁰³ Cons. const. fr., 15 janv. 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, 54 DC. Le Conseil constitutionnel maintient cette jurisprudence, voy. Cons. const. fr., 3 sept. 1986, 216 DC et 30 mars 2006, 535 DC. Pour les raisons du refus, voy. not. D. ALLAND, *op. cit.*, pp. 370-373 et M. de VILLIERS, *op. cit.*, pp. 342-344.

¹⁰⁴ M. de VILLIERS, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁵ Cons. const. fr., 21 oct. 1988, *Elections à l'assemblée nationale – Val-d'Oise*, 1082/1117.

¹⁰⁶ Cass. fr., 24 mai 1975, *Société des cafés J. Vabre*, R.T.D.E., 1975, pp. 336-357. Le procureur général se réfère notamment à l'arrêt belge *Le Sêi* comme exemple d'une primauté accordée au droit communautaire, même sans appui constitutionnel (p. 352).

¹⁰⁷ Cass. fr. 1^{ère} civ., 1^{er} oct. 1986, *Guillot*, *Bull. civ.*, n° 232, p. 222 et Cass. fr. crim., 7 mai 1987, *Schleicher*, *Bull. crim.*, n° 186.

¹⁰⁸ C.E. fr., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de Paris*, *Rec.*, 1968, p. 149.

¹⁰⁹ C.E. fr. Ass., 20 oct. 1989, *Nicolo*, *Rec.*, 1989, p. 190. Voy. R. CHAPUS, *Le droit administratif général*, tome 1^{er}, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1990, pp. 95-98 et L. DUBOIS (dir.), « Droit administratif et droit communautaire : le juge administratif, le traité et la loi postérieure », *R.F.D.A.*, 1989, pp. 993-1008. Cette jurisprudence est confirmée par la suite, voy. not. C.E. fr., 21 déc. 1990.

Aujourd'hui, dans le cadre des rapports des traités avec les normes infra-constitutionnelles, les Hautes juridictions françaises confirment le choix constitutionnel pour le monisme avec primauté du droit international.

24. Aucun article de la Constitution belge ne prévoit l'autorité conférée aux traités dans ce contexte et la tâche revient dès lors aux tribunaux. Les différents ordres de juridiction manifestent, relativement aux normes infra-constitutionnelles, une conception moniste à primauté du droit international.

Le Conseil d'Etat se déclare compétent (et ce déjà avant la retentissante décision de la Cour de cassation) pour valider ou invalider des actes réglementaires après avoir écarté l'effet de la loi de référence contraire à une convention internationale directement applicable¹¹⁰.

Depuis l'arrêt *Le Ski*, la Cour de cassation affirme clairement la primauté des traités internationaux ayant des effets directs sur les lois et les normes inférieures¹¹¹. Selon elle, l'acte d'assentiment n'a pas de fonction normative et la primauté découle de « *la nature même du droit international conventionnel* »¹¹².

La Cour constitutionnelle utilise le droit conventionnel comme norme de contrôle bien qu'elle n'ait pas de compétence directe. Elle l'examine lorsqu'elle juge de la validité constitutionnelle à l'aune des traités internationaux, soit en combinaison avec les articles 10 et 11¹¹³, soit en considérant la norme constitutionnelle de référence et la norme internationale visée comme un « *ensemble indissociable* » vu leur portée analogue¹¹⁴. Dès lors, la Cour s'estime apte à apprécier les instruments internationaux chaque fois que leur violation peut également se traduire en une violation des principes constitutionnels dont elle est la garante.

2. Rapports entre les traités et le droit interne constitutionnel

25. Les trois systèmes nationaux démontrent une réticence à soumettre leur Constitution au droit conventionnel international, à l'exception de la Cour de cassation belge (ainsi que, dans une certaine mesure, le Conseil d'Etat belge et, suivant certaines interprétations, le Conseil constitutionnel français).

26. Aux Etats-Unis, ce point ne semble pas requérir de longs développements vu le net refus de faire primer ici le droit international. Il est utile de rappeler que l'article 6 de la Constitution ne prévoit pas la relation qui existe entre les trois normes énoncées comme « *the supreme Law of the Land* ». Néanmoins, depuis 1829 et l'affirmation selon laquelle les traités ont une valeur équivalente aux lois fédérales, il paraît logique que les engagements internationaux ne peuvent pas contredire les dispositions constitutionnelles. Tout doute éventuel est dissipé en 1957 par l'arrêt *Reid v. Covert* de la Cour suprême¹¹⁵. Elle affirme de manière non équivoque que les traités ne peuvent pas conférer, au Congrès ou à quelqu'autre branche du gouvernement, des pouvoirs qui iraient contre les restrictions constitutionnelles.

Ainsi, un traité contraire à une disposition constitutionnelle n'est pas valide car cela revient à introduire des amendements à la Constitution sans se conformer à la procédure de révision établie par son article 5. Les Etats-Unis se placent dès lors régulièrement dans une situation de non-respect de leurs

¹¹⁰ H. BRIBOSIA, *op.cit.*, p. 66. Voy. C.E. belge, 17 fév. 1989, *J.T.*, 1989, p. 254 pour un exemple de validation et C.E. belge, 10 nov. 1989, *J.T.*, 1990, p. 608 pour un cas d'invalidation.

¹¹¹ Cass. belge, 27 mai 1971. Malgré un contexte européen, la Cour commence par donner un raisonnement général.

¹¹² En Belgique, la valeur des traités sans effet direct est discutée. La jurisprudence *Schieble* de la Cour de cassation, qui applique la règle *lex posterior derogat priori*, est-elle maintenue ? Voy. Cass. belge, 26 nov. 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 76. Ou faut-il considérer, comme le soutient une certaine doctrine, que les traités imposant à l'Etat une obligation complète et inconditionnelle bénéficient aussi de la primauté énoncée par *Le Ski* ? Voy. not. M. WAELBROECK, « Effets internes des obligations imposées à l'Etat », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, op. cit.*, pp. 573-583.

¹¹³ Ces arrêts sont très nombreux. Voy. not. C.A. belge, 14 nov. 1991, n° 33/91 et C.A. belge, 19 avril 2006, n° 57/2006.

¹¹⁴ Voy. C.A. belge, 22 juill. 2004, n° 136/2004.

¹¹⁵ Cour suprême, *Reid v. Covert* (1957). Cette décision ne reçoit pas le support de la majorité des magistrats ; il s'agit de l'avis qui accueille le plus de votes (« *a plurality opinion* »). Cette position est, depuis lors, affirmée plus fermement par la Cour. Voy. Cour suprême, *Boos v. Barry*, 485 US 312 (1988) et *Printz v. United States*, 521 US 98 (1997). Voy. L. H. TRIBE, *op. cit.*, pp. 647-648.

obligations internationales. En outre, la paralysie des traités internationaux risquerait bien d'être définitive étant donné que la modification de la Constitution est soumise à de strictes conditions¹¹⁶.

27. Le contrôle préventif des traités par le Conseil constitutionnel français tend à éviter le problème de la hiérarchie. Il s'agit de modifier la Constitution avant la ratification ou l'approbation afin d'empêcher les contradictions entre deux normes en vigueur¹¹⁷. Toutes les difficultés ne sont cependant pas contournées et les juridictions doivent parfois, face à un traité intégré, juger d'un éventuel conflit.

Le Conseil d'Etat est le premier à s'être prononcé clairement sur les rapports entre la Constitution et le droit conventionnel. En 1996, la Haute juridiction administrative fait prévaloir un principe à valeur constitutionnelle sur le traité¹¹⁸, mais cette décision est alors fortement condamnée en doctrine¹¹⁹. Dans son arrêt *Sarran* de 1998, le Conseil d'Etat, face à une loi constitutionnelle, affirme de manière générale la suprématie des dispositions de nature constitutionnelle sur les traités¹²⁰. La Cour de cassation adopte rapidement la même position et fait primer une loi organique de rang constitutionnel sur des dispositions conventionnelles¹²¹.

Quant au Conseil constitutionnel, sa jurisprudence est équivoque, tant dans le cadre des recours *a priori* de l'article 54 que lors des interventions indirectes *a posteriori*. En 1976, le Conseil précise, sous forme d'un *obiter dictum*, les critères qu'il utilise pour ses décisions de conformité¹²². Un de ceux-ci est la non-atteinte à la souveraineté nationale mais, étant entendu que s'engager internationalement constitue un attribut essentiel d'un Etat souverain, cette exigence est étrange. Par ailleurs, la juridiction constitutionnelle oscille entre son envie de protéger les normes internationales et sa fonction de garante de la Constitution. Son penchant internationaliste se manifeste par le peu de décisions de non-conformité¹²³ et par quelques arrêts qui permettent des dérogations éventuelles aux principes constitutionnels¹²⁴. Sa volonté de faire primer la Constitution sur les traités semble néanmoins prédominante, bien que sa position ne soit pas clairement exprimée dans sa jurisprudence¹²⁵. La décision retentissante du Conseil en date du 10 juin 2004¹²⁶ paraît clarifier la question, mais les interprétations divergent. Certains auteurs considèrent que le Conseil consacre la primauté du droit communautaire sur la Constitution¹²⁷ alors que d'autres y voient la reconnaissance de la supériorité de la Constitution française¹²⁸. La décision du 19 novembre 2004 nous

¹¹⁶ L'article 5 prévoit deux méthodes de révision, mais ces procédures sont très lourdes principalement parce qu'elles prévoient des majorités de trois quarts des Etats et que la plupart de ceux-ci ont deux chambres législatives. La Constitution américaine n'a d'ailleurs été modifiée que par vingt-sept amendements depuis 1787. Voy. les réflexions de D. F. VAGTS, *op. cit.*, pp. 458-462.

¹¹⁷ Un débat doctrinal surgit : pour certains, le traité est supérieur car c'est la Constitution qui est modifiée et le traité n'est pas lui-même remis en cause, tandis que pour d'autres, la Constitution prime vu qu'elle établit le mécanisme et celui-ci risque d'inciter les non-ratifications. Voy. D. ALLAND, *op. cit.*, pp. 375-376.

¹¹⁸ C.E. fr. Ass., 3 juill. 1996, *Komé, Rec.*, p. 255. Le Conseil d'Etat, pour l'occasion, dégage d'une loi française un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » suivant lequel l'extradition doit être refusée si elle est demandée dans un but politique.

¹¹⁹ Voy. not. L. FAVOREU, « Principes généraux du droit et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *R.F.D.A.*, 1996, pp. 882-885 ; P. GAÏA, « Normes constitutionnelles et normes internationales », *R.F.D.A.*, 1996, p. 889 et H. LABAYLE, « Le juge, la Constitution et l'extradition », *R.F.D.A.*, 1996, p. 901.

¹²⁰ C.E. fr. Ass., 30 oct. 1998, *Sarran, Rec.*, p. 369. Cet arrêt est confirmé par la suite, voy. not. C.E. fr., 23 fév. 2000, *Rec.*, p. 72.

¹²¹ Cass. fr. Ass., 2 juin 2000, *Mlle Pauline Fraisse, Bull. Ass. Plén.*, n° 4, p. 7.

¹²² Cons. const. fr., 30 déc 1976, *Election au suffrage universel direct de l'assemblée européenne*, 71 DC.

¹²³ Sur une quinzaine de saisines, le Conseil constitutionnel a seulement rendu six décisions de non-conformité : 9 avril 1992, 308 DC ; 31 déc. 1997, 394 DC ; 22 janv. 1999, 408 DC ; 15 juin 1999, 142 DC ; 19 nov. 2004, 505 DC et 13 oct. 2005, 524/525 DC. Pour une synthèse de ces décisions, voy. D. CARREAU, *op. cit.*, pp. 76-78.

¹²⁴ Voy. not. Cons. const. fr., 5 mai 1998, 399 DC, § 15.

¹²⁵ Voy. not. Cons. const. fr., 13 août 1993, 325 DC, § 2 et Cons. const. fr., 21 janv. 1994, 335 DC, § 6.

¹²⁶ Cons. const. fr., 10 juin 2004, 496 DC. Cette jurisprudence est rapidement répétée par le Conseil le 1^{er} juillet (497 DC) et le 29 juillet (498 DC et 499 DC) de la même année.

¹²⁷ Voy. not. le commentaire relatif à la décision dans *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 17, pp. 9-13 ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, « La décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 et la hiérarchie des normes », *A.J.D.A.*, 2004, pp. 1534-1537 et M. de VILLIERS, *op. cit.*, p. 356.

¹²⁸ Voy. not. D. CARREAU, *op. cit.*, pp. 74-76 ; P. CASSIA, « Le véritable sens de la décision n° 2004-496 DC du Conseil constitutionnel », *A.J.D.A.*, 2004, p. 1385 et P.-Y. MONJAL, « Le Conseil constitutionnel français et les directives communautaires : l'incompétence du juge suprême comme garantie de l'inopposabilité de la Constitution au droit communautaire ? », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004,

permet probablement de pencher vers un mélange des deux interprétations en se basant sur la théorie avancée par le Conseil d'un « *ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* »¹²⁹. Ainsi, il rappelle la primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte de la Constitution française, mais cette spécificité du droit communautaire ne modifie pas le rang accordé au droit international classique, vis-à-vis duquel les dispositions constitutionnelles restent supérieures.

28. La jurisprudence belge est divisée sur l'autorité des traités vis-à-vis de la Constitution. Depuis 1971, la Cour de cassation estime qu'une norme conventionnelle directement applicable prime sur « *une norme de droit interne* »¹³⁰. Cet attendu est sujet à controverses en ce qui concerne la portée de cette formule générale : la question se pose de savoir si elle inclut la norme constitutionnelle. En 1996, la Cour juge à plusieurs reprises de la conformité de la Constitution par rapport à la CEDH¹³¹. Dans ces affaires, elle ne doit pas censurer la Constitution car aucune violation n'apparaît, mais la possibilité d'écarter la loi fondamentale en cas de contradiction ne semble pas exclue. Vu la nature particulière de la CEDH, des divergences d'interprétation peuvent encore émerger quant à la primauté des traités internationaux « plus classiques »¹³². Néanmoins, la Haute juridiction laisse entendre, dans un *obiter dictum* de 2004, la direction qu'elle est prête à prendre pour l'ensemble des traités. Pourtant appelée à juger des rapports entre la Constitution et la CEDH, la Cour ajoute que « *toute convention ayant un effet direct prime la Constitution* »^{133 134}.

La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat a reconnu progressivement que le droit international directement applicable prime la Constitution. Après avoir énoncé la primauté de la CEDH¹³⁵ et ensuite celle d'une disposition du Traité de Rome¹³⁶, cette section du Conseil d'Etat admet aussi depuis peu la primauté du droit international dans le contexte d'un traité classique¹³⁷. Par contre, la section de législation est plus réticente à faire primer les traités ; elle précise que son avis ne porte qu'exceptionnellement sur les stipulations conventionnelles elles-mêmes¹³⁸. La pratique démontre néanmoins une certaine ouverture car la conformité à la Constitution est de plus en plus souvent examinée. En outre, lorsque les juges suggèrent de ne pas intégrer une norme internationale inconstitutionnelle, il est conseillé de réviser la Constitution afin d'adapter celle-ci pour l'intégration future de la norme internationale en question¹³⁹.

La Cour constitutionnelle, pour sa part, se déclare compétente pour examiner si le contenu des dispositions conventionnelles est conforme à la Constitution¹⁴⁰. En 1991, dans le premier arrêt où elle exerce un tel contrôle, la Cour considère qu'en approuvant un acte international, la loi s'approprie les inconstitutionnalités éventuelles dont cet acte serait entaché¹⁴¹. Elle nuance en précisant qu'elle tient compte du fait que la norme produit des effets en dehors de l'ordre national. Cela étant, bien que le contrôle soit

pp. 509-522. Ce dernier auteur envisage l'hypothèse où le contrôle de constitutionnalité serait exercé par les juges ordinaires via l'application des jurisprudences *Sarran* et *Fruisse* (pp. 519-522).

¹²⁹ Cons. const. fr., 19 nov. 2004, 505 DC, § 11.

¹³⁰ Cass. belge, 27 mai 1971, *Le Ski, Pas.*, 1971, I., p. 919.

¹³¹ Cass. belge, 12 fév. 1996, *J.T.*, 1996, p. 281 et Cass. belge, 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, I., p. 283. En 2004, la Cour réaffirme la primauté de la CEDH sur la Constitution sans s'expliquer davantage (Cass. belge, 9 nov. 2004, *Pas.*, 2004, I., p. 1767).

¹³² En effet, le droit belge accorde une position privilégiée à la CEDH : not. § 1^{er} *bis* de l'art. 26 de la loi sur la Cour d'arbitrage (note 142), volonté d'insérer un § 4 à cette disposition (note 143), etc. Par ailleurs, la Cour de Strasbourg encadre fortement les Etats.

¹³³ Cass. belge, 16 nov. 2004, *Pas.*, 2004, I., p. 1801. La Cour juge que si la Constitution ne pose pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un contrôle vis-à-vis de la Convention suffit et la question préjudicielle est inutile.

¹³⁴ L'influence du procureur général VELU sur l'évolution jurisprudentielle de la Cour est peu contestable. Voy. not. J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, p. 732 et s.

¹³⁵ C.E. belge, 30 juin 1995, *Wicart*, n° 54.139.

¹³⁶ C.E. belge, 5 nov. 1996, *Orfinger*, n° 62.922, *J.T.*, 1997, p. 254, avec la note de R. ERGEC.

¹³⁷ C.E. belge, 3 mai 2005, *B.A.R. Belgium e.a.*, n° 144.081.

¹³⁸ C.E. belge, 1^{er} juill. 1992, avis n° 21.358.

¹³⁹ Voy. S. GEHLEN, « Hiérarchie des normes », *A.P.T.*, 2006, p. 31.

¹⁴⁰ Pour un aperçu général de la jurisprudence de la Cour, voy. Ph. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Cah. dr. eur.*, 1995, pp. 8-12.

¹⁴¹ C.A. belge, 16 oct. 1991, n° 26/91. Voy. Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS, *op. cit.*, pp. 670-676.

exercé sur une norme d'assentiment relevant de sa compétence, les irrégularités sont reprochées au traité lui-même. La Cour exige ainsi que ces normes respectent la Constitution et elle a plusieurs fois répété que les principes énoncés aux articles 10 et 11 de la loi fondamentale interdisent toute discrimination, quelle que soit son origine. En 1994, la Cour confirme son raisonnement de 1991 mais ses arguments sont quelque peu différents¹⁴² : le principal motif est que le législateur ne peut édicter des normes contraires à la Constitution, pas même indirectement par le biais de l'assentiment. La même année, la Cour exerce de nouveau ce contrôle sans voir la nécessité de le justifier¹⁴³.

IV. Conclusion

29. L'étude que nous venons de réaliser permet de constater que les apparences sont trompeuses en matière de réception du droit international. Les droits français et américain semblent, de prime abord, davantage internationalistes que le droit belge. En effet, le droit international s'intègre dans leur ordre juridique interne sans mesure de réception formelle et leur Constitution contient plus de références au droit international que la loi fondamentale de la Belgique qui se limite à définir les compétences et la procédure d'intégration des normes internationales conventionnelles.

Cependant, comme nous avons tenté de le démontrer, la procédure de réception belge ne consiste pas à retranscrire le droit international, mais seulement à l'accueillir dans l'ordre interne. Les Etats analysés relèvent donc tous les trois de l'école moniste.

De plus, la place qui est accordée concrètement aux normes internationales dans les ordres juridiques internes nuance les premiers constats et met en évidence certaines similitudes entre les systèmes français et belges. Les Etats-Unis, bien qu'assez ouverts à une certaine application des coutumes et principes internationaux – ce qui n'étonne pas vu leur tradition de *common law* – doivent certainement être classés comme un pays moniste à primauté interne. En droit américain, les normes conventionnelles sont subordonnées à la Constitution, mais également aux lois fédérales qui, en pratique, y dérogent *a posteriori*. La France et la Belgique, plus hésitants vis-à-vis du droit international non écrit, manifestent une tendance moniste privilégiant le droit des traités. Ces deux pays, à l'origine de la construction européenne, sont naturellement encouragés à réceptionner le droit européen. Même si celui-ci détient un statut particulier dans les ordres internes des Etats membres, il est souvent un moteur pour un accueil bienveillant vis-à-vis du droit international en général. Les juridictions françaises et belges ne sont néanmoins pas unanimes pour assurer la supériorité des normes conventionnelles sur leur Constitution. Dans cette hypothèse, la tendance majoritaire belge est de faire prévaloir les traités – du moins ceux qui sont directement applicables – alors que la jurisprudence et la doctrine françaises restent réticentes à consacrer cette primauté.

Le 1^{er} avril 2009

¹⁴² C.A. belge, 3 fév. 1994, n° 12/94. En réaction à cet arrêt, un nouveau paragraphe 1^{er} bis est ajouté à l'article 26 de la loi sur la Cour d'arbitrage pour interdire les questions préjudicielles vis-à-vis de certains actes d'assentiment. Voy. G. DUFFY, « La Cour d'arbitrage et le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux », *R.B.D.C.*, 2000, pp. 203-205.

¹⁴³ C.A. belge, 26 avril 1994, n° 33/94. Sur l'impact des jurisprudences judiciaire et constitutionnelle parallèles, voy. la proposition de révision de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, *Doc. Parl.*, Sénat, S.E. 2007, n° 4-12/1 et J. VELAERS, « Le contrôle des lois et décrets et ordonnances au regard du Titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours des droits fondamentaux », in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éds.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruges, La Chartre, 2006, pp. 99-149.