

Une vingtaine d'années plus tard, le Professeur Prosper Weil, analysant les rapports qu'entretiennent droit international public et droit administratif, insista sur les « prestations » fournies par le droit des gens et affirma, à grands traits, de manière significative : « <Le droit international> poursuit des buts de service public. *Mutatis mutandis*, il y a là une transformation aussi « formidable » que celle que saluait en France, au début de ce siècle, Léon Duguit, et qui a fait pour longtemps du droit administratif français le droit des services publics » (40). S'imposant peu à peu, la notion de service public a conquis, dans la doctrine récente, une autorité qui, banalisée à certains égards, est devenue, par là-même, incontestable : certains spécialistes du droit de la mer insistent sur quelques activités de coopération qui, selon eux, révèlent une « sorte de service public international » (41) tandis qu'ils appréhendent « le passage dans les détroits comme service public international » (42). L'utilisation de l'expression « service public international » est évidemment évocatrice.

b) *Le contrôle de la légalité des actes unilatéraux.* — En ce domaine, l'influence des règles de droit public interne a été réelle. En 1952 déjà, Wilhelm Wengler insista, dans le cadre de l'Institut de droit international, sur le rapprochement qui peut être établi entre le contrôle juridictionnel des actes émanant des organes étatiques et le contrôle judiciaire des décisions adoptées par les organes internationaux. De manière révélatrice, il fit mention de la justice administrative (43). Sans doute, n'envisagea-t-il pas l'impact spécifique susceptible d'être produit par le droit administratif français. Néanmoins, sa démarche montre que les techniques que connaît notre droit administratif sont de nature à être prises en considération pour forger le droit international. Depuis lors, la réflexion des spécialistes du droit des gens a, en la matière, sensiblement progressé (44); et l'on observera que, récemment, la Commission sur le gouvernement global ne s'est pas montrée défavorable — même si son rapport est nuancé — à la création d'un contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité (45).

(40) Droit international public et droit administratif, *Mélanges Trotafas*, Paris, LGDJ, 1970, p. 514-515.

(41) L. LUCCHINI et M. VOELCKEL, *Droit de la mer*, tome I, Paris, Pedone, 1990, p. 293 (§ 324).

(42) *Ibid.*, p. 410.

(43) *AIDI*, 1952, 44^e vol., tome 1, p. 232 et s.

(44) Voir l'ouvrage du juge Bedjaoui, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruylant, Bruxelles, 1994.

(45) *Our Global Neighbourhood*, Oxford University Press, 1995, p. 321. Sur l'influence en général du droit interne dans l'élaboration du droit international, voir concernant cet ouvrage, G. TEBOUL, A propos d'un livre — Réflexions sur l'élaboration et le devenir du droit international, *Mélanges Gros Espiell*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 1565 et s.

3° Enfin, il faut prendre conscience du fait que le juge administratif lui-même peut exercer une influence sur le droit international.

a) *La formation de la coutume internationale.* — Au nombre des normes coutumières que compte le droit international de l'environnement figure — on peut raisonnablement le penser — la règle selon laquelle, en cas de pollution transfrontière, les non-résidents doivent bénéficier des mêmes recours que les résidents (46). Au début des années quatre-vingts, alors que l'autorité de cette règle était encore balbutiante, le juge administratif a admis que des non-résidents (personnes morales étrangères) pourraient déférer à sa juridiction un acte unilatéral édicté par une autorité administrative française (47). Ce faisant, la juridiction administrative a établi des précédents susceptibles de contribuer à la formation de la règle internationale coutumière de non-discrimination (48). Bien entendu, on retrouve ici la difficulté traditionnelle qui caractérise les rapports entre coutume internationale et décisions juridictionnelles : ces dernières portent-elles application de la coutume existant dans l'ordre international ou lui donnent-elles naissance ?

b) *La formation des principes généraux de droit.* — Dans le cadre de la célèbre affaire *Texaco-Calasiatic*, l'arbitre, René-Jean Dupuy — se prononçant sur l'existence d'un principe général de droit — s'est référé au droit administratif français des contrats. Sans doute, considéra-t-il que ce droit, au regard du principe sur lequel il s'interrogeait, était, par comparaison avec les règles de droit étranger, trop isolé (49). Néanmoins, sa démarche est significative : elle montre que, dans la recherche des principes généraux de droit international, notre droit administratif peut constituer, ne serait-ce que négativement, un référentiel.

c) On relèvera, en dernier lieu, que les conclusions prononcées par les commissaires du gouvernement révèlent, parfois, les lacunes du droit international. A ce sujet, on observera que M. Abraham, commissaire du gouvernement, a fait état, dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI* (1997), de l'inutilité de la convention de Vienne de 1969 concernant l'applicabilité directe des traités (50). Aussi, ces conclusions peuvent-elles être considérées

(46) A. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 89 (emploi du mot « principe » — rapp. p. 58-60).

(47) Voir note A. KISS sous TA Strasbourg, 27 juillet 1983, *RJE*, 1983, p. 355.

(48) Voir, à ce sujet, de manière implicite (nous semble-t-il), A. KISS, *Droit international...* (*supra*, n. 46), p. 91 — rapp. p. 89. Cf. cependant le point de vue nuancé de J.-F. CHAMBAULT, *Le juge administratif français et le droit international de l'environnement*, *RGDIP*, 1986, p. 613-614.

(49) Sentence arbitrale du 19 janvier 1977, *JDI*, 1977, p. 366, § 57.

(50) *Supra*, n. 33. Rappelons que, dans le cadre de la CDI, lors de la codification du droit des traités, la question de l'application des traités aux individus avait été envisagée (voir rapport Waldock, *ACDI*, 1964, vol. II, p. 45-47).

— par les États — comme une source d'inspiration invitant les négociateurs internationaux à assurer le développement du droit des gens en palliant ses insuffisances. Ici encore, on le voit, l'action du juge administratif est susceptible d'emporter des effets sur la production du droit international.

III/ *Quelle est la question d'actualité qui vous paraît la plus marquante ?*

C'est celle du rang hiérarchique du droit international non écrit dans l'ordre juridique français. Sans doute, s'agit-il d'une question qui, en pratique, ne revêt pas une grande importance. Cependant, sur le plan théorique, il est fondamental de savoir à quel niveau se situe, au sein de notre pyramide hiérarchique, les règles non écrites du droit des gens.

A ce sujet, le Conseil d'État a rendu, voilà un an environ, un arrêt qui appelle un examen attentif. Pour la Haute juridiction administrative, aucune disposition de valeur constitutionnelle « ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes » (51).

A. Il paraît clair, tout d'abord, que, selon ce « considérant », l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 — aux termes duquel « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international » — n'emporte pas appartenance du droit international non écrit au bloc de constitutionnalité : en effet, si les règles internationales de droit non écrit étaient pourvues d'un rang constitutionnel en vertu de l'alinéa 14, il existerait une disposition de valeur constitutionnelle — l'alinéa 14 — qui impliquerait que la coutume internationale l'emporte, en cas de conflit, sur la loi antérieure (52).

Ce premier constat appelle deux observations.

1° Le fait que la condition de réciprocité ait sa place en matière de droit international non écrit — comme en matière conventionnelle — n'exclut pas que les règles du droit des gens de caractère non écrit appartiennent au bloc de constitutionnalité. Le pouvoir constituant peut — parce qu'il est souverain — attribuer, par une règle ayant la structure de celle figurant

(51) CE, Ass., 6 juin 1997, *Aquarone*, concl. G. Bachelier, *RGDIP*, 1997, p. 840 et *RFDA*, 1997, p. 1068; notes : D. ALLAND, *RGDIP*, 1997, p. 1054; D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, *AJDA*, 1997, p. 570; P.-M. MARTIN, *Les Petites Affiches*, 6 février 1998, p. 19; G. TEBOUL, *DA*, 1997, n° 250 et *JCP*, éd. G., 1997, II, 22945. Rappr. David DEHARBE, Les solutions Koné et Aquarone : un « coup d'arrêt » à la réception du droit international par le juge administratif? *Les Petites Affiches*, 7 août 1998, n° 94, p. 13-23.

(52) Concernant la prévalence de la norme constitutionnelle sur la loi antérieure en cas d'incompatibilité absolue entre les deux normes, voir R. ODENT, Contentieux administratif, *Les Cours de droit*, IEP, Paris, 1976-1981, fascicule I, p. 230-232. Adde : note J.-M. WOEHRLING sous TA Strasbourg (form. plén.), 14 octobre 1997, *M. Maronèse c/ Ministre du Budget*, *AJDA*, 1998, p. 501.

à l'alinéa 14, une valeur constitutionnelle à des normes qui peuvent n'avoir qu'une supériorité relative (et non absolue) sur les lois (53).

2° Attribuer un rang constitutionnel au droit international non écrit soulève, en première analyse, une difficulté logique : en effet, c'est donner, aux règles non écrites du droit des gens un rang supérieur à celui des traités (qui, certes, se situent au-dessus des lois mais qui, tout de même, se trouvent en-dessous de la Constitution) (54) alors que, dans l'ordre juridique international, la règle *lex posterior* — applicable au sein de notre ordre national en tant que règle internationale de droit non écrit — emporte une stricte égalité hiérarchique entre droit international conventionnel et droit international non écrit.

Comme on le voit — et c'est la difficulté — on se trouve confronté à deux règles de conflit contradictoires :

— la première règle de conflit emporte prévalence de la règle internationale non écrite (norme de rang constitutionnel) sur le traité même postérieur (norme de rang infra-constitutionnel);

— en revanche, la deuxième règle de conflit (*lex posterior*) permet au traité postérieur de l'emporter, comme dans l'ordre international, sur la règle non écrite du droit des gens.

Il reste que cette difficulté n'est pas insurmontable. En présence de ce qui se présente comme *un conflit entre deux règles de conflit*, il convient de faire prévaloir la deuxième règle de conflit, règle spéciale qui ne vaut que pour les normes internationales (55). Ainsi, dans l'ordre juridique français, la possibilité pour le droit conventionnel d'effacer le droit non écrit antérieur se trouverait sauvegardée en dépit de la différence de rang hiérarchique qui caractériserait ces deux formes de droit.

B. En se plaçant toujours sur le terrain du contrôle de la constitutionnalité des lois, on peut considérer que l'alinéa 14 — qui impose au législateur ordinaire de respecter le droit international non écrit — n'emporte aucune conséquence relativement au rang hiérarchique des règles du droit international général (56).

(53) Rapp. le point de vue que nous exposons (et que nous nuançons ici sans le contredire car il est, par ailleurs, compatible avec la lecture selon laquelle l'alinéa 14 n'affecte pas le rang hiérarchique du droit international non écrit — voir *infra* texte accompagnant la note n° 56) in Le juge administratif et le droit international... (*supra*, n. 14), p. 64, note 185.

(54) Voir E. ZOLLER, *Droit des relations extérieures*, Paris, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1992, p. 260-261. (§ 212).

(55) Le brocard « *generalia specialibus non derogant* » fait autorité devant le juge administratif français — voir R. ODENT, *Contentieux*... (*supra*, n. 52), p. 452. On peut donc raisonnablement penser que l'adage « *specialia generalibus derogant* » est également susceptible d'être appliqué au contentieux.

(56) Voir à ce sujet, concernant l'article 10 (§ 1) de la Constitution italienne (27 décembre 1947) dont la structure rédactionnelle est semblable à celle de l'alinéa 14 du

1° Dans cette perspective, on pourrait estimer que le pouvoir constituant a entendu consacrer, par l'alinéa 14, la seule autorité des règles non écrites du droit des gens qui présentent un caractère supplétif (i. e. qui complètent le droit écrit national). De sorte que la loi serait tenue, à peine d'inconstitutionnalité, de respecter (notamment) la coutume internationale tandis que cette dernière ne pourrait jamais l'emporter sur la loi (même en cas de postériorité de la coutume) eu égard à son caractère supplétif.

Cette façon de raisonner appelle plusieurs observations.

— On remarquera, d'abord, qu'elle est compatible avec les termes (précédemment cités) de l'arrêt *Aquarone*.

— On constatera, ensuite, que MM. Chauvaux et Girardot, maîtres des requêtes au Conseil d'État, ont *peut-être* cautionné ce raisonnement dans leur commentaire de l'arrêt *Aquarone* (57). Mais, sur ce point, il convient de rester circonspect : d'une part, parce que MM. Chauvaux et Girardot n'ont aucunement affirmé qu'ils entendaient raisonner de la sorte ; d'autre part, parce que ces auteurs ont estimé que le Conseil constitutionnel semble avoir reconnu, au profit d'une règle coutumière internationale, « une valeur au moins égale à celle des dispositions organiques qui le régissent en vertu de l'article 63 de la Constitution » (58), ce qui est évidemment différent de la valeur infra-législative des règles coutumières internationales supplétives (celles qui suppléent les lacunes de la loi française) dont le Conseil d'État, pour sa part, aurait reconnu l'autorité (59).

— Quoi qu'il en soit, ce raisonnement est-il acceptable ? On peut sérieusement en douter (même si une incertitude demeure). Car lorsque le pouvoir constituant renvoie, par une norme de rang constitutionnel, à d'autres normes en affirmant que ces dernières doivent être respectées, il faut *présumer* que les normes auxquelles il renvoie sont elles-mêmes pourvues d'une valeur constitutionnelle. L'exemple des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République est, à cet égard, significatif : le Préambule de la Constitution de 1946 y renvoie tandis que la doctrine admet que ces principes ont, eux-mêmes, valeur constitutionnelle (60).

Certes, cette présomption n'est pas irréfragable : en tant que pouvoir souverain, le pouvoir constituant peut — lorsqu'il renvoie à une norme — attribuer à celle-ci un rang infra-constitutionnel. Mais, il faut alors que l'interprétation

Préambule de la Constitution de 1946, A. CASSESE, *Modern Constitutions and International Law*, RCADI, 1985, III, tome 192, p. 373 : « <The Court> has not specified whether in its view the *unconstitutionality* follows from the constitutional status of the rule of international law or from its infringing upon the command of article 10, paragraph 1 ».

(57) *Supra*, n. 51, p. 574 (pour ces auteurs, la loi prévaut sur la coutume internationale postérieure).

(58) *Ibid.*, p. 575 (col. droite).

(59) Sur le fait que les règles supplétives sont hiérarchiquement inférieures aux règles qu'elles complètent, voir M. VIRALLY, *La pensée juridique* 1960, n. 177.

(60) R. CHAPUIS, *Droit administratif*, 1960, n. 177.

de la règle posée par le constituant (ici l'alinéa 14 du préambule de la Constitution de 1946) permette d'affirmer que la présomption de rang constitutionnel — caractérisant les normes auxquelles il est renvoyé — n'a pas lieu de jouer. Or, à ce sujet, il nous semble que ni les méthodes subjectives d'interprétation (recherche de l'intention du pouvoir constituant), ni les méthodes objectives d'interprétation de l'acte constitutionnel, ne conduisent à considérer que l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946 consacre l'autorité du droit international non écrit supplétif ou encore d'un droit international non écrit ayant valeur décrétole, c'est-à-dire infra-législative (61).

2° La lecture que MM. Chauvaux et Girardot donnent de l'arrêt *Aquarone* ne permet pas de penser que celui-ci a consacré — dans le cadre de l'interprétation de l'alinéa 14 envisagée ici — un rang infraconstitutionnel et supra-législatif (comme en matière de traités) au profit des règles non écrites du droit des gens (prise en compte de la condition de réciprocité). En effet, pour MM. Chauvaux et Girardot, l'arrêt *Aquarone* signifie qu'en cas de conflit entre une loi et une règle non écrite (postérieure) du droit des gens, la loi doit l'emporter (62). Or, si la norme internationale postérieure, applicable dans l'ordre interne, est, au surplus, hiérarchiquement supérieure à la loi, elle doit prévaloir sur cette dernière.

C. En réalité, il nous semble — comme nous l'avons déjà écrit ailleurs — que, par son arrêt *Aquarone*, le Conseil d'État a entendu cautionner la lecture suivante de l'alinéa 14 : « Le droit international non écrit fait partie intégrante de l'ordre juridique français ».

Dans le cadre de cette lecture, il est généralement admis — c'est une avancée due à l'arrêt *Aquarone* — que, les coutumes internationales supplétives (qui s'insinuent dans des espaces au sein desquels les règles écrites du droit national sont lacunaires) s'imposent, à peine d'excès de pouvoir, aux autorités administratives françaises (63). Mais, faut-il considérer que seules les règles internationales supplétives sont applicables au sein de l'ordre juridique français ? Les termes de l'arrêt *Aquarone* (voir « consi-

(61) Sur les différentes méthodes d'interprétation de l'acte constitutionnel, voir Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Préf. M. Long, LGDJ, Paris, 1993, p. 63 et s.

Nous nous réservons de revenir plus en détails sur cette question d'interprétation. A ce sujet, on relèvera notamment qu'il serait intéressant de consulter le rapport du ministre chargé de la politique étrangère — rapport sur lequel a été édictée, par le Général de Gaulle, Président de la Communauté, la décision du 14 avril 1959 (sur cette décision, voir G. TEBOUL, *Le droit international non écrit...* (*supra*, n. 29), p. 339). Nous avons demandé communication au ministère des Affaires étrangères (à plusieurs reprises) de ce rapport qui n'a pas pu nous être communiqué. De toutes façons — il importe de le préciser — le contenu de ce document ne pourrait constituer qu'un élément d'interprétation.

(62) *Supra*, n. 57.

(63) Note D. CHAUXAUX et T.-X. GIRARDOT (*supra*, n. 51), p. 574 (col. droite — *in fine*) et G. TEBOUL, *JCP*, 1997 (*supra*, n. 51), p. 500 (col. droite) — Rapp. F. MODERNE,

dérant » reproduit ci-dessus) pourraient le laisser croire. Pourtant, on le sait, les conclusions prononcées, sur cet arrêt, par M. Bachelier laissent entendre que la question est plus complexe : l'arrêt d'Assemblée du 6 juin 1997 aurait réservé la question du rang hiérarchique des règles non écrites du droit des gens (64). A cet égard, deux remarques doivent être formulées.

1° Certains commentateurs de l'arrêt *Aquarone* ont estimé que la position du Conseil d'État se justifiait ainsi : « ... s'estimant dépourvu de « base constitutionnelle », le juge administratif n'a pas voulu se donner le pouvoir de faire prévaloir sur une loi une coutume internationale. En ce sens, *l'absence d'une disposition constitutionnelle relative au droit international non écrit comparable à l'article 55*, a incontestablement pour effet de « neutraliser » la coutume internationale » (65). Ce point de vue — qui est celui de notre collègue Alland — mérite d'être nuancé. Il convient d'observer que — pour déterminer s'il est habilité à faire prévaloir une norme sur une autre norme (notamment un traité sur une loi) — le juge administratif recherche *d'abord* ce que la Constitution (norme fondamentale de laquelle « tout procède » (66)) précise relativement au rang hiérarchique des normes (en conflit) auxquelles il est confronté. Puis, en fonction de ce que l'acte constitutionnel indique sur ce point (on se situe alors *dans un deuxième temps*), le juge se prononce sur le point de savoir s'il est habilité à assurer la prévalence d'une norme sur une autre norme (67).

Ainsi, s'agissant du droit international non écrit, il est nécessaire de rechercher, en premier lieu, le rang hiérarchique que la Constitution lui attribue, puis, en second lieu — et en fonction des résultats de cette recherche — de déterminer si le juge est habilité à faire prévaloir les règles non écrites du droit des gens sur la loi. A cet égard, il apparaît — puisque l'on admet ici que l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946

Actualité des principes généraux du droit, *RFDA*, 1998, p. 514 (col. gauche). *Contra* O. Châmes qui fait état « de la volonté du Conseil d'État de ne pas vouloir prendre en compte le droit international non écrit dans son ensemble ou du moins ne pas vouloir lui conférer une place dans le bloc de légalité » (*JDI*, 1998, p. 97). Voir aussi, concluant à l'existence d'une incertitude, D. ALLAND (*supra*, n. 51), p. 1067.

(64) Concl. BACHELIER (*supra*, n. 51), *RGDIP*, 1997, p. 862; *RFDA*, 1997, p. 1081 (col. gauche). Précisons que M. Bachelier laisse entendre implicitement que la coutume internationale pourrait être égale (sur le plan hiérarchique) à la loi.

(65) *Supra*, n. 51, p. 1067. Voir, raisonnant aussi en se référant à l'article 55 de la Constitution, F. MODERNE, *Actualité...* (*supra*, n. 63), p. 514 (col. droite). Rapp. D. DEHARBE, *Les solutions...* (*supra*, n. 51), not. p. 14.

(66) R. ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette, 1989, p. 35.

(67) Dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*, le commissaire du gouvernement Frydman affirma : « Il faut bien... supposer que les constituants aient eu pour prétention d'assurer la mise en œuvre effective de la suprématie des traités qu'ils ont... eux-mêmes tenu à affirmer... En vérité, dans les termes où <il> est <rédigé>,

signifie : « Le droit international non écrit fait partie intégrante de l'ordre juridique français » — qu'il existe une *lacune*, au sein de la Constitution, relativement au rang hiérarchique du droit international non écrit. En conséquence, il n'est pas possible d'affirmer, sur le seul fondement de cette lacune, que le juge n'est pas habilité à assurer le primat du droit international général sur la loi. Si l'on entend affirmer que la Constitution ne donne pas compétence au juge pour faire prévaloir les règles non écrites du droit des gens sur les lois ordinaires, il est nécessaire d'établir — et, répétons-le, le constat du silence de notre loi fondamentale ne peut y suffire — que, selon l'acte constitutionnel français, le rang hiérarchique du droit international non écrit conduit à la prévalence de la loi (68).

On pourrait faire valoir, certes, que, dans le domaine de la constitutionnalité des lois, le juge ordinaire refuse d'exercer tout contrôle parce qu'il n'y est pas habilité. En d'autres termes, on pourrait objecter que le silence du droit constitutionnel peut, à lui seul, produire des effets. Il reste que les rapports entre la loi et les règles non écrites du droit des gens présentent une spécificité : la Constitution française ne précise pas le rang hiérarchique du droit international général alors qu'elle se définit nécessairement, eu égard à la compétence qu'elle donne au législateur, comme norme hiérarchiquement supérieure à l'acte législatif. Ainsi, dans le domaine du droit international non écrit, le silence de l'acte constitutionnel ne peut pas, par lui-même, emporter des conséquences.

2° Dans ce contexte, quelle est la place des règles non écrites du droit des gens au sein de la pyramide hiérarchique des normes juridiques françaises ? Sont-elles susceptibles de se situer, à l'image des traités, au-dessus des lois ordinaires ?

<l'article 55 de la Constitution>, qui a pour seul objet de *définir une hiérarchie des normes*, nous semble bien s'adresser principalement aux juges. Ceux-ci *se voient ainsi confier pour mission* d'écarter les lois contraires aux traités, et disposent pour ce faire d'une véritable habilitation constitutionnelle qui, pour n'être qu'implicite, ne nous paraît pas moins intrinsèquement contenue dans le texte » (RFDA, 1989, p. 817).

(68) On comprend ici l'importance de l'incidente figurant dans l'arrêt *Aquarone* (« <La Cour administrative d'appel> qui a également relevé que la coutume invoquée n'existait pas ») : il n'était pas nécessaire de rechercher le rang hiérarchique des règles non écrites du droit des gens dès lors que, la coutume n'existant pas, il n'y avait pas place pour un conflit de normes.

Par ailleurs, on observera que la Constitution portugaise du 2 avril 1976 dispose, sans prendre position explicitement (par une disposition écrite spécifique) sur le rang hiérarchique du droit international non écrit : « Les normes et les principes du droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais » (art. 8, § 1). Or, au sein de l'ordre juridique portugais, les règles non écrites du droit des gens l'emportent sur « toute règle nationale contraire » (voir P.-M. EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national* — Étude de la pratique en Europe, Kluwer Law International, The Hague, 1996, p. 488).

a) Étant donné que le droit international général est applicable dans l'ordre juridique français en vertu de l'alinéa 14, on peut considérer que la règle non écrite selon laquelle le droit international est supérieur au droit interne fait autorité au sein de notre ordre national (69).

b) Cela étant, il est clair que cette norme non écrite ne s'applique en droit français que si le pouvoir constituant n'en a pas disposé autrement — i. e. que s'il n'existe pas dans la Constitution française une règle prenant le contrepied (pour chaque source spécifique du droit international) de la règle générale établissant la supériorité du droit des gens.

c) S'agissant du droit international non écrit, on peut observer :

— que le pouvoir constituant, eu égard à l'alinéa 14, a accepté souverainement — de façon indirecte mais de façon réelle — le primat du droit international sur le droit interne ;

— qu'il n'existe pas, concernant les lois ordinaires, de règle constitutionnelle écrite s'insurgeant contre cette supériorité du droit des gens (lacune de notre loi fondamentale relativement au rang hiérarchique du droit international non écrit).

d) Peut-on en déduire que, dans l'ordre juridique français, le droit international général prévaudrait, en cas de conflit, sur la loi ordinaire française ? Cette question appelle une réponse nuancée.

On remarquera, d'abord, que la règle internationale non écrite emportant supériorité du droit international sur le droit interne vaut dans l'ordre juridique international ; de sorte qu'on pourrait estimer que cette règle ne fait autorité que dans les relations entre sujets de droit international ; et, en conséquence, qu'elle est insusceptible de valoir, dans l'ordre interne, *entre sujets de droit interne* (personne publique ou personne privée).

Il reste que ce raisonnement ne s'impose pas de façon évidente. Dès lors que le pouvoir constituant a admis indirectement, par le biais de l'alinéa 14, la règle de supériorité du droit international sur le droit interne, on peut considérer que cette règle — dès lors qu'elle est applicable en droit français pour une source spécifique du droit international (notamment pour le droit des gens de caractère non écrit) — s'impose dans le cadre des litiges existant au sein de l'ordre national et, par conséquent, qu'elle est applicable entre sujets de droit interne. Il y a là une interprétation audacieuse — mais qui nous paraît possible — de la règle de supériorité du droit des gens conçue comme une norme établissant, dans l'absolu, la prévalence des normes internationales.

Eu égard aux remarques qui viennent d'être présentées, on pourrait considérer que l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946

(69) Au sujet de cette règle, voir C. ROUSSEAU, *Droit international public*, tome I, Paris, Sirey, 1970, p. 46 (§ 30).

implique, contrairement à ce qu'affirme l'arrêt *Aquarone*, que les règles internationales de droit non écrit l'emportent, en cas de conflit, sur les lois ordinaires. Mais, cette objection ne nous paraît pas acceptable. Car la règle de supériorité du droit international — règle internationale non écrite applicable dans l'ordre juridique français en vertu de l'alinéa 14 — concerne le droit international *dans son ensemble* et non le seul droit international non écrit. En sorte que la norme selon laquelle le droit des gens de caractère non écrit prime les lois ordinaires résulte de la combinaison de deux éléments : d'une part, de l'alinéa 14 (indirectement) et, d'autre part, de la lacune du droit constitutionnel français relativement au rang hiérarchique des règles internationales de droit non écrit. Ainsi, la rédaction de l'arrêt *Aquarone* nous semble compatible avec le raisonnement (concernant le silence de la Constitution française) présenté ci-dessus.

e) Une dernière précision est nécessaire. On peut penser que la règle internationale assurant la prévalence du droit international non écrit sur le droit interne, ne pourrait pas permettre aux règles juridiques internationales non écrites de prévaloir sur la norme suprême de l'ordre juridique français, c'est-à-dire sur la Constitution. Sur ce point, en effet, il y a place pour un argument qui, prenant en considération l'intention du pouvoir constituant, permettrait de l'affirmer (70).

f) Ainsi, inférieure à la Constitution mais supérieure aux lois ordinaires, les règles internationales de droit non écrit se situeraient, sur le plan hiérarchique, au même niveau que les traités. De la sorte, les règles de droit international non écrit l'emporteraient, à l'image des conventions internationales, sur les lois ordinaires tandis que, comme dans l'ordre international, il n'existerait pas, en droit français, de différence hiérarchique entre traités et droit international général.

Mais, bien entendu, il faut se garder de toute certitude : le juge administratif pourrait adopter une autre solution.

D. De façon globale, on ne manquera pas de constater que la jurisprudence administrative semble s'orienter vers le primat des règles communautaires de droit non écrit sur les lois ordinaires françaises (71). En

(70) On peut penser que l'intention originelle du constituant était de placer la Constitution à l'abri des négociations menées par les diplomates (voir E. ZOLLER, *Droit des relations...* — *supra*, 54). Ainsi, il paraît conforme à cette intention que la coutume internationale, qui peut émaner de la pratique diplomatique, soit considérée comme insusceptible de prévaloir sur la Constitution. Rapp. (alors même que nous considérons que les règles non écrites du droit des gens appartiennent au bloc de constitutionnalité) Le droit international non écrit devant le juge... (*supra*, n. 29), p. 358-361.

(71) Voir TA Caen, 8 avril 1997, *SA Périmédical*, *RFDA*, 1997, p. 389, note J.-M. FAVRET; TA Strasbourg, 9 avril 1997, *Caisse régionale de Crédit Agricole mutuel d'Alsace*, *Europe*, février 1998, comm. 45, obs. D. Simon.

conséquence, il serait cohérent (l'arrêt *Nicolo*, en matière de traités, concernait une règle de droit communautaire) que le juge administratif assure, si ce mouvement se confirmait, la prévalence du droit international général sur les lois votées par le Parlement de la République (72).*

(72) Bien entendu, nous nous plaçons ici dans une perspective qui est celle du monisme juridique. Certes, les termes de l'arrêt *Aquarone* pourraient faire l'objet d'une lecture laissant place à une vision dualiste. L'alinéa 14 aurait alors pour signification : « La République française se conforme aux règles du droit public international, c'est-à-dire qu'elle est tenue de transformer ces règles, une à une, en droit interne, pour que lesdites règles soient applicables au sein de l'ordre national ». Cette façon d'appréhender l'alinéa 14 pourrait peut-être se réclamer de la jurisprudence *Saia* postérieure à l'arrêt *Nachfolger* (rapp. sans qu'il soit fait état du dualisme juridique, G. TEBOUL, *Le droit international non écrit...* (*supra*, n. 29), p. 355 : réception du droit international général par un principe général du droit interne). Cependant, affirmer que le Conseil d'État entend consacrer l'autorité du dualisme en matière de droit international non écrit, ne nous paraît pas acceptable :

— d'abord, parce que, s'agissant spécifiquement de l'arrêt *Saia*, on peut remarquer que cet arrêt ne fut pas interprété, par MM. HONORAT et BAPTISTE, membres du Conseil d'État, comme révélant une volonté d'adhésion au dualisme juridique (*AJDA*, 1989, p. 773-776) ;

— ensuite, parce que, s'agissant de l'arrêt *Aquarone*, MM. CHAUVAUX et GIRARDOT d'une part (*AJDA*, 1997, p. 573, col. gauche), et M. BACHELIER d'autre part (*RFDA*, 1997, p. 1076 et *RGDIP*, 1997, p. 854) ont considéré que le monisme — et non le dualisme — caractérise les rapports entre les règles non écrites du droit des gens et le droit français ;

— enfin, parce que, concernant toujours l'affaire *Aquarone*, on peut observer que les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités (1969) — convention à laquelle la France n'est pas partie et qui codifie des normes internationales non écrites — ont été utilisées par le commissaire du gouvernement Bachelier aux fins d'interprétation d'une convention alors que lesdites règles n'ont pas été transformées en droit national. Il serait donc pour le moins curieux que le Conseil d'État, qui a retenu l'interprétation proposée par son commissaire du gouvernement (et qui, par conséquent, a implicitement admis l'autorité du monisme à propos des règles non écrites du droit des traités), ait, par ailleurs, estimé que les liens entre droit international général et droit national obéissent à une logique dualiste. « Ajoutons que la possibilité d'une transformation du droit international non écrit en droit interne par la seule volonté du juge (logique dualiste concevable) ne paraît pas envisageable dans le contexte constitutionnel français : la France, par l'intermédiaire de ses juridictions, ne peut pas être tenue, en vertu de l'alinéa 14, de respecter les règles non écrites du droit des gens tout en donnant, par ailleurs, auxdites juridictions, le droit de les appliquer (ou de ne pas les appliquer) selon leur seul souhait ».

* Le contenu de la troisième réponse relative à ce questionnaire reprend, en les synthétisant et en les adaptant, certains développements que nous avons présentés dans le cadre de notre cours de DEA (1997-1998) à la faculté de droit de Paris-Saint-Maur.