

VI^e CONGRES DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALES DES HAUTES
JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Lisbonne (Portugal), 20-22 avril 1998

**L'APPLICATION DU DROIT
INTERNATIONAL**

PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

RAPPORT GENERAL

Rapporteur général: Conseiller José da Cruz Rodrigues,
Juge du Tribunal Administratif Suprême du Portugal

Introduction

Le VI^e Congrès de l'Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives (AIHJA) a pour thème général **L'application du droit international par le juge administratif**, sous-divisé en trois thèmes spéciaux: (i) les normes de droit international et leur articulation avec le droit interne; (ii) la définition et l'interprétation des normes de droit international par le juge; (iii) l'invocation et les effets des règles de droit international.. Dans le questionnaire, sur la base duquel ont été rédigés les rapports nationaux, dont le présent rapport se veut une synthèse, il a été spécifié que ce Congrès ne saurait prendre en considération ni les normes du droit communautaire européen, ni les normes portant défense des droits de l'homme: dans le premier cas, du fait que le droit communautaire européen ne concerne pas toutes les juridictions qui participent au Congrès et qui sont originaires de plusieurs continents: dans le second, parce qu'elles ont fait l'objet d'un récent colloque organisé par les tribunaux constitutionnels¹

Le thème du présent Congrès s'inscrit dans le développement logique des thèmes traités lors des précédents cinq, à savoir:

- le Congrès de Paris (1983) s'est occupé du *contrôle juridictionnel de la légalité des actes unilatéraux de l'administration publique*, sous le triple point de vue des juridictions habilitées à exercer le contrôle de l'administration, des actes soumis au dit contrôle, des conditions du recours et du champ d'action dudit contrôle, ainsi que des pouvoirs correspondants du juge;

- le Congrès de Tunis (1986) s'est occupé de *l'accès des citoyens à la juridiction administrative*. On y a cherché à savoir qui a accès par loi à cette juridiction et qui y a effectivement recours, quels sont les actes pouvant faire l'objet de recours selon les diverses

¹ Il s'agit de la IX^{ème} Conférence des Tribunaux constitutionnels européens qui s'est tenue à Paris en mai 1993 et qui avait pour thème général *La Protection Constitutionnelle et la Protection Internationale des Droits de l'Homme*.

catégories de requérants possibles et dans quelles conditions le tribunal peut être appelé à intervenir;

- le Congrès d'Helsinki (1989) a analysé *le déroulement de la procédure devant les juridictions administratives suprêmes*, en ce qui concerne notamment la structure de la juridiction administrative et les principes qui en régissent la procédure, les méthodes de travail des hautes juridictions, les différentes phases de la procédure et le jugement des recours.

- le Congrès du Luxembourg (1992) s'est penché sur *les effets juridiques et pratiques des jugements en matière administrative* pour ce qui est des pouvoirs du juge, de la force et de la portée juridique des décisions et de leur exécution.

- le congrès de Rome (1995) a étudié *les mesures provisoires d'urgence et les procédures accélérées* et, pour ce qui est des premières, en particulier, il s'est penché sur les pouvoirs du juge, la recevabilité de la demande et la procédure.

Il en ressort que lors des trois premiers congrès on a procédé à une caractérisation des divers modèles de justice administrative d'un point de vue institutionnel et on a analysé, de façon générique, l'accès à ladite juridiction, son fonctionnement interne et sa procédure normale, tandis que lors des IV^e et V^e Congrès on s'est penché sur des thèmes spécifiques de la procédure (la force des décisions des tribunaux administratifs et leur exécution, ainsi que les spécificités des procédures provisoires d'urgence)

Le moment est arrivé d'analyser les questions suscitées par l'application par le juge administratif du droit international, un sujet qui offre un intérêt tout particulier à une organisation internationale telle l'AIHJA et qui permettra de comparer les divers systèmes de transposition du droit international (général et conventionnel, multilatéral et bilatéral) dans les ordres juridiques internes (monisme ou dualisme), les mécanismes utilisés pour cette transposition (ratification, approbation, publication), les circonstances variables qui l'accompagnent, sa position hiérarchique par rapport au droit interne (constitutionnel et ordinaire, antérieur et postérieur), sa définition et interprétation par le juge national et, finalement, la faculté pour les requérants de l'invoquer directement, la possibilité pour le juge de constater d'office sa violation et l'admissibilité de l'engagement de la

responsabilité de l'Etat au motif de violation du droit international en vertu de l'adoption de normes de droit interne.

Pour la rédaction du présent rapport nous avons tenu compte des rapports nationaux reçus jusqu'à la fin du mois de février 1998 et qui couvrent les pays suivants: Allemagne, Autriche, Burkina Faso, Burundi, Canada, Chypre, Colombie, Egypte, Espagne, Finlande, France, Grèce, Pays-Bas, Hongrie, Israël, Italie, Luxembourg, Mali, Panama, Pologne, Portugal, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie et Turquie.

Il convient de souligner ici que quelques-unes des demandes du questionnaire n'ont pas été interprétées de façon uniforme par tous les rapporteurs nationaux et que, parfois, des doutes ont surgi quant à la signification exacte de certaines affirmations comprises dans les rapports nationaux, à cause, probablement, d'insuffisances dans la traduction vers les langues officielles du Congrès. Nous espérons qu'au cours des travaux il sera possible de corriger les imprécisions ou erreurs du texte.

PREMIER THEME

Les règles de droit international et leur articulation avec le droit interne

1. Les règles de droit international¹

1.1. Règles multilatérales

- Droit originel

Etant donné que les règles du droit communautaire européen et des conventions relatives aux droits de l'homme ont été exclues du thème de ce Congrès, les principaux instruments internationaux le plus souvent invoqués devant les juridictions administratives sont, d'après les informations dont font état les rapports nationaux, outre la Charte des Nations Unies, les suivants: la convention de Genève sur le statut des réfugiés de 1951 (Allemagne, Canada, France, Pays-Bas, Hongrie, Israël, Luxembourg), la convention relative au statut des apatrides de 1954 (Allemagne, Suède), la convention de Genève relative à la protection des civils en temps de guerre de 1949 (Canada, Israël), la convention de Genève relative au traitement accordé aux prisonniers de guerre (Canada), la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883 (Israël), la convention de La Haye relative à la protection des mineurs de 1961 (Allemagne), la convention sur la réduction des cas de nationalité multiple (Allemagne), les conventions de l'O.I.T. (Finlande, France, Grèce), les conventions de protection de la nature, notamment celles de Berne (France) et de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Canada, Finlande), les conventions pour la protection du patrimoine culturel (Finlande, Grèce), la convention de La Haye pour la protection de la propriété culturelle en cas de conflit

¹ Bien qu'un certain nombre de rapports nationaux mentionnent ici les mécanismes de conclusion et d'adoption de conventions internationales, ladite matière est abordée au point 2.1 de ce thème.

armé (Israël), la convention pour la protection du patrimoine architectonique de l'Europe (Finlande), la convention de Chicago sur l'aviation civile internationale de 1944 (Finlande, France, Israël), la convention de Vienne sur le droit des traités (Allemagne, Finlande, Pays-Bas, Suède), la convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Canada, France), la convention de Vienne sur les relations consulaires (Canada, Chipre, Pays-Bas), les conventions en matière de coopération judiciaire et d'extradition (Suisse), la convention pour l'assistance administrative mutuelle en matière de fiscalité (Finlande, Suède)

- Droit dérivé

En dehors du droit communautaire européen, les organisations internationales qui produisent du droit dérivé contraignant susceptible d'être appliqué par les tribunaux administratifs sont en petit nombre (Allemagne, France). Cependant, sont parfois invoquées des résolutions et des recommandations émanées du Comité des ministres du Conseil d'Europe, du Conseil de Sécurité ou de l'Assemblée générale de l'O.N.U. (Suisse).

1.2. Règles bilatérales

1.2. Règles bilatérales

Les conventions bilatérales le plus souvent mentionnées portent sur l'extradition (Canada, France, Israël), l'entrée et le séjour d'étrangers (Allemagne, France), les travailleurs migrants (Allemagne, Suisse), la reconnaissance mutuelle de passeports et d'autres documents (Allemagne), la sécurité sociale (Finlande, Pays-Bas, Suède, Suisse), la double imposition (Canada, Finlande, France, Suède, Suisse) et l'évasion fiscale (Finlande), la coopération judiciaire (Canada), le transport aérien (Canada).

1.3. *Coutume internationale et principes généraux de droit*

L'importance pratique de la coutume internationale, même dans les pays qui en reconnaissent la valeur juridique (Allemagne, Autriche, Canada, Pays-Bas, Israël, Suède, Thaïlande), est venue en décroissant, soit en vertu de son incorporation dans les principes généraux du droit international (Finlande), soit en raison de sa codification dans des conventions internationales¹ et du changement de nature de sa source qui en découle, soit encore du fait qu'elle se revêt de peu de signification dans le domaine de la juridiction administrative².

Par contre, plusieurs juridictions administratives (Autriche, Pays-Bas, Hongrie, Luxembourg, Suède) reconnaissent que les principes généraux du droit international peuvent être invoqués devant elles. Toutefois, là aussi, leur rôle s'affaiblit à mesure qu'ils sont absorbés par des traités (Thaïlande) ou par le droit interne (Canada). En cas d'ambiguïté ou de lacunes dans l'interprétation du droit international, le recours aux principes généraux du droit peut, cependant, se montrer utile (Thaïlande).

En ce qui concerne le Portugal, parmi les règles multilatérales qui lient l'Etat portugais et qui sont applicables dans l'ordre interne sont comprises celles qui découlent des principes structurants de la communauté internationale: que ce soit ceux qui sont énumérés à l'art. 7. § 1 et 3, de la Constitution, ou ceux de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore les règles fondamentales de la Charte des Nations Unies, les normes de droit international de garantie des droits fondamentaux contenues dans d'autres déclarations, pactes ou conventions générales, les normes de chartes, pactes ou traités internationaux universels non-inclus ci-dessus et le droit international général ou commun (qu'il soit ou non codifié dans des déclarations.

¹ Le droit de la mer, par exemple, a longtemps été un droit coutumier mais aujourd'hui il est codifié par la Convention de Montego Bay.

² En France, par exemple, pendant longtemps, le Conseil d'Etat a rejeté toute invocation de la coutume et ce n'est qu'à la suite d'un arrêt de 1997 qu'il a passé à admettre la coutume comme étant susceptible d'invocation dans tous les types de contentieux.

traités ou conventions), y compris la coutume et les principes généraux du droit international (en vigueur dans l'ordre juridique interne portugais, incorporés en général et directement en vertu de l'art. 8, § 1 de la Constitution), les restants traités multilatéraux et, en outre, en matière de droit dérivé, aussi bien les résolutions prises par le Conseil de Sécurité de l'O.N.U. en application du chapitre VII de la Charte, que celles qui émanent d'organes créés par un traité multilatéral dont les normes créatrices prévoient cette source de droit.

2. Articulation entre les règles de droit international et le droit interne

2.1. Introduction dans le droit interne

- Ratification et approbation (existence et régularité)

En cette matière la grande division se fait entre les Etats qui suivent le monisme et ceux qui ont adopté le système dualiste. Toutefois, comme on le verra plus loin, même à l'intérieur de chacun de ces groupes il existe des différences quant aux moyens utilisés pour incorporer le droit international au droit interne et aux pouvoirs de contrôle du juge administratif par rapport à l'existence et à la régularité desdits moyens.

En **Allemagne**, la transposition de la loi internationale dans le droit interne varie selon la nature de la première: les règles générales de droit international, en vertu de l'art. 25 de la Loi Fondamentale, font partie intégrante de la loi fédérale. Par conséquent, les principes généraux du droit et de la coutume sont incorporés à la loi interne par la Constitution elle-même, ils font partie de l'ordre juridique allemand (*objektive Rechtsordnung*) et, dans les cas où ils sont susceptibles d'être invoqués devant les tribunaux, ils peuvent être directement appliqués. Les traités (*Staatsverträge*) ayant pour objet des matières du domaine de la législation fédérale sont soumis par le Gouvernement fédéral, pour approbation, au Parlement fédéral (*Bundestag*) et au Conseil fédéral (*Bundesrat*) après l'acte de signature. L'approbation par le *Bundestag*

est toujours requise, tandis que celle du *Bundesrat* ne l'est que dans les cas où le traité porte sur des matières au sujet desquelles la Fédération ne peut pas légiférer sans son consentement. Après approbation par les corps législatifs, le Président fédéral peut ratifier le traité, l'acte devant être validé moyennant contreseing du Chancelier ou du Ministre fédéral compétent. En revanche, les accords administratifs (*Verwaltungsabkommen*) sont transposés dans l'ordre interne en conformité avec les normes qui régissent l'administration fédérale, lesquelles font la distinction entre accords du Gouvernement fédéral et accords d'un département fédéral; les premiers sont liants à partir du moment de leur signature par le Gouvernement fédéral, les seconds à partir du moment de leur signature par le Département fédéral concerné et de la communication de celle-ci à l'autre partie.

En **Autriche**, les traités "politiques" et ceux dont le contenu apporte des modifications ou un complément à la loi en vigueur ne peuvent être conclus qu'après avoir été sanctionnés par le *Nationalrat*, et, quand ils ont pour objet des matières du domaine de compétence autonome des *Länder*, est en outre requise l'approbation par le *Bundesrat*. L'adaptation de la loi est nécessaire toutes les fois que le traité n'est pas *self executing*, c'est-à-dire, s'il ne comporte pas les spécifications nécessaires pour que les tribunaux soient habilités à juger si son application par l'administration publique ou par les tribunaux inférieurs a été correcte.

Au **Canada**, compte tenu de la nature parlementaire du système de gouvernement, le pouvoir exécutif fédéral, dans l'exercice de ses compétences en matière de relations internationales, ne peut pas créer directement le droit sans autorisation préalable du corps législatif. Une fois signé et ratifié, le traité lie le Canada sur le plan international mais il ne devient source formelle de droit interne que si il y est incorporé par une loi nationale adoptée à cet effet. Dans la mesure où la mise en oeuvre correcte d'un traité exige la modification d'une loi antérieure ou l'adoption d'une nouvelle loi, le traité devra être incorporé expressément à la loi interne par le biais d'une loi de mise en oeuvre. D'où il s'ensuit qu'un traité, en l'absence d'une confirmation par la loi, ne crée ni des droits, ni des obligations dans les rapports entre particuliers, ou entre ceux-ci et l'Etat. Les traités, dont la portée ne dépasse pas l'ordre international ou qui ne requièrent pas de transformations dans

l'ordre interne, n'exigent pas d'intervention législative sur le plan interne pour y être incorporés (c'est le cas des traité de paix). La mise en oeuvre d'un traité peut se faire selon trois modalités: (1) la loi déclare directement l'entrée en vigueur d'un accord international; (2) une simple loi introductoire incorpore au droit canadien, dans leur tout ou en partie, les dispositions d'un traité dont le texte est joint en annexe à la loi; (3) le plus souvent, la loi s'inspire des dispositions du traité mais ne les reproduit pas, se bornant parfois à mentionner simplement le traité qu'elle vise mettre en oeuvre.

En **Egypte**, c'est au Président de la République qu'il incombe de conclure les traités internationaux et d'en informer le Parlement. Cependant, certains traités, tels ceux de paix, d'alliance, de commerce, de navigation et ceux qui entraînent une modification du territoire de l'Etat ou des obligations financières non inscrites dans le budget doivent être approuvés au préalable par le Parlement.

En **Finlande**, en vertu de la section 33 de l'Acte constitutionnel, les traités doivent être approuvés par le Parlement du moment qu'ils contiennent des clauses portant matière du domaine législatif de celui-ci ou bien si la Constitution l'exige sous une quelconque forme. Les traités et les conventions sont en général incorporés moyennant l'adoption de lois ou de décrets visant leur entrée en vigueur (le texte du traité étant publié en annexe).

En **France**, en vertu de l'art. 55 de la Constitution de 1958, "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie". Le même titre prévoit, outre la procédure de ratification qui met en jeu le Président de la République, l'approbation par le gouvernement des accords en forme simplifiée. La Constitution n'établit pas clairement la distinction entre les cas où la ratification est requise et ceux dans lesquels l'approbation peut suffire. Indépendamment de celà, l'art. 53 de la Constitution dispose que la ratification ou la publication doit être précédée d'une autorisation du Parlement dans les cas qu'il énumère. En vertu d'une jurisprudence ancienne et constante, le Conseil d'Etat considère qu'il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer au sujet de la régularité de la procédure de ratification ou d'approbation

d'un traité international. La décision de ratifier ou d'approuver un traité ou un accord est un acte indétachable de la conduite des relations internationales, laquelle appartient à la catégorie très restreinte des actes du gouvernement qui échappent à la compétence de la juridiction administrative. Le Conseil d'Etat n'exerce donc aucun contrôle ni sur le choix qui est opéré en faveur soit de l'approbation, soit de la ratification, ni sur la décision de solliciter ou non l'autorisation préalable du Parlement. Il contrôle, en revanche, l'existence de la ratification ou de l'approbation.

En **Grèce**, tandis que la lettre de l'art. 28, §1, de la Constitution laisse entendre que la ratification par une loi formelle constitue la condition indispensable pour l'intégration d'une convention internationale dans l'ordre juridique interne, l'art. 36, § 2, quant à lui, dispose que la ratification d'une convention internationale par une loi formelle n'est pas nécessaire pour qu'elle soit appliquée internement sauf si ladite convention porte sur l'une des matières énumérées dans même article. L'interprétation la plus appropriée est que toute convention que ne porte pas sur l'une des matières énoncées dans le mentionné paragraphe s'applique dans l'ordre juridique interne sans que soit nécessaire au préalable sa ratification par une loi formelle.

Les **Pays-Bas**, en vertu de l'art. 91 de la Constitution, ne peuvent pas se lier par des traités et ne peuvent pas dénoncer un traité sans l'approbation préalable, expresse ou tacite, du Parlement. Les traités qui dérogent aux clauses constitutionnelles sont tenus d'être approuvés expressément par les deux Chambres du Parlement et à la majorité de deux-tiers au moins. Il existe des exceptions, par exemple si le nouveau traité vise uniquement la mise en oeuvre d'un traité déjà approuvé précédemment ou s'il modifie uniquement un annexe de nature exécutoire. L'approbation étant accordée, l'Etat peut procéder à la ratification, c'est à dire, au dépôt des instruments de ratification

En **Hongrie**, les plus importants traités internationaux sont ratifiés, après signature, par décret du Parlement et ils sont promulgués par loi. Les accord conclus entre gouvernements sont approuvés et promulgués par le Gouvernement, par décret.

En **Italie**, c'est le Président de la République qui ratifie les traités internationaux après autorisation des Chambres du Parlement lorsqu'il s'agit de traités de nature politique, s'ils visent des arbitrages ou des règlements judiciaires, s'ils comportent des modifications territoriales ou des engagements de nature financière ou bien des modifications des lois en vigueur.

Au **Luxembourg**, les traités internationaux, pour valoir dans l'ordre interne, doivent exister internationalement (au moment de l'application), doivent avoir été régulièrement approuvés par le pouvoir législatif en vertu d'une loi d'approbation, et ils doivent avoir été publiés au journal officiel. Les dispositions des traités régulièrement approuvés sont immédiatement appliquées dans l'ordre interne (*self executing*) et leur violation conduit à la nullité de l'acte administratif qui les contrarie.

Au **Panama**, les traités et les accords internationaux, une fois négociés par l'exécutif, doivent être soumis au pouvoir législatif (Assemblée nationale) pour approbation. S'ils sont approuvés, ils doivent être publiés au journal officiel. Par la suite, ils devront être accompagnés d'une procédure de ratification par l'exécutif, lequel démontre ainsi à la communauté internationale qu'il consent à se soumettre au traité approuvé par l'Assemblée Nationale.

Au **Portugal**, l'Etat s'engage en matière de droit international conventionnel moyennant la ratification des traités et l'approbation des autres conventions. Il importe de souligner que la procédure d'approbation exigée par la Constitution est plus complexe que la signature visée par la Convention de Vienne. Pour cette raison, le Portugal, pour satisfaire à son art. 24, § 4, doit utiliser la notification des parties engagées dans la négociation visée à l'art. 47 de la convention de Vienne.

En **Suède**, le Gouvernement est habilité à conclure un accord/traité international liant l'Etat, le consentement du Parlement n'étant requis que si l'accord exige des mesures législatives de la compétence de ce dernier. Il n'existe pas de règles particulières concernant la méthode d'incorporation des règles de droits international.

Le juge administratif n'exerce aucun contrôle sur l'incorporation régulière du droit international.

En **Suisse**, qui a opté pour le monisme, avec la primauté du droit international, le Tribunal fédéral reconnaît, depuis le XIXe siècle, que le droit international public est une partie intégrante de l'ordre juridique interne sans qu'un acte concret d'incorporation soit nécessaire à cet effet (clause générale de pleine incorporation).

En **Thaïlande**, le Roi a le pouvoir de conclure des traités par l'intermédiaire du Conseil des Ministres et des divers départements gouvernementaux, bien que la conclusion de certains traités soit sujette à l'approbation parlementaire en vertu de l'art. 224 de la Constitution.

La Constitution de **Tunisie** comporte deux procédures différentes pour l'incorporation des traités dans l'ordre interne, l'une générale et l'autre spécifique, pour les traités conclus dans l'intérêt du Grand Maghreb Arabe. Cependant, en matière de conclusion des traités, la pratique tunisienne est suivie par la plupart des Etats, c'est-à-dire, elle tient compte des quatre phases traditionnelles (négociation, signature, ratification et publication). En ce qui concerne la ratification, il existe plusieurs positions doctrinaires, mais, compte tenu de l'art. 33 de la Constitution, il est entendu que la ratification des traités appartient exclusivement au pouvoir législatif. Toutefois, ni tous les accords internationaux sont soumis à la ratification. Il existe en Tunisie une procédure particulière relativement à cette dernière, créée par l'art. 2 de la Constitution, lequel stipule que: "La République tunisienne constitue une partie du Grand Maghreb Arabe et pour l'unité de celui-ci elle doit donc tenir compte de l'intérêt commun. Les traités conclus dans cette perspective, et dont la nature entraîne une modification de la Constitution, seront soumis par le Président de la République à un référendum après que celui-ci ait été accepté par la Chambre des Députés" L'importance de cette clause est telle qu'elle exige qu'il y ait consensus entre la Chambre, le Président de la République et le peuple. Le pouvoir de ratifier n'appartient ni au Président, ni à la Chambre des Députés, car le vote de celle-ci n'est qu'une condition préalable à l'adoption du traité par le peuple tunisien, et seule cette dernière décision compte. Nous voilà donc en présence d'un système très particulier, car il s'agit, finalement, d'une ratification populaire.

- Publication

Dans la généralité des pays, la loi qui transpose un traité dans l'ordre interne et le texte lui-même du traité sont tous les deux publiés au journal officiel; il en va de même pour les réserves et les résolutions interprétatives le concernant, les modifications ultérieures du traité et sa dénonciation.

La publication est en général une condition de l'efficacité de la convention sur le plan interne; néanmoins, une convention déjà publiée n'entre en vigueur qu'à partir du moment où elle est en vigueur internationalement. Dans certains pays (dont, notamment, le Portugal) ceci fait l'objet d'un avis publié également au journal officiel.

En revanche, la possibilité du contrôle juridictionnel de la régularité de la publication n'existe en général pas ou bien elle est très limitée. C'est ainsi qu'en France, la contestation, dans le cadre d'un recours porté devant la juridiction administrative, du contenu de la convention ou de la régularité de la procédure de ratification n'est pas admise. Le juge ne pouvant que censurer les vices du décret de publication (compétence de l'auteur, règles du contreseing) et l'exactitude du texte publié par rapport à l'original du traité.

- Entrée en vigueur et maintien des traités (clause *rebus sic stantibus* et clause de réciprocité)

Règle générale, les traités entrent en vigueur dans l'ordre interne après leur ratification et publication, mais jamais avant leur entrée en vigueur internationale. Il est, cependant, parfois admis que le législateur national établisse qu'un traité est applicable dans l'ordre interne avant même qu'il ne soit entré en vigueur au niveau international (ceci a été le cas pour l'Allemagne, avec la convention de Genève sur les réfugiés de 1949).

Les traités qui ne prévoient pas de limitations à leur application dans le temps ou qui admettent leur propre extinction par

décision unilatérale sont considérés comme étant permanents. Le changement des circonstances permet à la partie, à l'encontre de laquelle le changement s'opère, de suspendre ou de dénoncer le traité.

Règle général aussi, la vérification par l'autre partie si la clause de réciprocité (législative ou concrète) inscrite dans une convention internationale est respectée n'est pas entreprise d'office par les tribunaux administratifs. Il appartient à la partie intéressée d'invoquer devant ces derniers le moyen correspondant et de présenter toutes les preuves nécessaires, les tribunaux pouvant, dans tous les cas, solliciter aux services compétents du ministère des affaires étrangères des informations au sujet de la mise en application des conventions dans les autres Etats signataires.

En **France**, la dénonciation ou la suspension d'un traité ou d'un accord constituent des actes du Gouvernement, dont la légalité échappe au contrôle du juge administratif. Il n'exerce pas de contrôle sur leur bien fondé, et, notamment, sur l'application de la règle *rebus sic stantibus*. Cependant il est appelé à vérifier s'il y a eu décision et si elle a été rendue opposable par la notification.

Au **Portugal**, l'on peut considérer que la Constitution (art. 8. §2) consacre le dégagement international des obligations d'une convention en raison du changement des circonstances.

2.2. Force juridique des règles de droit international reçues dans l'ordre interne

-Règles de droit international général et loi constitutionnelle

Dans la généralité des pays, les règles de droit international général ne prévalent pas sur les dispositions constitutionnelles.

Néanmoins, au **Luxembourg**, le droit international occupe le sommet de la hiérarchie, à côté du droit constitutionnel, sans que soient connus des cas de conflits entre les deux, et, en **Suisse**, un récent arrêt du Tribunal fédéral a affirmé la primauté du droit international sur le

droit interne, y compris le droit constitutionnel, ce qui rend inapplicable toute règle interne contraire au droit international général.

Au **Portugal**, l'on estime que les règles de droit international général qui structurent l'ordre juridique international, le *jus cogens* et les normes de droit international de sauvegarde des droits de l'homme prévalent sur la Constitution. Les normes restantes sont au même niveau de la loi commune interne.

- Règles de droit international conventionnel et loi constitutionnelle

Ici aussi le principe général est celui de la primauté de la loi constitutionnelle sur les règles de droit international conventionnel, bien que soient mentionnés quelques cas de pays qui se sont vu obligés à modifier leur constitution quand un traité international contenait une disposition la violant (Panama)

La **Finlande** constitue un cas à part. Les conflits entre la Constitution et les règles de droit international y sont résolus au moment de l'incorporation de la norme internationale à l'ordre interne: la position des traités internationaux dans la hiérarchie des normes de droit national dépend de la position hiérarchique de la clause de transformation correspondante. Les parties des traités qui entrent en conflit avec la Constitution sont adoptées par un acte du Parlement pris en conformité avec la procédure exigée pour les normes constitutionnelles.

En **France**, un traité qui comporte des règles contraires à la Constitution ne peut pas être ratifié avant que la Constitution ne soit modifiée. La constitutionnalité d'un engagement international peut être attaquée devant le Conseil constitutionnel et, au cas où celui-ci estime que le traité est contraire à la Constitution, sa ratification est interdite sauf si une modification de la Constitution - ou une réserve au traité - en annule la contradiction. La Constitution ne prévoit toutefois pas de mécanismes de contrôle de la constitutionnalité d'un traité déjà ratifié. Le juge administratif ne s'est jamais vu confronté à une vraie contradiction entre un traité international et une norme de valeur constitutionnelle. Il a cependant jugé que les traités internationaux

internationaux devaient, dans la mesure du possible, être interprétés conformément à la Constitution. Néanmoins, il semble que le juge administratif ne pourrait pas se dérober à l'application d'un traité ratifié.

- Règles de droit des organisations internationales et loi constitutionnelle

Au **Portugal**, parmi les règles de droit émanées par des organisations internationales et qui ne sont pas des normes de droit international général ou commun, seules les mesures adoptées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies en application du chapitre VII de la Charte et celles qui sont posées par une institution créée par un traité leur conférant force juridique immédiate dans l'ordre interne, produisent d'effet, en qualité de normes juridiques, au plan national. Ces normes ont la primauté sur la loi ordinaire et, en cas de conflit avec les normes constitutionnelles, ou bien celui-ci est évité, en ce qui concerne le droit dérivé d'institutions d'organisations internationales comme l'UE, grâce à des mécanismes appropriés, ou bien il est nécessairement résolu en faveur de la supériorité des précitées mesures spéciales du Conseil de Sécurité.

- Règles de droit international et règles écrites ou non écrites de droit ordinaire

La tendance apparemment dominante attribuée aux traités et accords régulièrement ratifiés une autorité supérieure à celle des lois ordinaires.

Quant aux normes de droit international non écrites, la tendance dominante paraît, par contre, aller dans le sens de ne pas leur reconnaître la primauté sur les lois internes.

DEUXIEME THEME

Définition et interprétation des règles internationales par le juge

1. Définition de la règle de droit international

1.1. *Prise en compte par le juge des règles non incorporées dans le droit interne* - *Coutume et pratiques internationales, droits des gens*

Dans les pays qui suivent le système moniste, les règles internationales, y inclus les règles non écrites, sont susceptibles d'application comme telles dans l'ordre interne et, par conséquent, il n'y a pas lieu, en principe, à tenir compte des règles non incorporées au droit interne.

Dans les systèmes dualistes, le juge, lorsqu'il applique des lois nationales visant les mêmes matières, est supposé prendre en considération les règles de droit international engageant l'Etat mais n'ayant pas été incorporées

1.2. *Qualification d'un texte comme traité international*

Dans certains pays, tels la **Suisse**, on considère qu'une juridiction interne n'est pas compétente pour définir arbitrairement des dispositions internationales comme étant ou non des traités, car une telle qualification découle des catégories mêmes du droit international, tout particulièrement de la Convention de Vienne de 1969 s'agissant des règles internationales conventionnelles.

Dans d'autres, qui ont opté pour le dualisme, le juge administratif n'a aucun besoin de qualifier un texte donné comme étant

un traité international puisque les traités, du fait qu'ils sont incorporés dans législation interne, sont appliqués en tant que loi nationale.

2. Interprétation de la règle de droit international

2.1. *Le cas des actes clairs*

En règle générale, les rapports nationaux disent que le juge applique les règles d'interprétation posées aux arts. 31 et 33 de la Convention de Vienne (la bonne foi, le sens ordinaire à attribuer à chaque terme dans le contexte du traité, compte tenu de son objet et de son but).

En **France**, avant un arrêt de 1990, le Conseil d'Etat ne s'estimait pas compétent pour interpréter un traité international auquel la France était partie. Quand l'issue d'un litige dépendait d'une question d'interprétation d'un acte international, le ministre des affaires étrangères était saisi d'une question préjudicielle et le Conseil d'Etat surseyait à statuer (il suspendait sa délibération) dans l'attente de l'interprétation par le ministre. La réponse de celui-ci ne pouvait pas être contestée devant le juge. Dans tous les cas où l'interprétation du traité ne laissait pas de doutes, le Conseil d'Etat estimait que, du moment que l'acte était clair, il n'y avait pas lieu de saisir le ministre des affaires étrangères d'une question préjudicielle. Toutefois, depuis 1990, le Conseil d'Etat considère qu'il appartient au juge administratif d'interpréter lui-même les actes et accords internationaux qu'il applique à un litige particulier. Lorsqu'il rencontre une sérieuse difficulté d'interprétation il peut demander au ministre des affaires étrangères de produire des observations sur le sens et la portée du traité, mais il n'est plus tenu par l'interprétation du ministre. Le Conseil d'Etat s'efforce d'interpréter les traités pour limiter les risques de contrariété du traité avec la Constitution.

Au **Luxembourg**, en cas de désaccord quant à l'application de la doctrine de l'acte clair, la pratique luxembourgeoise est de consulter le Gouvernement au sujet de l'interprétation des traités

internationaux. Le même est vrai en cas de conflit entre normes de droit international.

Au **Canada**, étant donné que le juge canadien interprète le droit international conventionnel en tant que loi et à la lumière d'une loi, ce sont les règles d'interprétation générales, encore qu'avec quelques modifications, qui sont appliquées. Une loi n'ayant pas de précédents internationaux est interprétée uniquement sur la base de son texte, des précédents judiciaires et des jugements de *common law*. Confronté à une loi d'origine internationale, le juge a recours au texte du traité et il s'en inspire pour attribuer à la loi le sens ou l'effet voulu par le législateur et qu'autrement il ne pourrait pas dégager. Le recours au texte international dans l'interprétation de la loi, bien que parfaitement clair et sans ambiguïté explicite, peut contenir une ambiguïté dont l'origine est à chercher dans des facteurs extrinsèques à la loi que l'on doit interpréter, notamment dans la convention internationale qui la précède. Il est, par conséquent, parfaitement raisonnable de remonter au texte international dès le début de l'interprétation.

2.2. Le cas d'un conflit entre normes de droit international

Rares sont les cas rapportés de conflits entre normes de droit international.

Règle générale, ce conflit étant considéré comme équivalent au conflit entre normes de droit interne, il est tranché selon les règles usuelles (*lex superior, lex posterior*, hiérarchie des valeurs, moindre grief, prudence, proportionnalité et harmonisation relative des intérêts en présence) quand on n'aboutit pas à une interprétation qui réussisse à harmoniser les normes.

En Suisse, en cas de conflit entre règles de droit international conventionnel et une norme internationale de protection des droits de l'homme, c'est cette dernière qui prévaut sur les premières, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ainsi, les arts 3, 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'art. 3 de la Convention européenne d'extradition sont considérés *jus cogens*, empêchant la Suisse d'extraditer un individu à un Etat qui n'observe pas lesdits principes, encore même que l'extradition soit prévue par un traité.

TROISIEME THEME

Invocation et effets des règles de droit international

1. Faculté pour le requérant d'invoquer ou non une règle de droit international

1.1. *Invocation des règles de droit international conventionnel*

Ici aussi l'on est tenu de considérer si le système adopté est de type moniste ou dualiste.

Selon le premier, et c'est le cas de l'**Allemagne** ou de la **Grèce**, le requérant peut invoquer un traité international si celui-ci a été transposé dans l'ordre juridique allemand, s'il est directement applicable (*unmittelbar anwendbar*), et s'il confère au demandeur des droits subjectifs. L'on estime qu'une disposition d'un traité est directement applicable du moment qu'il n'est pas nécessaire pour l'appliquer de produire une loi complémentaire ou, autrement dit,

quand les autorités administratives et les tribunaux peuvent déduire de ce traité des effets juridiques applicables en l'espèce.

Il en va autrement dans des pays tels le **Canada** ou la **Finlande**, par exemple, où le droit international est incorporé au droit interne par voie législative. Les parties, dans un différend de droit interne, ne peuvent pas, par conséquent, invoquer directement la violation de règles de droit international conventionnel. Ce qu'elles peuvent faire c'est invoquer une norme de droit interne en vigueur qui se fonde sur un traité international

1.2. *Invocation des principes généraux du droit*

Comme pour l'alinéa précédent et en prenant comme cas paradigmatiques l'**Allemagne** et le **Canada**, l'on s'aperçoit que:

- en **Allemagne**, les requérants peuvent invoquer les règles générales de droit international - droit international coutumier et principes généraux de droit international - dans le cadre d'affaires judiciaires en cours, du moment que ces règles font partie de l'ordre juridique allemand, ce qui est souvent le cas à l'occasion d'affaires criminelles et de demandes d'extradition, mais exceptionnel devant les tribunaux administratifs.

- au **Canada**, étant donné que la plupart des principes généraux de droit des systèmes de droit civil et du *common law* (la bonne foi, l'équité, l'abus de droit, les droits acquis, l'enrichissement sans juste cause, la règle du raisonnable, l'autorité de la chose jugée) font déjà partie intégrante du droit interne canadien, en vertu du *common law* ou du droit civil codifié, ils peuvent être invoqués en tant que tels.

En **France**, du moment qu'une règle internationale coutumière a été identifiée, le juge doit s'interroger sur l'effet direct de cette norme, c'est-à-dire il doit se demander si elle crée des droits et des obligations pour les particuliers et si elle suffisamment précise et inconditionnelle pour pouvoir être appliquée à des cas individuels ou si elle s'adresse uniquement aux Etats.

Au **Portugal**, les particuliers peuvent invoquer devant les tribunaux administratifs des principes généraux de droit international, lesquels, pour autant qu'ils soient reconnus quant à leur existence et à leur contenu, seront appliqués au rapport matériel controversé de la même façon que toute autre règle de droit positif. Cependant, les principes généraux de droit international, sauf s'ils font partie du *jus cogens*, jouent en principe un rôle subsidiaire et ne sont donc pas valables s'il existe une coutume générale ou même un traité régissant cette matière. Compte tenu de cette réserve, ils ont une valeur hiérarchique égale à celle du droit international général ou commun.

2. Compétence du juge pour connaître de la violation d'une règle de droit international

2.1. Possibilité pour le juge d'invoquer d'office la violation d'une règle de droit international

La possibilité pour le juge d'invoquer d'office la violation d'une règle de droit international dépend, simultanément, du système de transposition du droit international adopté dans un pays et des normes spécifiques régissant la connaissance des vices infectant l'acte administratif contesté. En effet, dans les pays qui font la distinction entre les vices engendrés de nullité et les vices qui déterminent simplement l'annulabilité de l'acte contesté, il est assez commun d'attribuer au juge la compétence pour connaître d'office les premiers et, partant, si à la base de ce vice, l'on trouve la violation d'une règle de droit international, il est possible pour le juge de connaître d'une telle violation. Par contre, si le vice qui découlerait de la violation, par l'acte administratif contesté, d'une règle de droit international, n'en provoquait que l'annulabilité et si le requérant n'a pas invoqué ledit vice, le juge n'est pas habilité à l'examiner ni, par conséquent, à connaître d'office de la violation de la règle de droit international.

2.2. *Violation directe d'une règle de droit international soit par un acte administratif, soit par une norme de droit interne sur la base de laquelle l'acte administratif est intervenu*

A des fins de comparaison, les cas allemand et canadien apparaissent de nouveau comme particulièrement suggestifs.

- en **Allemagne**, si un *acte administratif* viole le droit international, le tribunal administratif doit l'annuler. Si la violation du droit international est particulièrement grave et évidente, l'acte sera déclaré nul. Si une *norme de droit interne*, en application de laquelle un acte administratif donné a été pratiqué, viole le droit international, le tribunal administratif ne peut annuler l'acte administratif - ceci en partant du principe que ce dernier était conforme avec la loi interne - que si la norme de droit international est supérieure à la loi interne, ce qui dépend fondamentalement de sa nature; à savoir, (i) une règle générale de droit international a la primauté sur une loi interne et, s'il existe des doutes au sujet de l'incorporation de la règle générale de droit international en question au droit interne ou sur le fait qu'elle crée ou non directement des droits et devoirs pour l'intéressé, le tribunal administratif doit en premier lieu obtenir à ce propos une décision de la Cour constitutionnelle fédérale; (ii) si la norme de droit interne viole un traité international et que le conflit n'est pas susceptible d'une résolution favorable dans le sens des dispositions internationales par la voie de l'interprétation, le tribunal est tenu d'appliquer la loi interne et il n'a aucune possibilité de déclarer la nullité de la loi interne, en application de laquelle a été pratiqué l'acte administratif, car seule la Cour constitutionnelle est habilitée à statuer sur la nullité des lois et ceci uniquement en cas d'inconstitutionnalité (et non pas au motif de violation d'un traité international, ce qui ne peut être résolu que par le législateur). Par ailleurs, si un tribunal, au cours d'une affaire, déclare inconstitutionnelles les dispositions d'un traité applicable en l'espèce, il doit surseoir au jugement et obtenir une décision de la Cour constitutionnelle au sujet de la constitutionnalité de la loi d'incorporation du traité à l'ordre juridique interne.

- au **C a n a d a**, en raison du système particulier d'incorporation du droit international conventionnel (système de transformation) et de la doctrine moniste de primauté du droit interne adoptée vis-à-vis du droit international coutumier, il n'est pas possible d'invoquer devant le juge canadien la violation directe d'une règle de droit international.

Citons encore le cas de la **F r a n c e**, où un acte administratif qui contrarie directement un traité est susceptible d'annulation au motif de violation de la loi (*excès de pouvoir*) pour autant qu'il intervienne dans le champs d'application d'un traité. S'il s'agit d'un acte réglementaire il peut être déclaré illégal à l'occasion d'un recours formé contre un acte individuel d'application. Il est également possible, à l'occasion d'un recours contre un acte administratif, de contester la compatibilité de la loi sur laquelle se fonde ledit acte avec un traité international et, dès lors que le juge constate que la loi est contraire au traité, il devra en tirer la conséquence que l'acte administratif est privé de base légale.

Au **P o r t u g a l**, quand un acte administratif viole directement une règle de droit international, la sanction applicable est l'annulabilité, car toute violation d'une norme constitue un vice de violation de la loi. Si l'acte administratif a appliqué une loi interne qui contrarie la norme internationale applicable, le tribunal administratif déclare inapplicable la norme interne contraire à la norme de droit international du moment qu'il l'estime hiérarchiquement supérieure et, par conséquent, il annule également l'acte au motif de violation de la loi. Cependant le juge n'est pas habilité à se prononcer, même à la demande des parties, au sujet de la validité de la norme internationale, aussi bien en tant que question principale qu'en question incidente, étant donné que la norme internationale, même conventionnelle, en vigueur internement, appartient à un ordre juridique qui échappe au contrôle de légalité du tribunal national.

2.3. Degré d'invalidité ou d'inefficacité d'une norme de droit interne violant une règle de droit international

Tandis que, dans des systèmes comme l'**allemand**, si une loi interne viole une norme de droit international - règle générale ou traité - et que la norme internationale prévaut sur la norme interne, celle-ci ne peut pas être appliquée et il s'ensuit qu'elle devient inefficace mais n'est pas pour autant frappée de nullité. dans des systèmes comme le **canadien**, à partir du moment où la loi internationale est transformée en loi interne, la question se pose en terme de conflit entre lois internes, résoluble en conformité avec les principes de la supériorité de la loi postérieure et de la loi spéciale.

3. Conséquences en matière de responsabilité de la violation d'une règle de droit international par une norme de droit interne.

3.1. Responsabilité pour faute

Dans la plupart des pays la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat juridictionnellement (et, en particulier, devant la juridiction administrative) en raison d'actes législatifs apparaît extrêmement problématique.

C'est ainsi qu'en **Allemagne**, si le législateur adopte une loi nationale violant de ce fait une norme de droit international, il ne sera normalement pas susceptible d'être responsabilisé à ce titre devant les tribunaux allemands. La responsabilité de l'Etat et d'autres corps publics dépend en principe du fait que l'un de ses fonctionnaires a négligé ses devoirs vis-à-vis de tiers dans l'exercice de fonctions publiques. Or, étant donné que le législateur agit en fonction de l'intérêt du public en général et non pas de personnes individualisées, les conditions pour engager la responsabilité de l'Etat ne sont pas remplies, à moins que le législateur n'eut légiféré pour un cas individuel, ce qui est peu probable car c'est inconstitutionnel. Ainsi, quand un individu

est atteint dans ses droits par une loi qui viole le droit international, il ne pourra normalement pas porter plainte en justice contre le législateur au motif des dommages subis, mais il pourra, en revanche, saisir un tribunal administratif d'un recours qui porterait à l'annulation de l'acte administratif fondé sur cette loi, pour autant que le conflit entre les deux sources de droit ait été tranché en faveur de la norme de droit international en question.

En **Grèce**, par contre, le fondement possible pour une action en indemnisation tendant à la réparation des dommages causés à un particulier par la violation d'une norme d'origine interne peut se rencontrer dans l'art. 105 de la loi n° 2783/1941 sur l'entrée en vigueur du code civil, qui consacre le principe de la responsabilité civile de l'Etat pour tous les actes ou omissions frappés d'illégalité pratiqués par ses organes "dans l'exercice de l'autorité publique qui leur a été confiée". S'il est certain que la jurisprudence s'est traditionnellement montrée peu encline à reconnaître, sur la base de ladite disposition, la responsabilité de l'Etat pour les actes ou omissions des organes du pouvoir législatif, un changement lent mais sûr est en train de se dessiner et la disposition susmentionnée a déjà été reconnue comme fondement pour des actions en indemnisation tendant à la réparation de griefs causés à des particuliers, soit par des dispositions internes contraires au droit communautaire, soit en vertu de la non transposition dans le droit interne d'une directive communautaire.

En **Italie**, les juges n'ont pas le pouvoir de déclarer l'Etat responsable au motif de la publication d'une loi contraire au droit international et, par conséquent, personne ne pourra obtenir des tribunaux la condamnation de l'Etat au paiement d'indemnités en raison des dommages causés par ladite loi, encore qu'elle ait été annulée par la Cour constitutionnelle au motif de sa contrariété avec une règle internationale reçue comme norme constitutionnelle et même s'il était certain que le Parlement a voté la loi sachant qu'elle était contraire au droit international.

Au **Portugal**, l'adoption, par voie conventionnelle, d'une réglementation matérielle donnée entraînant des conséquences pour les particuliers, tout comme l'omission de l'édiction de normes internes de mise en oeuvre d'une obligation internationale, causant ainsi préjudice à

des particuliers individualisé, n'engendrent pas de responsabilité de l'administration. En revanche, il en découle une responsabilité politique ou législative, laquelle, au cas où la responsabilité de l'Etat serait engagée (et pour cela il est indispensable que s'avèrent les conditions de la responsabilité civile, ce qui est, dans la pratique, difficile à constater), est du ressort des tribunaux communs. Seule la violation des règles de droit international en vigueur et applicables par les organes ou les agents de l'Etat, dans le cadre de leur activité de gestion publique, peut donner lieu à des actions en demande de réparation, pour lesquelles les tribunaux administratifs sont compétents, tout se passant, dans cette dernière hypothèse, en ce qui concerne l'examen de ladite responsabilité, comme dans le cas parallèle, où le particulier prétend fonder la responsabilité sur la violation de normes de droit interne.

3.2. Responsabilité pour risque

En **France**, dans un arrêt de 1966, il a été admis que la responsabilité de l'Etat peut être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour garantir la réparation de préjudices nés de convention passées entre la France et d'autres Etats et régulièrement transposées dans l'ordre juridique interne, pour autant que, d'une part, ni la convention elle-même, ni la loi en ayant éventuellement autorisé la ratification, ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation, et, d'autre part, que le grief dont la réparation est exigée soit suffisamment grave et présente un caractère spécial.

Au **Portugal**, la responsabilité civile se fonde en principe sur la faute. Par ailleurs, il existe des cas où les tribunaux administratifs peuvent être appelés à trancher au sujet de la responsabilité de l'Etat et d'autres corps publics, indépendamment de la faute, si ceux-ci: (i) provoquent des dommages spéciaux et anormaux en raison de services exceptionnellement dangereux ou au motif de choses ou d'activités de la même nature (hormis en cas de force majeure ou de faute du lésé); (ii) quand ils provoquent, dans un but d'intérêt général, moyennant des actes licites, des dommages spéciaux et anormaux; et (iii) quand, en état de nécessité ou pour des motifs impérieux d'intérêt public, ils ont sacrifié spécialement une chose ou un droit d'un particulier.

En **Tunisie**, la loi n° 39, du 3 juin 1996, qui a expressément admis la responsabilité du fait de risque, en a, cependant, limité l'application aux préjudices causés par des travaux publics et des activités dangereuses de l'administration: il en découle, que la responsabilité de l'Etat provoquée par ses actes législatifs ne pourra éventuellement être prononcée que sur la base de la faute.

Il y a, par conséquent, lieu à conclure que la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat - en se fondant ou non sur la faute - en raison de son activité législative (ou de l'omission de celle-ci) entraînant violation de règles de droit international n'est pas légalement admise, ou, dans les cas où elle l'est, ce n'est pas aux tribunaux administratifs qu'il appartient de connaître de cette responsabilité. Au demeurant, c'est une hypothèse qui semble vouée à l'échec.