

LE MOYEN DE DROIT INTERNATIONAL DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNES EN AFRIQUE : QUELQUES EXEMPLES D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Brusil Miranda Metou

Volume 22, Number 1, 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068708ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1068708ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Miranda Metou, B. (2009). LE MOYEN DE DROIT INTERNATIONAL DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNES EN AFRIQUE : QUELQUES EXEMPLES D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 22(1), 129–165. <https://doi.org/10.7202/1068708ar>

Article abstract

Domestic courts in Africa are increasingly in contact with international law, which marks a significant step towards the effective application of international law in the domestic legal order of African States. International law is generally used to support a claim in an appeal, as a means of defense or support for an action or reaction, or as a reason for the judges themselves to motivate their decisions. However, aware of their lack of sufficient knowledge about the intricacies of international law, the domestic judges usually avoid commenting on the means of international law invoked by either party at the trial. When reviewing international law domestic judges almost automatically verify the conditions in which international law applies to the domestic substantive law regardless of its nature. In addition, these judges perform a biased interpretation of international law based on the clause of reciprocity included in almost all the constitutions in question and particularly when taking into account the specificities of the domestic legal order for which they are the first guarantors.

LE MOYEN DE DROIT INTERNATIONAL DEVANT LES JURIDICTIONS INTERNES EN AFRIQUE : QUELQUES EXEMPLES D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

*Brusil Miranda Metou**

Les juridictions internes en Afrique sont de plus en plus en contact avec le droit international, ce qui marque un pas considérable vers l'effectivité de l'application du droit international dans l'ordre juridique interne en Afrique. Il en est ainsi lorsque le droit international est invoqué pour soutenir une prétention dans un recours, comme moyen de défense ou d'appui à une action ou à une réaction, ou soulevé d'office par les juges eux-mêmes pour motiver leurs décisions. Cependant, connaissant mal les subtilités que revêt le droit international, les juges internes évitent habituellement de se prononcer sur le moyen de droit international invoqué par l'une des parties au procès. Lorsqu'ils examinent parfois ce moyen, les juges internes vérifient de façon quasi-automatique les conditions d'insertion du droit international dans le droit positif interne indifféremment de sa nature. De plus, ces juges font une interprétation biaisée du droit international en se basant sur la condition de réciprocité minutieusement incluse dans la quasi-totalité des constitutions en cause et surtout en prenant en considération des spécificités de l'ordre juridique interne dont ils sont d'abord les garants.

Domestic courts in Africa are increasingly in contact with international law, which marks a significant step towards the effective application of international law in the domestic legal order of African States. International law is generally used to support a claim in an appeal, as a means of defense or support for an action or reaction, or as a reason for the judges themselves to motivate their decisions. However, aware of their lack of sufficient knowledge about the intricacies of international law, the domestic judges usually avoid commenting on the means of international law invoked by either party at the trial. When reviewing international law domestic judges almost automatically verify the conditions in which international law applies to the domestic substantive law regardless of its nature. In addition, these judges perform a biased interpretation of international law based on the clause of reciprocity included in almost all the constitutions in question and particularly when taking into account the specificities of the domestic legal order for which they are the first guarantors.

* Chargée de cours à l'Université de Yaoundé II au Cameroun. Docteur en droit public (Université de Yaoundé II); conseil en propriété industrielle (Organisation africaine de la propriété intellectuelle). Elle a effectué des études couronnées par la soutenance, le 27 janvier 2009, d'une thèse de doctorat en droit public, option droit international public et communautaire, sur « Le rôle du juge dans le contentieux international. Cas de la Cour internationale de justice ». Ses domaines de spécialité sont le droit international public et le droit constitutionnel.

La constitutionnalisation des droits internationalement conférés à l'individu par des instruments internationaux a permis l'essor d'une internationalisation du contentieux devant les tribunaux internes¹. Non seulement les juges nationaux sont saisis des recours fondés sur le moyen de droit international, mais il arrive de plus en plus qu'au cours d'un procès, une partie invoque le droit international pour tenter de justifier un comportement ou pour appuyer sa prétention. De même, les juridictions nationales recourent aussi au droit international pour motiver leurs décisions en termes de moyens d'office. Le moyen s'entend de ce par quoi une fin déterminée se réalise². Dans une demande en justice, il s'agit du soutien, fondement ou élément de justification, voire du motif destiné à fonder en fait et en droit ladite demande³. Il s'agit plus précisément du fondement de droit ou de fait invoqué par une partie au soutien de ses prétentions⁴. C'est dire que le moyen de droit international devant les juridictions internes se présente comme un ensemble de règles tirées du droit international (conventionnel, coutumier ou communautaire) et ayant pour but d'appuyer juridiquement la prétention d'une partie ou de motiver la décision du juge. En effet, l'État de droit suppose en principe que les citoyens disposent des voies de recours contre l'administration qui empiéterait sur les droits dont ils disposent en vertu de la législation interne et/ou du droit international. Il paraît donc tout à fait normal qu'un particulier fonde sa prétention adressée au juge sur le droit international ou qu'une partie en procès allègue un droit découlant du droit international.

Le moyen de droit international invoqué dans un recours suppose qu'il s'est produit un fait contraire au droit international dans l'ordre juridique interne de l'État en cause, soit du fait d'un particulier, soit du fait de l'administration, et que cette prétention se heurte à une résistance. Il s'analyse alors comme une sorte d'exception d'« (in)conventionalité » ou de non-conformité au droit international de l'acte en cause. Cela suppose également qu'il s'est produit, dans l'ordre juridique international, un acte manifestement contraire aux principes constitutionnels fondamentaux d'un État et que l'acte en question est déféré devant le juge constitutionnel en contrôle de constitutionnalité⁵. En outre, le moyen de droit international peut aussi être un moyen

¹ En effet, au cours des années 1990, de nombreux États africains ont procédé à une révision de leur constitution pour y instituer explicitement des mécanismes spécifiques relatifs à l'insertion du droit international dans l'ordre juridique interne. Voir Alain Moyrand, « Réflexions sur l'introduction de l'État de droit en Afrique noire francophone » (1991) 43 R.I.D.C. 853; Narcisse Mouelle Kombi, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles Constitutions des États d'Afrique francophone » (2003) 57 *Revue juridique et politique, indépendance et coopération* 5. Voir aussi Cour fédérale de justice, ch. admin. Yaoundé (Cameroun), 8 juin 1971, *Compagnie commerciale et immobilière et immobilière africaine des chargeurs réunis c. État du Cameroun oriental*, Arrêt no. 163. Longtemps avant ces révisions constitutionnelles, le juge camerounais considérait déjà que « les conventions internationales constituent les sources du droit interne [et] que leur violation peut être invoquée à l'appui d'un recours », bien qu'aucune disposition constitutionnelle ne précisait nettement la place du droit international dans l'ordre juridique interne camerounais; Cour fédérale de justice, ch. admin. Yaoundé (Cameroun), 1973 *Société Davum c. État du Cameroun oriental*, Arrêt no. 171.

² André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2006 à la p. 659.

³ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2007 à la p. 600.

⁴ Rémy Cabrillac, dir., *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 3^e éd., Paris, Litec, 2008 à la p. 278.

⁵ Il en est ainsi notamment lorsque pendant la période de crise interne, les organisations internationales dont l'État en cause est membre, prennent des décisions pour mettre fin à la situation de crise qui y règne. Lorsque ces organisations prennent des décisions contraignantes, comme c'est le cas du Conseil

d'office, que le juge soulève lors de l'examen de la conformité des normes qui lui sont soumises⁶. Ainsi, « il ne fait aucun doute que c'est le juge national qui assure le contrôle de la conventionalité, en ce sens que c'est à travers ces décisions que les normes supranationales sont intégrées dans le droit interne »⁷.

Le contentieux pendant lequel est invoqué le droit international regroupe sur la scène judiciaire un ensemble d'acteurs : les requérants, les avocats et les conseils, les juges de l'audience. Tous ces acteurs « paraissent peu conscients ou non avertis du parti qu'ils pourraient tirer directement des instruments internationaux »⁸. Pour les requérants, il ne s'agit parfois que de faire référence à une norme internationale, dont la teneur n'est pas maîtrisée. Pour les avocats et les conseils, de même que pour le ministère public, la maîtrise de la portée des normes internationales s'avère encore difficile et ils ne s'y réfèrent que très rarement pour élaborer leurs conclusions lors d'un procès⁹. Pour les juges d'instance, le moyen de droit international invoqué par le requérant les place dans une situation embarrassante et les pousse très souvent à éluder son examen. En effet, s'ils ont l'obligation d'appliquer les normes de droit international quand la solution des litiges dont ils sont saisis les y oblige, ils doivent très souvent étudier si la norme de droit international invoquée est immédiatement applicable dans l'ordre juridique interne et si elle a vocation à être directement invoquée par les parties. Ce faisant, les juges nationaux se retrouvent projetés au cœur des problèmes d'interprétation entre ordres juridiques nationaux et ordre juridique international.

Il y a dans ce genre de contentieux inéluctablement une rencontre entre les droits conférés aux individus par le droit international, mais dont l'État en question ne garantit pas à suffisance, et les prérogatives reconnues à celui-ci en matière d'insertion du droit international dans le corpus juridique interne. Le problème qui se pose devant la juridiction nationale saisie d'un moyen de droit international est aussi

de sécurité des Nations Unies sur la base du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, il peut arriver que l'État en cause défère ses décisions prises sous forme de résolution au juge constitutionnel pour contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que la résolution 1721 du Conseil de sécurité du 1^{er} novembre 2006 sur la situation en Côte d'Ivoire a été déférée au juge constitutionnel de ce pays pour contrôle de constitutionnalité. Voir *Résolution 1721*, Rés. CS 1721, Doc. off. CS NU, 2006, Doc. NU S/RES/1721 (2006); Cons. constitutionnel (Côte d'Ivoire), 6 décembre 2006, Décision no. 19/CC/SG [Côte d'Ivoire, 19/CC/SG].

⁶ En effet, l'existence des moyens dits de pur droit (par opposition aux moyens de pur fait tiré de l'appréciation d'une situation concrète) ne nécessitant que la connaissance de la règle de droit, justifierait le pouvoir pour le juge de soulever d'office de sa propre initiative d'autres moyens que ceux invoqués par les parties. Il pourrait alors, après avoir rejeté les moyens invoqués par les parties, soulever d'office un moyen tiré du droit international pour prendre sa décision.

⁷ Eyike-Vieux, « Le droit international devant le juge camerounais : regard d'un magistrat » (2005) n°63 *Juridis Périodique* 100 à la p. 101.

⁸ Maurice Kamto, « Charte africaine, instruments internationaux des droits de l'homme, constitutions nationales : articulations respectives » dans Jean-François Flauss et Elisabeth Lambert-Abdelgawad, dir., *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 11 à la p. 38 [Kamto, *Charte africaine*].

⁹ Roger Nguéfack, « Le droit international, instrument pour la défense devant le juge camerounais : regard d'un avocat » (2005) n°63 *Juridis Périodique* 100 aux pp. 107 et s. Un avocat a déclaré à cet égard que le droit international apparaît encore comme un « instrument virtuel de défense », voire « une ressource insuffisamment exploitée » pour les avocats.

celui de l'articulation entre la souveraineté nationale et l'intangibilité des droits de l'homme. Lorsqu'il en est ainsi, les juridictions nationales doivent établir une articulation, non pas seulement entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne¹⁰, mais aussi entre la souveraineté de leur État et les compétences des organisations internationales dont leur État est membre. Ce faisant, ces juridictions gèrent une tension à la fois dans la recherche d'un dosage équilibré entre les droits individuels et ceux de la puissance souveraine de l'État, et entre l'indépendance de l'État, garantie par le droit international, et les obligations découlant des conventions auxquels ils ont librement souscrit et celles découlant de la qualité de membre des organisations internationales auxquelles ils ont adhéré. Il s'agit d'une tension qui se situe au cœur même de l'État de droit. En effet, l'État, d'un côté, doit demeurer État, c'est-à-dire détenir, voire garder le monopole de la production normative. D'un autre côté, l'État s'autolimité par une reconnaissance à ses populations de droits fondamentaux dont il n'est pas nécessairement le créateur, mais dont il doit assurer la garantie, y compris contre son gré, en plus des obligations découlant d'impératifs relevant de l'ordre juridique international dans lequel l'État se trouve. L'importance de la question a conduit l'Institut de droit international (IDI) à adopter la résolution sur *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'État*¹¹ lors de sa session de Milan en 1993.

Le champ d'application de la présente étude se limite à quelques États d'Afrique noire francophone, notamment le Cameroun, le Bénin et la Côte d'Ivoire. L'expression « juridictions nationales » dans les États qui constituent le champ géographique de la présente étude englobe aussi bien les juridictions ordinaires (judiciaires et administratives) d'un État que le juge constitutionnel lorsqu'il statue en

¹⁰ Deux modèles de construction théorique des rapports entre les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international s'affrontent et animent toujours les débats doctrinaux. Il s'agit du dualisme, d'une part, qui considère que l'ordre juridique interne de chaque État et l'ordre juridique international sont des ordres juridiques indépendants l'un de l'autre, tant en considération de leurs sources que de leur objet et de leurs destinataires. Voir Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p. 402. La construction dualiste des rapports entre ordre juridique international et ordres juridiques internes repose sur la juxtaposition de ces ordres juridiques de telle sorte que les règles de chacun d'eux dépendent de conditions de validité spécifiques et s'appliquent à des sujets comme à des situations juridiques différents. Dans ce cas, les normes internationales sont d'abord destinées aux organes de l'État en charge des relations internationales, mais non aux particuliers pour lesquels elles n'établissent directement ni droits, ni obligations. Voir Serge Sur, « Techniques de mise en œuvre du droit international » dans Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 167 à la p. 183 [Sur, « Techniques »]. Puis le monisme, d'autre part, est la position doctrinale qui affirme l'unicité de la notion d'ordre juridique. Voir Salmon, *Dictionnaire de droit international* à la p. 713. Il y a une double approche du monisme dans les rapports entre ordre juridique international et ordres juridiques internes. On parle de « monisme à primauté du droit interne » pour désigner la conception suivant laquelle droit international et droit interne ne forment qu'un seul corps de règles et sont conjointement applicables par les mêmes organes aux mêmes sujets. En cas de conflit, la primauté doit être reconnue aux règles internes et notamment à la loi par rapport au traité. Voir Sur, « Techniques » à la p. 184. On parle de « monisme avec primauté du droit international » dans le cadre de l'unité de système juridique au sein duquel les règles internationales et les engagements internationaux de l'État doivent l'emporter sur les règles internes.

¹¹ Institut de droit international, *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'État*, Résolution, 1993, en ligne : IDI <<http://www.idi-iil.org>> [IDI, *L'activité du juge interne*].

matière des droits de l'homme¹² ou en matière de contrôle de constitutionnalité d'un acte lorsque l'un des moyens concerne une disposition du droit international. En effet, au-delà du contrôle de constitutionnalité *a priori* opéré par le juge constitutionnel en matière de réception du droit international en droit interne, toutes les juridictions internes participent à l'effectivité du droit international¹³. Il en résulte un pouvoir implicite de chaque juridiction nationale à l'égard du contrôle de conformité d'un acte ou d'un agissement de l'administration ou d'un particulier au droit international¹⁴. Pour autant, chaque fois qu'un moyen de droit international est invoqué dans un contentieux, il crée un malaise, car deux obligations difficilement conciliables s'imposent au juge : il doit appliquer le principe de la primauté du droit international¹⁵ et en même temps veiller au respect de la loi nationale¹⁶.

La question du moyen de droit international devant les juridictions nationales est donc essentielle en ce qu'elle pose plusieurs problèmes : un problème relatif à l'effectivité du droit international en droit interne, un autre problème relatif à l'étendue des pouvoirs dévolus aux juridictions nationales en matière de contrôle de conventionalité de l'acte ou du fait en cause dans le procès et donc de la place qu'occupe le juge interne par rapport aux autres organes de l'État dans le processus d'interprétation du droit international dans l'ordre juridique interne, et un autre problème relatif à la coordination entre les règles internationales et les règles internes. En la matière, aucun acte de droit interne n'est à l'abri d'un contrôle de conventionalité devant le juge, car même une loi promulguée peut faire l'objet d'un contentieux, « tous les juges [ayant] désormais le pouvoir de statuer eux-mêmes, à

¹² L'exaltation de l'État de droit dans les pays africains et leur adhésion à la mouvance démocratique internationale dans les années quatre-vingt-dix les a amené à créer des organes chargés du contrôle de constitutionnalité de certains actes de la vie des institutions publiques, ce qui a fait monter d'un cran le contentieux constitutionnel dans certains États, en particulier ceux dont le juge constitutionnel est largement ouvert aux citoyens. Certaines constitutions des États d'Afrique noire francophone prévoient cette possibilité de la saisine directe du juge constitutionnel par les citoyens. Voir par ex. *Constitution de la République du Bénin*, n°90-32 de 1990, art. 122 [*Constitution du Bénin*]. D'autres ne le prévoient pas (comme le Cameroun). Cela n'empêche pas que le contentieux relatif au droit international des droits de l'homme ne soit soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire ou aux juridictions administratives.

¹³ Aussi, le juge administratif agit comme juge constitutionnel lorsqu'il exerce son pouvoir d'annulation d'un acte administratif en contradiction avec le droit international et le juge judiciaire procède à ce même contrôle lorsqu'il doit trancher un litige concernant l'exercice d'un droit fondé sur le droit international.

¹⁴ Ce pouvoir implicite dont dispose chaque juridiction interne risque à la longue d'entraîner un contrôle diffus de l'effectivité du droit international dans l'ordre juridique interne en l'absence de toute disposition expresse de renvoi préjudiciel au juge constitutionnel en la matière en cas de difficultés. C'est dire qu'au-delà du seul contrôle *a priori* dont dispose le conseil constitutionnel, il faudrait que lui soit reconnu un rôle d'organe pilote des diverses interprétations faites du droit international dans l'ordre juridique interne et donc, une compétence de contrôle *a posteriori*. Voir Denys de Béchillon, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du conseil constitutionnel en cour suprême » dans *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, 109 [Béchillon, « Plaidoyer »].

¹⁵ Cette contrainte tire sa source du système international, aucun État ne pouvant exciper sa législation interne pour justifier le manquement à ses obligations internationales, même sur son propre territoire.

¹⁶ Cette contrainte est fondée sur le principe même de la séparation des pouvoirs dans un État car en principe, le juge ne peut aller contre la volonté du législateur.

tout moment, sans aucun filtre de principe, sur sa conformité [de la loi promulguée] à une convention internationale ou à un droit communautaire dérivé directement applicable»¹⁷. C'est une question fondamentale qui sous-tend également celle du maintien de l'unité de l'ordre juridique interne (encore fragile) des États africains face à l'emprise à la fois du droit international et du droit communautaire. Son étude postule un examen de la façon dont les tribunaux internes se comportent lorsque les règles de droit international sont invoquées à l'appui d'une prétention qui leur est soumise, mais aussi ce que font les juridictions internes du droit international lorsqu'il leur arrive de le convoquer pour motiver leurs décisions. En fait, l'application du droit international par les juridictions nationales est une étape importante dans l'effectivité de ses règles dans l'ordre juridique interne des États, car elle permet de voir exactement les effets qu'elles produisent sur le contenu des droits et obligations des citoyens d'un État et de leur administration. L'invocation du droit international devant ou par le juge interne lui offre l'occasion non seulement de repréciser le sens des relations entre les citoyens et leur administration en le soumettant à un exercice juridique particulier, mais aussi et surtout de repositionner l'articulation et les relations entre l'État et la société internationale.

L'intérêt d'une telle étude est considérable au regard du regain des recours contentieux s'appuyant sur le droit international devant les juridictions internes et de la multiplication des actes internationaux ayant une incidence directe sur l'ordre juridique interne des États. Concrètement, il ne s'agit plus de la construction d'un modèle théorique d'articulation entre les ordres juridiques respectivement en cause, mais de dégager les tendances de l'application effective du droit international par le juge interne africain à partir de ses décisions. À partir de cette étude, il sera possible de connaître lequel des deux modèles de construction théorique des rapports entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes prime sur l'autre dans la réalité. Pour ce faire, il y a la nécessité d'utiliser à la fois de la méthode juridique et de la méthode comparative pour bien faire une systématisation des diverses pratiques dans les États constituant le champ géographique de l'analyse. À travers la méthode juridique, il est possible de procéder à une lecture instructive des textes applicables dans ces États et de les confronter à la jurisprudence des tribunaux pour voir quel est l'usage que font ces derniers des textes applicables. La méthode comparative permettra alors de faire ressortir les tendances convergentes et divergentes des textes applicables dans divers États, mais aussi, et surtout, les ressemblances et les dissemblances qui ressortent de la mise en œuvre du droit international par les divers juges internes. À travers la comparaison, il est en outre possible d'envisager l'application du droit international par les juridictions internes des États autres que ceux constituant le champ de l'étude afin de mieux faire ressortir la quintessence de la pratique judiciaire sur certains pans des questions rentrant dans l'application du droit

¹⁷ Béchillon, « Plaidoyer », *supra* note 14 à la p. 114. Le problème de contrôle de constitutionnalité des lois promulguées a fait l'objet de débats houleux au sein de la doctrine juridique française, le Conseil constitutionnel se déclarant incompétent en la matière. Voir Louis Favoreu, « La question préjudicielle de constitutionnalité : retour sur un débat récurrent » dans *Droit et politique à la croisée des cultures : mélanges Philippe Ardent*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, 265; Cons. constitutionnel (France), 7 novembre 1997, *Loi portant réforme du service national*, Rec. 1997. 235, 97-392 DC.

international. Cependant, l'absence d'une jurisprudence abondante et constante sur certains pans de la question et surtout l'accès encore difficile aux décisions judiciaires dans les États africains limitent une analyse purement empirique de la question et pousse à faire des conclusions parfois essentiellement théoriques et provisoires. Faute d'informations suffisantes, l'éclairage doctrinal sera utile pour compléter les analyses sur certaines questions auxquelles les juridictions nationales n'ont pas apporté des réponses précises.

Dans la plupart des législations portant organisation judiciaire des États, deux exigences fondamentales sont imposées au juge saisi d'un contentieux quelle que soit sa nature : celle de rendre sa décision par écrit et celle de la motiver, c'est-à-dire de la justifier en analysant les moyens invoqués par les plaideurs. Aucune directive n'a été donnée aux juridictions internes en matière d'application du droit international dans un procès et chacune d'elles s'y atèle à sa guise, ce qui, dans certains cas, pourrait entraîner une absence d'harmonie au sein de l'ordre judiciaire de l'État. Ainsi, lorsqu'une disposition du droit international est invoquée devant le juge national pour démontrer soit l'inconstitutionnalité d'une décision interne émanant de l'exécutif ou du législatif, voire l'inconstitutionnalité de l'acte international, il peut adopter plusieurs attitudes qui correspondent aux spécificités du droit international en cause. Ayant la faculté de choisir les motifs de sa décision, il peut éluder le motif tiré du droit international pour se prononcer directement sur la conformité de la décision ou de l'acte querellé à la législation nationale¹⁸. Lorsqu'il lui arrive d'examiner la pertinence du moyen de droit international par rapport au cas d'espèce, le juge national procède à un contrôle quasi-automatique de la régularité de l'insertion du droit international en question dans l'ordre juridique interne (I) avant de procéder à une interprétation biaisée de ce moyen (II), en particulier lorsque c'est le juge lui-même qui recourt au droit international pour motiver sa décision.

I. Un contrôle quasi-automatique de la régularité de l'insertion du moyen de droit international invoqué dans le droit positif interne

Lorsqu'il lui arrive d'examiner la pertinence d'un moyen de droit international invoqué dans un procès, le juge interne ne peut s'empêcher de se rassurer que la norme internationale en question existe, qu'il est valide et est en vigueur dans l'ordre juridique international¹⁹, mais aussi et surtout qu'il a traversé « le pont aux ânes »²⁰. En effet, le principe de l'exécution de bonne foi des obligations

¹⁸ Cour constitutionnelle (Bénin), 27 décembre 2007, Décision no DCC 07-175 [Bénin, DCC 07-175].

¹⁹ Voir IDI, *L'activité du juge interne*, *supra* note 11, art. 5 : « les juridictions nationales compétentes devraient pouvoir constater en toute indépendance l'existence, la modification ou la terminaison d'un traité dont il est allégué qu'il lie l'État du for. Dans une affaire portée devant elle, les juridictions nationales devraient refuser d'appliquer un traité, en tout ou en partie, si elles estiment qu'il est à considérer pour quelque raison que ce soit, comme non valable ou ayant pris fin, en tout ou en partie, même lorsque l'État du for ne l'a pas dénoncé ».

²⁰ Voir Michel Virally, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes » dans *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, Pedone, 1964, 488.

internationales impose l'introduction dans l'ordre juridique interne des traités et autres normes de droit international qui établissent des obligations à la charge des administrations étatiques et des droits pour les particuliers. Généralement, les États subordonnent l'introduction du droit international dans l'ordre interne à l'accomplissement d'un acte juridique spécial qui varie en fonction du système juridique et dont le juge national vérifie lorsqu'il est saisi d'un recours fondé sur ce moyen²¹. Seulement, « alors que la réception des conventions internationales dans l'ordre juridique interne relève du pouvoir combiné de l'exécutif et du législatif, la coutume, les principes généraux de droit, voire la jurisprudence et la doctrine peuvent faire l'objet d'une introduction prétorienne directe »²². Par conséquent, il y a un manque de transparence des conditions d'application des normes internationales dans l'ordre interne, même si les modalités de l'insertion des règles écrites sont déterminées par la constitution. Alors que la vérification de l'insertion du moyen tiré du droit conventionnel semble aisée (A), le juge éprouve un embarras certain lorsqu'il est confronté à un moyen tiré du droit international non écrit (B).

A. Dans le cas d'un moyen tiré du droit conventionnel

Le juge national a une perception indifférenciée des conventions internationales. En effet, lorsqu'une prétention se fonde sur une convention internationale, peu importe le caractère *self executing* ou non de ladite convention, le juge va vérifier, même de façon implicite, les conditions d'insertion du droit conventionnel dans le droit positif interne telles que posées par la constitution.

1. UNE INDIFFÉRENCE SUR LE CARACTÈRE *SELF EXECUTING* OU NON DU TRAITÉ INVOQUÉ

En dehors de l'allusion faite par certaines constitutions aux traités de paix et autres traités relatifs aux organisations internationales et au domaine de la loi qui ne peuvent être ratifiés qu'après approbation par le parlement²³, la plupart des constitutions qui envisagent les mécanismes d'insertion des traités dans l'ordre

²¹ La vérification de cette formalité confirme une approche dualiste de l'articulation entre l'ordre juridique international et les ordres juridiques internes, sauf en ce qui concerne les États ayant opté pour une insertion automatique du droit international. Voir Slim Laghmani, « Droit international et droits internes : vers un renouveau du *jus gentium*? » dans Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, dir., *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, 23 à la p. 25 : « La réception est une technique spécifique du dualisme. Elle est la marque de l'indépendance des ordres juridiques et le moyen de communication des normes internes et internationales. C'est l'acte par lequel le droit interne accueille en son sein la norme internationale et lui confère par là même une validité nouvelle interne »; Sur, *supra* note 10 aux pp. 182-83 : « Lorsque les constitutions précisent la réglementation des effets internes du droit international, elles réalisent une réception et une transposition générales, et non au coup par coup, qui conduit à un monisme pratique ».

²² Maurice Kamto, « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales » dans *La juridictionnalisation du droit international : Colloque de Lille*, Paris, Pedone, 2003, 393 à la p. 426. Voir aussi Kombi, *supra* note 1 à la p. 26.

²³ Voir par ex. *Constitution du Bénin*, *supra* note 12, art. 145; *Constitution du Burkina Faso*, n° 002/97 de 1997, art. 149; *Constitution du Cameroun*, n° 96/06 de 1996, art. 43; *Constitution de la République de Côte d'Ivoire*, n° 2000-513 de 2000, art. 54.

juridique interne renvoient indifféremment aux « traités régulièrement ratifiés », sans faire allusion à la nature desdits traités²⁴. Cette indistinction d'origine constitutionnelle dans la plupart des États suffit à elle seule à créer une confusion chez le juge national lorsqu'est invoqué devant lui un moyen tiré d'une convention d'applicabilité directe²⁵. S'il faut garder à l'esprit, comme le disait Suzanne Bastid, la « distinction faite entre les traités *self executing* et les traités *non self executing* »²⁶, il faut aussi savoir qu'une telle distinction n'est exigible que dans l'ordre juridique international. En effet, « les traités *self executing* sont ceux dont les dispositions sont suffisamment précises et détaillées pour qu'elles soient susceptibles d'être appliquées directement par les tribunaux »²⁷, ce qui est plutôt rare, en particulier en ce qui concerne les traités relatifs aux droits de l'homme. L'application des traités conférant directement des droits aux individus n'est pas aisée pour le juge, en raison même de la nature des droits concernés, puisque ceux-ci sont répartis en trois générations au niveau international, mais aussi et surtout en raison du caractère contradictoire des droits proclamés dans des instruments internationaux avec le droit traditionnel africain, fortement non écrit²⁸. Le juge ne peut exercer un contrôle efficace que si les règles internationales relatives à la protection des droits humains sont traduites dans les législations internes et sont assorties des sanctions. Mais tout dépend encore du juge devant lequel est invoqué une convention internationale relative aux droits de l'homme, car s'il s'agit d'un tribunal coutumier, il est difficile pour ce tribunal d'appliquer une convention qui est en contradiction avec le droit coutumier. Une telle distinction met tout autre juge interne dans une situation inconfortable, car l'une des parties au procès peut invoquer le droit international pour demander l'annulation d'un acte législatif ou réglementaire qui enfreint les droits conférés directement par le droit international. Soucieux de ne pas s'immiscer dans les relations diplomatiques et multilatérales de son pays, le juge national fait à la fois preuve de hardiesse et de retenue en la matière²⁹. En effet, toutes les dispositions d'un traité ne confèrent pas

²⁴ Voir par ex. *Constitution du Bénin, ibid.*, art. 147; *Constitution du Burkina Faso, ibid.*, art. 151; *Constitution du Cameroun, ibid.*, art. 45; *Constitution de la République de Côte d'Ivoire, ibid.*, art. 56.

²⁵ L'applicabilité directe vise l'applicabilité d'une règle de droit international dans l'ordre interne sans aucune mesure interne d'exécution. Voir Salmon, *supra* note 10 aux pp. 71-72. Voir aussi *Compétence des tribunaux de Dantzig* (1928), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n°15 aux pp. 17-18 : « l'objet même d'un accord international dans l'intention des parties contractantes (peut) être l'adoption, par les parties des règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ». Il en résulte que ces traités d'applicabilité directe peuvent servir de base de prétentions des individus devant les tribunaux nationaux quand bien même leurs normes n'auront pas encore été incorporées dans le droit positif interne.

²⁶ Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale : conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985 à la p. 124. Voir aussi Sur, *supra* note 10 à la p. 182 : « [s]ont directement applicables en droit interne, sans que soient requises des normes internes intermédiaires qui en transposent les dispositions, les règles internationales qualifiées de "*self executing*" ou exécutoires par elles-mêmes. Mais cette formule baptise le problème sans le résoudre ».

²⁷ Bastid, *ibid.*

²⁸ En effet, la plupart des droits conférés aux individus dans les instruments internationaux se heurtent au droit traditionnel et coutumier dans les pays africains avec lequel ces droits sont en contradiction.

²⁹ Denis Alland, « Droit international et droit interne » dans Denis Alland, dir., *Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 2000, 300 à la p. 384 : « toutes les juridictions françaises s'accordent pour reconnaître que, lors même qu'une disposition internationale est applicable *lato sensu*, elle n'est pas pour autant directement applicable ».

des droits subjectifs aux particuliers et donc, ne sont pas d'effet direct³⁰. Il est vrai que cela amène à procéder à la distinction qui lie la dichotomie du contentieux objectif et du contentieux subjectif qui dépend alors largement de la conception que se font les juridictions de chaque État et de leur meilleure connaissance du droit international³¹.

En matière de droit communautaire, les juridictions nationales ne cernent pas toujours avec précision le caractère des actes dont elles ont la charge de l'application. Une distinction est faite sur l'origine de l'acte communautaire en cause dans un procès, car tandis que le *Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*³² (*Traité OHADA*) et le *Code de la Conférence interafricaine des marchés d'assurances*³³ (CIMA) font du juge national un juge de droit commun qui joue un rôle de premier plan dans l'application du droit communautaire originaire et dérivé, les traités constitutifs d'organisations communautaires intergouvernementales – tels le traité de la *Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest*³⁴ (CÉDÉAO) ou celui de la *Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale*³⁵ (CEMAC) – font du juge national un personnage secondaire avec des attributions résiduelles. L'attitude du juge national dépend dans ce cas largement de l'origine de l'acte communautaire invoqué dans le recours. À cet égard, le juge judiciaire camerounais a estimé dans une affaire portant sur le tarif douanier en zone de l'*Union douanière et économique des États de l'Afrique centrale* (UDEAC) que « ce tarif des douanes de l'[UDEAC] est régulièrement ratifié par le décret n°65/DF/572 du 31 décembre 1965 en son paragraphe II de l'article premier et publié au journal officiel de la R.F.C. n° 1 du 1^{er} janvier 1966 »³⁶. Peu importe donc le caractère *self executing* des règles communautaires³⁷, le juge insistant sur la ratification régulière de ce tarif par le Cameroun, comme si les règles communautaires avaient besoin d'une

³⁰ Bien que la doctrine ait tenté de disjoindre le concept d'effet direct des droits subjectifs, en considérant que les dispositions de traités internationaux peuvent être invoquées directement devant le juge national sans que, de ces dispositions, des droits subjectifs puissent toujours en être déduits, l'exigence des droits subjectifs est un élément fondamental au niveau de la procédure contentieuse. Voir Olivier de Schutter et Sébastien Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999 aux pp. 118-19. De Schutter voit l'abandon de l'exigence de droits subjectifs comme étant une « perspective plus réaliste qui commande au juge judiciaire comme au juge administratif de ne pas permettre à l'État de violer ses obligations internationales pourvu que celles-ci soient définies de façon suffisamment précise, et même si n'y correspondent pas des droits subjectifs ayant des effets directs dans le chef des particuliers ».

³¹ En effet, devant le juge constitutionnel faisant office de juge garant des droits de l'homme, le contentieux étant essentiellement objectif lorsqu'il porte sur la protection juridique d'un droit, point n'est besoin de droits subjectifs pour que la procédure suive son cours. Voir Joe Verhoeven, « La notion d'applicabilité directe du droit international » (1986) *Rev. B.D.I.* 243 à la p. 243. Le contentieux objectif « est directement applicable la règle de droit international qui, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, peut être appliquée dans l'État où cette règle est en vigueur ».

³² *Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*, 17 octobre 1993, J.O. OHADA 1997 n° 4, (entrée en vigueur : 18 septembre 1995) [*Traité OHADA*].

³³ *Code des assurances de la CIMA*, art. 47 [*Code CIMA*] (Annexe du Code CIMA adopté le 10 juillet 1992).

³⁴ *Traité de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest* (CÉDÉAO), adopté à Lagos le 28 mai 1975.

³⁵ *Traité constitutif de la Communauté économique et monétaire des États d'Afrique centrale*, adopté le 16 mars 1994.

³⁶ C.A. Douala (Cameroun), 20 juillet 1982, *Ministère public et administration des douanes c. Honoré Kamte et autres*, Arrêt n° 10006/P [*Kamte*].

telle procédure pour être applicables sur le plan interne. Si l'on peut penser que la décision du juge camerounais avait été prononcée au moment où la distinction entre traités *self executing* et traités non *self executing* n'avait pas encore gagné en ampleur, notamment en 1982, la pratique ultérieure des juridictions nationales n'y apporte aucun éclaircissement. En effet, la décision d'un juge constitutionnel béninois le 27 décembre 2007³⁸ aurait pu apporter des précisions en la matière s'il s'était prononcé sur le moyen tiré du *Traité OHADA* par les requérants. Dans cette affaire, les requérants visaient expressément le *Traité OHADA* dont le caractère *self executing* ne fait point de doute³⁹. Cependant, cette cour a préféré ne pas s'y référer dans sa conclusion sur l'inconstitutionnalité des décisions querellées⁴⁰. Tout porte à croire que les juges nationaux évitent de s'immiscer dans le débat sur le caractère de certaines conventions. Cependant, la proximité qui existe entre le juge national et le juge communautaire, ainsi que les diverses formations continues organisées dans les États en vue d'arrimer les juridictions nationales aux exigences du droit communautaire entraînent une vision particulière de l'application du droit communautaire dans l'ordre juridique interne par un juge⁴¹. En effet, lorsqu'il lui est possible d'appliquer

³⁷ Voir Jean Kenfack, « Le juge camerounais à l'épreuve du droit communautaire et de l'intégration économique » 2005 n° 63 *Juridis Périodique* 64 à la p. 72 : « le juge camerounais n'a pas entendu réserver un sort spécifique aux normes juridiques issues de l'UDEAC, qui les particulariseraient par rapport à des règles relevant d'autres domaines du droit international ».

³⁸ Bénin, DCC 07-175, *supra* note 18.

³⁹ *Traité ODAHA*, *supra* note 32 à l'art. 10 : « [I]es actes uniformes sont directement applicables dans les États parties nonobstant toute disposition contraire antérieure ou postérieure ». Voir aussi Bénin, DCC 07-175, *ibid.* où la Cour constitutionnelle reconnaît que les requérants « précisent par ailleurs que conformément aux dispositions de l'article 147 de la Constitution aux termes desquelles les traités ou accords régulièrement ratifiés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, le Bénin qui a ratifié le traité de l'*OHADA* est tenu de prêter main forte à l'exécution des décisions de justice sous peine d'être condamné à des dommages intérêts ».

⁴⁰ Bénin, DCC 07-175, *ibid.* La même cour aurait encore pu se prononcer sur le caractère de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 15 janvier 1988, 1520 R.T.N.U. 217 (entrée en vigueur : 21 octobre 1986) [*CADHP*], dont les dispositions de l'article 13(1) étaient invoquées par certains requérants pour soutenir l'irrégularité de la loi portant prorogation de leur mandat par les députés de l'Assemblée nationale avec effet rétroactif pour la présente législature. Voir Cour constitutionnelle (Bénin), 8 juillet 2006, Décision n° DCC 06-74. Pour certains requérants, en effet, la façon dont la prorogation de mandat était faite « viol[ait] les droits fondamentaux, notamment le droit accordé à tous les citoyens de participer librement à la direction des affaires publiques de leur pays soit directement, soit par l'intermédiaire des représentants choisis ce conformément aux règles édictées par la loi [article 13(1) de la *CADHP*] ». Le caractère *self executing* de la *CADHP* n'est pas explicitement posé par la Charte, mais la matière sur laquelle elle porte, en l'occurrence les droits de l'homme et des peuples, aurait pu lui conférer implicitement ce caractère. Evitant la question qui s'avérerait assez délicate, le juge béninois a préféré contrôler la validité de la loi querellée non pas par rapport aux dispositions expresses de la *CADHP* invoquées, mais par rapport à un principe de valeur constitutionnelle. Selon cette cour, en effet, « même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990 notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle qu'en conséquence, les articles 1 et 2 de la loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006 sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé, sont contraires à la Constitution et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens ».

⁴¹ En droit communautaire des affaires, le *Traité OHADA* a institué la Cour commune de justice et d'arbitrage. Voir *Traité OHADA*, *supra* note 32. Cette Cour « assure dans les États parties, l'interprétation et l'application commune du traité, des règles pris pour son application et des actes

directement le droit communautaire sans heurter le législateur ou l'exécutif, le juge fait preuve d'un activisme plutôt rare. Dans l'affaire *Sinju*⁴², la Cour suprême camerounaise a renvoyé devant la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) un pourvoi formé devant elle et relatif à l'application d'un acte uniforme *OHADA*. Mais il s'agissait là de l'application d'une règle purement procédurale qui engage le juge lui-même sans aucune implication politique ou juridique majeure. De même, la chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin, sans faire allusion au caractère *self executing* ou non du *Code CIMA*, a donné suite à un pourvoi où le demandeur faisait état de la non-application de ce code par la Cour d'appel lors de la fixation des dommages-intérêts dans une affaire le concernant⁴³.

Devant les autres juridictions de l'ordre interne, le droit subjectif conféré par le moyen de droit international invoqué doit être mis en exergue dans le recours dès la phase initiale de la procédure, car il en conditionne la recevabilité. En effet, au niveau procédural, la demande du plaignant n'est recevable que s'il allègue de la violation d'un droit subjectif conféré par le moyen de droit international sur lequel il fonde son recours. Il faut donc que la disposition invoquée ne s'adresse pas seulement aux États parties à la convention, mais aussi et directement aux particuliers⁴⁴. C'est dire que lorsqu'un particulier se fonde sur le droit international au cours d'un procès, ce n'est pas le caractère du traité qui est en cause devant le juge national, c'est celui de la disposition invoquée. Un juge camerounais a très subtilement évité de s'immiscer dans le débat relatif à l'invocabilité du droit international devant le juge national par les particuliers dans l'affaire *Mounchipou et autres*⁴⁵. Dans cette affaire, les accusés étaient poursuivis pour avoir détourné et tenté de détourner les deniers publics par le biais de la surfacturation, du fractionnement des marchés et des livraisons fictives. S'agissant de la surfacturation, il était reproché à monsieur Mounchipou et à d'autres d'avoir pratiqué des prix supérieurs à ceux inscrits dans la mercuriale des prix. Pour la défense de leurs clients, les avocats ont prétendu qu'une accusation fondée sur la surfacturation constituait une violation de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*⁴⁶. Bien que constamment réitéré, cet argument n'a pas fait l'objet de discussion particulière et ni l'accusation ni les juges n'ont cherché à savoir si cet accord créait des droits et des obligations pour les particuliers et par conséquent, s'il pouvait être invoqué par ceux-ci devant les juridictions nationales. C'est dire que si le conseil constitutionnel fait un contrôle *a priori* de la

uniformes », art. 14.

⁴² C.S. (Cameroun), 27 octobre 2005, *Standard Chartered Bank c. Paul Sinju et autres*, Arrêt no. 32/CC du 27 octobre 2005 [*Sinju*].

⁴³ C.S. (Bénin), 10 mars 2000, Décision no. 96-25/CJ/CM. Cette chambre a estimé tout simplement que l'entrée en vigueur du code CIMA obligeait les juges du fond à se conformer aux prescriptions dudit code.

⁴⁴ La Cour de cassation française a formulé cette condition à l'égard de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990). Voir Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, Bull. Civ. 1993. I. 361. La Cour considère qu'il résulte de la convention même « que les dispositions qu'elle comporte ne créent d'obligations qu'à la charge des États parties, en sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales ».

⁴⁵ Trib. gr. inst. Yaoundé (Cameroun), 28 novembre 2003, *Ministère public et ministère des postes et télécommunications c. Sieur Mounchipou et autres*, [*Mounchipou*].

⁴⁶ *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995).

conformité de l'engagement international à la constitution, il appartient aux tribunaux de définir leur attitude face aux situations concrètes. Ils peuvent donc choisir d'éviter la question ou alors d'examiner la régularité de la norme invoquée à partir des conditions posées par la constitution.

2. L'EXAMEN DES CONDITIONS POSÉES PAR LA CONSTITUTION

La détermination des mécanismes d'insertion du droit international conventionnel dans l'ordre juridique interne par le constituant induit une obligation implicite pour les juridictions nationales de vérifier si la règle d'origine conventionnelle invoquée dans le contentieux s'est régulièrement insérée dans le droit positif interne⁴⁷. Les juridictions nationales satisfont à cette obligation avec des nuances qui correspondent à leur perception du droit international et des rapports qu'entretiennent l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, mais aussi à la particularité de leur juridiction. Certes, la question du contrôle de constitutionnalité des traités et accords internationaux relève du pouvoir du juge constitutionnel⁴⁸, mais chaque juridiction interne est appelée d'une façon ou d'une autre à procéder à ce contrôle lorsqu'un moyen de droit international est invoqué dans un procès⁴⁹. En principe, les juridictions nationales ne connaissent des prétentions fondées sur ce moyen que si celui-ci relève d'un accord régulièrement ratifié et approuvé et ce, dès sa publication⁵⁰. À plusieurs niveaux, les juridictions nationales

⁴⁷ La seule vérification de cette régularité de l'insertion du droit international en droit interne fait perdre au monisme sa force au profit d'un mécanisme caractérisant le dualisme. Voir Cons. d'État, 18 décembre 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, Rec. 1998. 484 (concl. Gilles Bachelier) [*Blotzheim*]. C'est pourquoi le professeur Alain Pellet clame l'impossibilité du monisme dans les rapports entre ordre juridique international et ordres juridiques internes. Voir Alain Pellet, « Vous avez dit "monisme"? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française » dans *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, 827 à la p. 853 [Pellet, « Monisme »] : « il existe des "contacts" fort diversifiés et organisés par chacun d'eux de façon autonome sans que l'un soit, de quelque façon, "supérieur" à l'autre. Tout est affaire de perspective : dans celle du droit international, seules les règles internationales s'appliquent; dans l'ordre juridique national, il n'y a de normes qu'internes, aussi longtemps que les règles internationales n'y sont pas intégrées d'une manière ou d'une autre, elles y demeurent de "simples faits" ».

⁴⁸ Il faut signaler à cet égard que le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux n'a de sens que dans les États où il y a eu une sorte de banalisation de la révision constitutionnelle, puisqu'elle suppose une modification de cette constitution en cas d'inconstitutionnalité de la convention en cause. En ce sens, ce contrôle inscrit la constitution en question dans une dynamique qui correspond aux évolutions du droit international et l'arrime inéluctablement aux tendances de la société internationale contemporaine.

⁴⁹ En effet, il y a des hypothèses selon lesquelles un traité contraire à la constitution pourrait entrer en vigueur en droit interne, en particulier lorsque le conseil constitutionnel n'a pas été saisi d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité du traité en cause. Voir Pellet, « Monisme », *supra* note 47 à la p. 846. Il y a dans ce cas « une sorte de révision constitutionnelle rampante ».

⁵⁰ Il s'agit en l'occurrence de la finalisation de deux procédures complètes, l'une sur le plan international (la conclusion du traité) et l'autre sur le plan interne (la ratification et la publication). Les juridictions se rassurent de l'accomplissement de ces deux procédures sans lesquelles le droit international ne saurait produire des effets légaux en droit interne. Dans son option pour le monisme avec primauté du droit international, Hans Kelsen soutient que la procédure qui a lieu sur le plan interne n'est que la continuation de la première procédure de création qui était demeurée inachevée et imparfaite. Voir Hans Kelsen, « La transformation du droit international en droit interne » (1936) volume unique

peuvent être confrontées aux problèmes de la nature des conditions posées par la constitution⁵¹. En effet, s'agit-il des conditions cumulatives ou alternatives? En réalité, il n'est pas facile pour le juge de se départir. Il reste lié par la constitution et se doit d'appliquer ces conditions, quelle que soit la nature de la règle de droit international invoquée⁵². Ces dispositions sont en fait l'expression de la politique des États vis-à-vis du droit international et leur imprécision offre un pouvoir considérable au juge et, en même temps, le place dans une position inconfortable au niveau de la mesure du degré de son indépendance vis-à-vis des autorités constitutionnelles. Il peut alors juger une seule des conditions posées comme suffisante pour fonder la recevabilité de la prétention ou pour la rejeter, ou alors exiger que ces conditions soient toutes remplies au regard de la délicatesse du contentieux qui lui est soumis. Il est donc difficile que le juge applique immédiatement une norme internationale du simple fait de son caractère. Il en vérifie implicitement la ratification par son État et même sa publicité dans l'ordre interne.

a) *La ratification et/ou l'approbation*

Dans certains États africains, les juridictions nationales sont chargées d'appliquer les « traités ou accords régulièrement ratifiés »⁵³, ce qui leur facilite la tâche car le sens, le contenu et la procédure de « ratification »⁵⁴ pose moins de difficultés. Par contre, dans d'autres États, les juridictions nationales doivent

R.G.D.I.P. 5 à la p. 36. Cependant, s'il y a un processus d'internalisation du droit international en droit interne sans sa transformation, c'est parce que la constitution le prévoit. Voir Pellet, « Monisme », *ibid.* à la p. 828 : « s'il en va ainsi, ce n'est pas en vertu d'une norme supérieure enracinée dans le droit international, mais par la grâce des dispositions de la constitution elle-même ». Voir aussi Kombi, *supra* note 1 aux pp. 25-26 : « si la suprématie du droit des gens est un principe intégrale reconnu dans l'ordre international, elle n'est pas explicitement constitutionnalisées par les lois fondamentales ».

⁵¹ Voir par exemple France, Cons. d'État, 5 mars 2003, *Aggoun*, Rec. 2003. 77. Le Conseil d'État français a estimé devoir « s'assurer qu'un traité ou accord a été régulièrement ratifié ou approuvé, non seulement lorsqu'un tel moyen est invoqué à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir directement formé à l'encontre du décret de publication qui en a permis l'introduction dans l'ordre juridique interne, mais aussi par voie d'exception, à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application de cet engagement international ». Voir aussi *Blotzheim*, *supra* note 47; Cons. d'État, 23 février 2000, *Bamba Dieng*, Rec. 2000. 72; Cons. d'État, 16 juin 2003, *Caraciuti*, Rec. 2003. 614. Voir cependant, Cons. d'État, 8 juin 2002, *Commune de Porta*, Rec. 2002. 260. En même temps, cet organe refuse de se prononcer sur le moyen tiré de ce que « la loi autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international serait contraire à la constitution ». Cette attitude du juge français, qui sert très souvent de modèle aux juridictions africaines, peut les orienter dans des cas semblables.

⁵² Paul de Visscher, « Les tendances internationales des constitutions modernes » (1952) 80 Rec. des Cours 515 : « en réalité, les textes constitutionnels qui proclament la soumission de l'État au droit international dans ses rapports interétatiques [...] sont à la fois inutiles et dangereux. Inutiles, parce qu'ils énoncent une règle évidente qui trouve son fondement dans l'ordre juridique international. Dangereux, parce que leur inclusion dans la constitution interne est susceptible de créer le doute quant au fondement de cette règle et quant à l'étendue de l'obligation qu'elle implique ».

⁵³ Voir par exemple le cas du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Djibouti, du Niger, du Tchad.

⁵⁴ Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris, Masson, 1992 à la p. 503. La procédure de ratification est « à la fois un acte de droit interne par lequel l'autorité investie du pouvoir de décision en la matière confirme la signature donnée par ses représentants plénipotentiaires et un acte de droit international par lequel l'État exprime son consentement à être lié par le traité ».

appliquer « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés »⁵⁵. Le sens et le contenu de la notion d'« approbation » peut susciter divers problèmes et engendrer une diversité d'interprétations de la part des juridictions nationales du fait de « quelques confusions, incohérence ou ambiguïté nées d'un mauvais usage du mimétisme »⁵⁶. En effet, la plupart des constitutions ne précisent pas le sens et la portée de la notion d'approbation, ce qui peut poser de réelles difficultés au juge devant lequel est invoqué un moyen de droit international fondé sur un traité approuvé. Si l'on peut envisager le comportement des juridictions nationales face à un traité irrégulièrement ratifié, il est difficile que cela soit le cas pour un traité irrégulièrement approuvé.

La vérification de l'existence matérielle de la ratification d'un traité par le juge ne pose pas de problème lorsque celle-ci a été faite par l'organe habilité à le faire et suivant la procédure régulière de la ratification telle que prescrite par la constitution. Il en est ainsi lorsque la ratification doit intervenir à la suite d'une autorisation parlementaire, en l'occurrence lorsque la matière sur laquelle porte le traité relève du domaine de la loi. Des difficultés sérieuses se présentent au juge lorsque le moyen invoqué se fonde sur un traité dont la ratification a été imparfaite. Si le juge international ne considère pas ce problème comme cause d'invalidité du traité dans l'ordre international, le juge interne éprouve un certain embarras à cet égard, car il doit faire un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* de l'acte de la ratification. L'intervention du juge constitutionnel dans le processus d'insertion des normes internationales dans l'ordre juridique interne est un mécanisme préventif devant permettre un allègement de la tâche aux juridictions nationales en cas d'invocation desdites normes au cours d'un procès. Lorsque ce mécanisme fait défaut, divers problèmes surgissent et peuvent être régis au cas par cas, car la constitution elle-même n'ouvre aucune voie de droit en vue de la sanction du caractère irrégulier de la ratification et le juge saisi ne peut se référer qu'au comportement de son homologue français en la matière dans les pays francophones⁵⁷.

Lorsque la procédure de ratification a été irrégulière, ce vice entache indiscutablement l'applicabilité du traité dans l'ordre interne, viciant parallèlement sa primauté sur la loi interne. D'ailleurs, même lorsque l'approbation ou la ratification

⁵⁵ Voir par exemple le cas du Burkina Faso, Cameroun, Congo, Guinée, République centrafricaine, Togo.

⁵⁶ Kombi, *supra* note 1. Voir par ex. *Constitution du Cameroun*, *supra* note 23 à l'art. 43 : « les traités et accords internationaux qui concernent le domaine de la loi sont soumis avant ratification à l'approbation en forme législative par le parlement ». Voir aussi Kombi, *ibid.* à la p. 28 : « une confusion regrettable est entretenue entre la notion d'approbation-autorisation de ratifier et celle d'approbation-expression du consentement à être liée conformément à l'article 11 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ».

⁵⁷ En France, par exemple, le conseil d'État s'est reconnu compétent pour examiner si un traité doit faire l'objet d'une habilitation parlementaire en vertu de l'article 53 de la Constitution du 4 octobre 1958. En effet, cet organe a été très clair en ce qui concerne la régularité de la ratification. Voir *Blotzheim*, *supra* note 47. Dans cette affaire, le juge a dit que si la ratification ou l'approbation ne sont pas intervenus suivant les exigences de l'article 53 imposant une habilitation parlementaire dans un certain nombre de cas, les traités ou accords « ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés au sens de l'article 55 », ce qui, les privant d'applicabilité dans l'ordre juridique interne français – puisque le décret de publication est inconstitutionnel – leur ôte par conséquent toute primauté sur le droit interne.

sont intervenues de façon régulière, le traité a un rang *infra* constitutionnel et *supra* légal⁵⁸. Il y a encore à ce niveau un problème de compatibilité entre les dispositions constitutionnelles et celles du traité en cause. Selon l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁵⁹, « [u]ne partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». À cet égard, les juridictions nationales peuvent être confrontées à plusieurs problèmes, en particulier lorsque le justiciable qui invoque la disposition du traité comme fondement de sa prétention n'est pas le national de l'État en question. En cas d'incompatibilité entre les normes conventionnelles invoquées et la constitution, le juge constitutionnel peut, conformément à la constitution, prononcer la violation de la constitution par l'acte international⁶⁰ ou alors ordonner la révision de la constitution⁶¹. Lorsque la constitution doit être révisée, plusieurs hypothèses sont envisageables.

S'il s'agit d'un cas d'urgence portant sur des droits des particuliers menacés d'un préjudice irréparable (comme la peine de mort), le juge ne peut se contenter d'ordonner la révision de la constitution et d'attendre cette formalité avant d'appliquer la convention au litige. D'ailleurs, sa décision doit être rendue au bout d'un certain délai qui oscille le plus souvent entre sept et quinze jours. Il faut donc absolument qu'il prenne des mesures provisoires relatives à la préservation des droits menacés et dont il est par ailleurs le garant. S'il ordonne alors, conformément au traité, la suspension de l'application des normes constitutionnelles incompatibles, ainsi que de tous les autres actes et mesures pris conformément à ces normes, il confirme la primauté du droit international sur le droit interne. Par conséquent, en attendant la modification de la constitution et la prise des mesures relatives à l'application des dispositions modifiées, la base de référence du traitement des cas similaires sera la décision du juge constitutionnel qui entrera pour ainsi dire dans le bloc de constitutionnalité⁶². Mais la particularité de ce genre de décision est qu'il s'agit d'un contentieux de la régularité, donc de l'annulation d'un acte contraire au droit international et non d'un contentieux de la responsabilité. Lorsque le contentieux

⁵⁸ Cons. d'État, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, Rec. 1998. 1081. Le Conseil d'État français a estimé à cet égard que « la suprématie [...] conférée aux engagements internationaux [...] ne s'applique pas dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

⁵⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

⁶⁰ Voir Côte d'Ivoire, 19/CC/SG, *supra* note 5.

⁶¹ La question d'incompatibilité aurait pu être résolue au moment de la signature ou de la ratification de la convention par le biais de l'émission des réserves (dans le cas où le traité en question admet une telle possibilité et si l'État dont le national invoque ladite disposition a accepté cette réserve) qui tendent à préserver la primauté de l'ordre juridique interne sur ledit traité. Tout est alors question de la maîtrise par les juridictions nationales des réserves émises par leurs États, car il leur revient de donner un sens à ces réserves lors du contentieux. Dans ce cas, les dispositions incompatibles du traité invoqué et sur lesquelles l'État en question a émis des réserves ne sauraient s'appliquer au litige et le juge interne les rejettera. Voir Jean Dhommeaux, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme » (1995) 41 A.F.D.I. 447 à la p. 466 : le principe de primauté peut être privé de tout effet par les « réserves formulées en termes généraux qui ont essentiellement pour effet de rendre inopérants tous les droits énoncés [...] dont le respect exigerait une modification du droit interne ».

⁶² À propos de la constitutionnalité de la peine de mort, voir *State v. Makwanyane* (1995) 6 B. Const. L.R. 665 (S. Afr. Const. Ct.) [*Makwanyane*]. En concluant à l'inconstitutionnalité des articles du code de procédure pénale relatifs à la peine de mort, le juge constitutionnel sud-africain a également prononcé des mesures transitoires applicables en attendant la révision de la Constitution.

porte sur la responsabilité de l'administration en vertu de la non-conformité d'un acte à une convention internationale, le juge évite très souvent de pencher sur un tel moyen⁶³.

La deuxième hypothèse est que, si la constitution est silencieuse à ce sujet, on suppose que c'est toujours la décision du juge constitutionnel qui fera office de loi en la matière. Certes, dans ce cas, il devra apprécier les normes conventionnelles en cause avec l'esprit général et les grands principes constitutionnels de son pays.

La troisième hypothèse est que, s'il s'agit d'une norme communautaire, la particularité est de mise et l'attitude du juge est justifiée non seulement par la nouveauté même de ce droit, mais aussi par la spécificité de son caractère et de ses règles. Le mécanisme d'insertion desdites règles dans l'ordre juridique interne étant tout aussi spécifique, puisqu'il s'agit des règles d'application directe qui, pour s'insérer dans le droit positif interne n'ont pas besoin de formalités particulières, le juge leur accorde une primauté sur le droit interne en fonction de son degré de culture du droit communautaire. La seule nature communautaire de la règle en cause épargne le juge du travail préalable de vérification de son insertion dans l'ordre juridique interne. Mais tel n'est pas le cas, comme le montre si bien la décision du juge camerounais relative au tarif douanier en zone UDEAC. En dépit de la nature communautaire de cette règle, le juge a pris le soin d'indiquer son insertion régulière dans l'ordre juridique camerounais⁶⁴.

b) *La publicité*

L'obligation de publicité demeure une exigence minimale à satisfaire pour toutes les règles juridiques quelle qu'en soit la nature (internes, internationales ou communautaires), car il s'agit pour l'exécutif de porter à la connaissance des particuliers des règles susceptibles de modifier le contenu de leurs droits et obligations. Le litige en question peut justement porter sur le non-respect d'une telle obligation, bien que la non-publication d'un traité dans l'ordre interne soit insusceptible de recours⁶⁵. En tant qu'exigence minimale, la publication des traités dans l'ordre juridique interne peut muer en véritable condition de son applicabilité, car après le contrôle de l'existence matérielle de la ratification, la publicité du traité

⁶³ Voir Bénin, DCC 07-175, *supra* note 18. La Cour a évité de se prononcer sur un tel moyen, alors même que dans leur requête les requérants indiquaient clairement que « conformément aux dispositions de l'article 147 de la Constitution aux termes desquelles les traités ou accords régulièrement ratifiés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, le Bénin qui a ratifié le traité de l'OHADA est tenu de prêter main forte à l'exécution des décisions de justice sous peine d'être condamné à des dommages intérêts ».

⁶⁴ *Kamte*, *supra* note 36. Selon ce juge, « ce tarif des douanes de l'Union Douanière et Economique de l'Afrique Centrale est régulièrement ratifié par le décret n°65/DF/572 du 31 décembre 1965 en son paragraphe II de l'article premier et publié au journal officiel de la R.F.C. n°1 du 1^{er} janvier 1966 ».

⁶⁵ Voir par ex. Cons. constitutionnel (Mali), 12 décembre 2001 Décision no. 01-128. Ce juge a déclaré l'inconstitutionnalité de la loi telle que publiée en estimant que « considérant qu'à la lecture de la loi portant révision constitutionnelle telle que publiée dans le journal officiel de la République du Mali, n° spécial du 18 octobre 2001, il apparaît une dissemblance entre les contenus de texte avec celui voté par l'Assemblée nationale en plusieurs de ses articles »).

doit être faite dans des conditions régulières⁶⁶. En la matière, la publication dans l'ordre juridique interne devrait en principe intervenir après l'entrée en vigueur de la convention sur le plan international pour éviter un décalage chronologique difficile à gérer par le juge en cas d'invocation d'une disposition d'un traité dépourvu de portée juridique sur le plan international mais ratifié et publié en droit interne⁶⁷. La date à partir de laquelle le traité est applicable sur le plan national peut poser des problèmes de plusieurs ordres. Dans le cas des traités régulièrement ratifiés, tout dépend de la date prévue par le traité lui-même (sur le plan international grâce au mécanisme d'acquisition d'un nombre déterminé de ratifications) ou par le décret de promulgation (sur le plan interne avec détermination de la date de production d'effets juridiques légaux).

Pour vérifier cette formalité, les juridictions nationales devraient en principe se référer au journal officiel de leur État ou alors à d'autres recueils officiels. Cependant, une proportion assez élevée de traités conclus et ratifiés ne sont pas publiés du fait des difficultés financières que connaissent les États africains⁶⁸ ou le sont avec un très grand retard⁶⁹. Par le biais de la vérification de la publication des conventions internationales dans l'ordre juridique interne, les juridictions inférieures deviennent juges de la régularité de l'introduction du traité dans l'ordre interne et il y a un éclatement du contrôle de constitutionnalité des traités en droit interne, chaque juridiction saisie appréciant cette formalité à sa guise⁷⁰. La publication des actes conventionnels applicables en droit interne se fait en principe à travers un décret présidentiel qui ne résulte pourtant pas explicitement de la constitution⁷¹. En tant que tel, le décret de publication fait partie du grand ensemble des « actes de gouvernement » qui échappent au contrôle de toute juridiction nationale. Il n'est donc

⁶⁶ Voir par ex. France, Premier Ministre, *Circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux*, J.O., n° 125 (31 mai 1997) 8415 à la p. 8421. Relativement à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, le circulaire rappelle que « [l]a publication a pour objet : [...] d'introduire l'accord dans l'ordre juridique national. [...] En cas de non-publication, [...] l'accord [...] n'est pas invocable dans l'ordre juridique interne ». Voir aussi De Visscher, *supra* note 52 : « la nécessité de la publication est le dernier frein qui soit de nature à retarder l'applicabilité des traités dans l'ordre juridique interne ».

⁶⁷ Voir par ex. Cons. d'État, 30 octobre 1964, *Société Prosagor et autres*, Rec. 1964 p. 496 « les conventions internationales doivent, pour être applicables sur le territoire français, avoir été régulièrement publiées [et] la publication d'une convention internationale doit être faite au Journal officiel de la République française ou dans un des autres recueils officiels visés par l'article 3 de décret du 14 mars 1953 ».

⁶⁸ On peut relever à cet égard la rareté de la parution du Journal officiel au Cameroun de 1990 à 1995 du fait des difficultés financières de l'imprimerie nationale.

⁶⁹ Voir Genevieve Burdeau, « Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'État de droit » (1986) 32 A.F.D.I. 837.

⁷⁰ En fait, le conseil constitutionnel intervient substantiellement et *a priori* sur le contrôle de constitutionnalité des conventions internationales et *a posteriori* par les autres juridictions saisies d'un recours fondé sur le droit international.

⁷¹ Il s'agit en fait d'une promulgation, puisque la ratification se fait sur autorisation de l'Assemblée nationale. Voir Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p. 237 : « l'introduction du traité dans l'ordre interne n'étant plus soumise à aucune formalité, la publication devrait remplir, outre sa fonction normale d'assurer la publicité du traité, celle de garantir son authenticité, ce qui ne peut être obtenu qu'au moyen d'un décret signé du président de la République en sa qualité de représentant le plus élevé de l'État dans ses relations extérieures ».

pas facile pour le juge interne de distinguer à ce niveau entre l'acte de publication comme un des éléments constitutifs de la volonté de l'État de conclure le traité en cause, et l'acte de publication comme simple moyen de rendre ledit traité accessible aux particuliers et de rendre publique sa date d'entrée en vigueur dans l'ordre juridique interne⁷².

L'exigence de publicité semble impérative, car les traités ratifiés et non publiés font l'objet d'une inapplication systématique de la part du juge interne. La Cour suprême ivoirienne a déclaré dans un arrêt du 16 mars 1966 que, « en l'absence d'une publication, un accord international ne peut entrer en vigueur en droit interne »⁷³. Le juge constitutionnel béninois a abondé dans le même sens dans sa décision du 19 février 2003⁷⁴. Dans cette affaire, la requérante, précédemment en poste à l'ambassade du Bénin à Paris, a été, à la fin de sa mission, sommée de rejoindre son ancien poste à Cotonou alors qu'elle estimait devoir rester à Paris et poursuivre les soins spécifiques dont bénéficiait son enfant malade. Les autorités béninoises ont engagé contre elle une procédure disciplinaire pour abandon de poste et elle a saisi le juge constitutionnel aux fins de voir déclarer contraire à la constitution les actes pris à son encontre. Elle estimait dans sa requête que ces actes « nuisent dangereusement à "l'intérêt supérieur de l'enfant" prôné par la [*Convention relative aux droits de l'enfant*]⁷⁵ de 1989, ratifiée par le Bénin et qui, en vertu du préambule et de l'article 147 de la Constitution [du Bénin], "intègre le bloc de constitutionnalité" »⁷⁶. La Cour, après avoir rappelé les termes de l'article 147 de la *Constitution du Bénin*, a observé que « la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 a été ratifiée par le Bénin le 30 août 1990, *mais n'a jamais été publiée* et n'entre donc pas dans le droit positif béninois; qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation de ladite convention est inopérant »⁷⁷.

Par ailleurs, la publication du droit communautaire des affaires pose un problème particulier lié au texte du *Traité OHADA* qui a la spécificité de comprendre un traité et des actes uniformes applicables directement par les parties. Si le traité lui-même doit être publié aussi bien dans le journal officiel de l'OHADA que dans les journaux officiels des États parties, il en va autrement des actes uniformes. L'article 9 du traité dispose que « les actes uniformes entrent en vigueur 90 jours après l'adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'acte uniforme lui-même. Ils sont opposables 30 jours francs après leur publication au

⁷² Kelsen, *supra* note 50 à la p. 37. La publication d'un traité est un acte nécessaire, car « on ne saurait affirmer que la ratification par le chef d'État suffise dans le domaine international pour créer une norme complète et pleinement valable si l'ordre juridique interne exige pour l'achèvement du processus de formation de la volonté de l'État, un acte de création de norme reproduisant le contenu du texte du traité déjà ratifié ».

⁷³ C.S. (Côte d'Ivoire), 16 mars 1966, *Mailland*, tel que cité dans Francis Wodie et D. Martin Bléou, *La Chambre administrative de la Cour suprême et sa jurisprudence : commentaires d'arrêts*, Paris, Economica, 1981 aux pp. 45-47.

⁷⁴ Cour constitutionnelle (Bénin), 19 février 2003, Décision no. DCC 03-009 [Bénin, DCC 03-009].

⁷⁵ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [CDE].

⁷⁶ Bénin, DCC 03-009, *supra* note 74.

⁷⁷ *Ibid.*

journal officiel des États parties ou par tout autre moyen approuvé »⁷⁸. Cette disposition peut faire l'objet d'interprétations divergentes de la part des juridictions nationales et introduire par là des disparités dans l'application des actes uniformes.

B. Dans le cas d'un moyen tiré d'une autre source du droit international : un embarras compréhensible

Lorsque le moyen invoqué se fonde sur une coutume, le juge se heurte aux difficultés créées par l'ambiguïté de leur réception formelle dans l'ordre juridique interne. La plupart des constitutions africaines ne font pas allusion aux règles coutumières internationales, voire, au droit international général⁷⁹. C'est dire qu'aucune disposition constitutionnelle ne précise les modalités de réception desdites normes en droit interne, ni leur valeur dans l'ordre juridique interne. Il en est de même des principes généraux de droit. C'est certainement pour cette raison que le moyen fondé sur les normes coutumières internationales est moins fréquent devant les juridictions nationales. En tant que telles, les normes coutumières n'ont qu'une place modeste du fait de la « pudibonderie » qu'affiche le juge à leur égard, mais aussi du fait de l'orientation constitutionnelle des États qui attache une plus grande importance aux règles conventionnelles en en déterminant les mécanismes d'introduction dans l'ordre juridique interne⁸⁰. L'absence de cette précision dans la constitution entraîne alors un flottement jurisprudentiel reflété par les interprétations qu'en font les juridictions nationales⁸¹. C'est dire que dans le cas d'une norme coutumière, il y a une

⁷⁸ *Traité OHADA*, *supra* note 32, art. 9.

⁷⁹ Voir *Constitution de France de 1946*, *supra* note 57 à l'alinéa 14 : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». La grande partie de la doctrine renvoie à cette disposition au droit coutumier. Voir Alland, *Droit international public*, *supra* note 29 à la p. 366; Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008 à la p. 195; Daillier et Pellet, *Supra* note 71 à la p. 345; Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2006 à la p. 414.

⁸⁰ Cons. d'État, 6 juin 1997, *Aquarone*, Rec. 1997. 206 (concl. Gilles Bachelier) : « [c]'est cette habilitation de l'article 55 [de la Constitution française] qui fait défaut pour la norme non-écrite du droit international [...] car c'est dans la constitution que le juge doit rechercher la hiérarchie des normes. Il ne saurait s'en abstraire. Il ne saurait non plus la méconnaître. Il ne saurait davantage la détourner. Cette norme suprême, expression de la souveraineté, fixe les limites de sa compétence et le respect de cette limite ne peut que le conduire à opposer un *non possumus* à l'invitation qui lui est faite de définir une hiérarchie entre la loi qu'il est tenu d'appliquer et une règle non-écrite lorsque le pouvoir constituant n'a pas cru nécessaire de définir clairement une telle hiérarchie ».

⁸¹ En ce qui concerne la France, voir Pellet, « Monisme », *supra* note 47 à la p. 834 : « alors que le Conseil d'État français fait prévaloir la loi sur la coutume internationale, le Conseil constitutionnel semble paradoxalement intégrer celle-ci dans le bloc de constitutionnalité ». Cette remarque découle du fait que dans sa décision du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel a inclus parmi les normes de référence en fonction desquelles il exerce le contrôle de constitutionnalité des traités, les « règles de droit public international » mentionnées dans cette disposition. Voir Cons. constitutionnel, 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. 1999. 29, 98-408 DC. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que les principes coutumiers du droit international sont globalement intégrés dans le bloc de constitutionnalité. Voir contra *Aquanone*, *ibid.* : « la Constitution française ne contient pas de règle dont l'objet ou l'effet [...] conduirait à faire prévaloir la coutume sur la loi à la différence de ce que l'on retrouve dans les constitutions de certains États voisins [...]. Aucune disposition de valeur constitutionnelle ne prescrit ni n'implique que le juge administratif fasse prévaloir la coutume sur la loi en cas de conflit ».

forte dose de concentration du pouvoir normatif entre les mains du juge qui peut se référer à la jurisprudence internationale pour déduire l'existence réelle de la norme coutumière invoquée et juger de son degré d'ancrage dans l'ordre juridique international ainsi que de son étendue. On peut envisager deux cas de figures dans l'hypothèse de l'invocation d'une norme coutumière. D'abord, si la norme en question est suffisamment consacrée en droit international, réitérée de façon constante par les juridictions internationales et relève du droit international général, le juge interne ne sera confronté qu'aux questions de sa transposition en droit interne. Dans ce cas, il sera la voie directe à travers laquelle l'insertion des normes coutumières internationales en droit interne sera possible et supplantera en quelque sorte le constituant, du fait de son laxisme ou de son oubli. Ensuite, si la norme invoquée relève du droit coutumier local ou régional, le juge national sera confronté aux difficultés découlant de la nature de cette règle et de la position de son pays par rapport à l'émergence d'une telle règle. En effet, aucune question ne se pose lorsque c'est son pays qui est à l'origine de la consécration d'une telle règle, mais il aura du mal à la lui opposer s'il y a émis une « objection persistante » dans le cas où ce n'est pas lui qui a participé à son émergence.

Le problème que pose le droit international coutumier devant le juge national soulève en fait celui du degré de culture des juges nationaux et suppose en principe leur éveil constant, car ils doivent être au courant de l'émergence et de la consécration d'une norme coutumière internationale par les juges internationaux. Dans ce cas, une certaine interaction doit exister entre leur jurisprudence respective afin d'éviter un déphasage qui pourrait causer un préjudice grave aux droits protégés⁸². C'est pourquoi l'article 4 de la résolution de l'IDI sur *L'activité du juge interne* prescrit clairement que « lorsqu'elles déterminent l'existence ou le contenu du droit international coutumier, les juridictions nationales devraient tenir compte de l'évolution intervenue dans la pratique des États, dans la jurisprudence et dans la doctrine »⁸³.

Toutes ces difficultés amènent finalement les juridictions internes à faire une interprétation biaisée du moyen de droit international lorsqu'elles décident d'en tenir compte.

II. Une interprétation biaisée du moyen de droit international par les juridictions internes

L'examen du moyen de droit international par les juridictions nationales pose le problème de sa clarté, car il est difficile de déduire d'une source du droit

⁸² Voir Alain Didier Olinga, « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun » (2005) 63 *Juridis Périodique* à la p. 17 : « il peut paraître peu compatible avec le principe de la sécurité juridique de densifier d'une manière aussi incontrôlée les obligations des États et partant le droit interne de ces derniers. Toutefois, la bonne foi exige de prendre dûment en compte ces jurisprudences au moins en tant que directives d'interprétation, en étant néanmoins attentif aux possibles oppositions de jurisprudences sur des sujets proches ou identiques, et en essayant autant que faire se peut de les surmonter ».

⁸³ IDI, *L'activité du juge interne*, *supra* note 11 à l'art. 4.

international le contenu exact et précis du droit des particuliers qu'il confère ou protège. La plupart des droits de l'homme sont à cet égard des standards abstraits de comportement et leur caractère vague laisse au législateur national le soin de mieux en préciser le sens dans le cadre des circonstances particulières d'exercice des libertés publiques respectivement dans leur État. En dépit de cette adaptation première par l'organe législatif, il revient au juge national de conférer à une disposition conventionnelle ou une règle d'origine internationale une certaine portée en droit interne. Ainsi, selon l'IDI,

lorsqu'elles déterminent l'existence ou le contenu du droit international soit à titre principal, soit à titre préalable ou incident, les juridictions nationales devraient disposer de la même liberté d'interprétation et d'application que pour d'autres règles juridiques, en s'inspirant des méthodes suivies par les tribunaux internationaux.⁸⁴

Pour ce faire, le juge a l'opportunité d'user de nombreuses méthodes et même de se référer aux jurisprudences internationales relatives à l'application du moyen en question et même au droit comparé des autres États. Mais au regard des circonstances particulières de chaque cas d'espèce et des particularismes des différents ordres juridiques étatiques, les juridictions internes ont du mal à procéder à une interprétation véritablement autonome du droit international. L'interprétation à laquelle ces juridictions procèdent est donc biaisée à la fois par la condition de réciprocité explicitement posée par les diverses constitutions, les spécificités de l'ordre juridique interne des États et leur situation particulière dans l'État.

A. Le biais de l'appréciation de la condition de réciprocité

La réserve de réciprocité est d'origine constitutionnelle et s'impose comme une condition d'application du droit international conventionnel dans l'ordre juridique interne. Par conséquent, il pèse sur les juridictions nationales une obligation permanente de vérification de l'accomplissement de cette formalité par les autres États parties à la convention en cause. Elle peut être considérée comme « une condition préalable et nécessaire à l'exécution du traité par l'État concerné, dans l'hypothèse dans laquelle la mise en jeu de cette exigence dans l'ordre interne coïnciderait avec le recours à l'exception *non adimplenti contractus* dans l'ordre international »⁸⁵. Elle exige alors « une interprétation de la volonté des parties à l'accord complétée par une information sur le comportement réel du ou des cocontractants »⁸⁶. À cet égard, si la dénonciation d'une convention relève du pouvoir exécutif (et donc du gouvernement), il revient au juge d'en vérifier constamment l'application dans les autres États par le biais des litiges dont il peut se trouver saisi⁸⁷. À travers ses décisions, en effet, le juge national peut attirer l'attention du pouvoir

⁸⁴ *Ibid.*, art. 1(2).

⁸⁵ Kombi, *supra* note 1 à la p. 30.

⁸⁶ Jean Boulouis, « À propos de l'arrêt Nicolo » (1990) 1 R.G.D.I.P. 91 à la p. 94 [Boulouis, « Nicolo »]. Voir également Salmon, *supra* note 10 à la p. 934.

⁸⁷ *Ibid.* La réserve de la réciprocité a alors pour effet de limiter l'automaticité et l'irréversibilité du privilège de supériorité des normes conventionnelles sur les normes internes.

exécutif sur l'état de mise en œuvre d'une convention dans un autre pays, ne serait-ce qu'en appréciant la condition constitutionnelle ainsi posée. Mais il ne peut en être ainsi à vrai dire que dans les pays où le juge national est assez cultivé et fait une investigation réelle sur le droit et la jurisprudence des États tiers.

C'est une condition qui soulève des problèmes complexes, aussi bien au niveau de sa consistance que de son appréciation par le juge devant lequel est invoqué le droit international par le national d'un autre État partie à la convention en question⁸⁸.

1. LE PROBLÈME DE SA CONSISTANCE

La condition de réciprocité est-elle applicable à tous les traités dont les dispositions sont invoquées devant le juge national? La réserve de la réciprocité contenue dans la plupart des constitutions écrites vise l'ensemble des traités, indifféremment de ceux relatifs aux droits de l'homme ou au droit international humanitaire, qui sont d'origine coutumière⁸⁹. En quoi consiste exactement la réciprocité? Le président Odent a résumé l'ensemble des questions suscitées par cette condition en ces termes :

Signifie-t-elle que le traité dans son ensemble ne s'applique plus s'il n'est pas appliqué par l'autre partie? Signifie-t-elle que seules certaines de ses stipulations, celles qui ne sont pas appliquées par l'autre partie, ne sont pas applicables [dans l'État concerné]? Signifie-t-elle enfin que le traité continue à s'appliquer [dans cet État], mais qu'il a perdu son autorité supérieure à celle des lois internes ?⁹⁰

En effet, la réciprocité se limite-t-elle juste à une considération d'ordre formel de la ratification de l'instrument conventionnel par l'autre partie, par référence au recueil détenu par le dépositaire des traités internationaux, ou sur le plan de

⁸⁸ Voir Charles Rousseau, « La constitution de 1958 et les traités internationaux » dans *Mélanges J. BASDEVANT*, Paris, A. Pedone, 1960, 463 à la p. 471. Charles Rousseau relevait à cet égard que la condition de la réciprocité insérée dans la *Constitution française de 1958* « procède d'une soumission abusive au préjugé de la souveraineté ou d'une adhésion délibérée à une conception exagérément contractuelle du traité international. Cette condition n'en est pas moins regrettable. Elle obligera d'abord le juge à une recherche laborieuse des solutions appliquées en fait par l'administration et les tribunaux des États appelés à contracter avec la France : recherche dont la mise en œuvre sera souvent malaisée et dont les résultats risqueront parfois d'être contestables ou peu concluants. On discerne mal d'autre part comment, dans ces conditions, le gouvernement français sera toujours sûr qu'un traité multilatéral auquel il est partie possède, dans l'ordre juridique de tous ses signataires, une force obligatoire supérieure à celle des lois internes. *Quid* dès lors si la jurisprudence de ces États est divergente, donnant ici la préférence aux lois et là aux traités? Que devient dans ces conditions l'unité de la réglementation conventionnelle? ».

⁸⁹ Paul Lagarde, « La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne » (1975) *Revue critique de droit international privé* 25; Serge Regourd, « L'article 55 de la Constitution et les juges : de la vanité de la clause de réciprocité » (1983) n°4 *R.G.D.I.P.* 780.

⁹⁰ Raymond Odent, « L'article 177 du Traité de Rome et la jurisprudence du Conseil d'État » (1965) *Bulletin de l'Association des juristes européens* 5 à la p. 10.

l'uniformité de la pratique par l'autre partie⁹¹? La condition de la réciprocité soulève des questions auxquelles il est difficile de trouver des réponses. S'agit-il de la réciprocité dans la primauté du traité dont les dispositions sont invoquées sur les lois internes des États signataires ou de la réciprocité dans l'application des dispositions de ces traités respectivement par les administrations et les juridictions des États signataires? Dans la deuxième hypothèse, rien n'implique que la pratique au sein des différentes parties signataires d'un traité soit uniforme car dans ce cas, il faudrait que le juge puisse se référer à la jurisprudence des autres États parties⁹². Encore faudrait-il connaître l'ordre de juridiction dont les décisions seront examinées⁹³. Ces difficultés sont accrues dans le cadre des conventions multilatérales. La réciprocité vise-t-elle dans ce cas la pratique dans l'État dont le justiciable est le national ou dans tous les autres États signataires du traité? Le juge pourra-t-il alors se référer à la pratique d'un État quelconque partie au traité pour appliquer les dispositions de ce traité au national d'un autre État partie au sein duquel aucune pratique en la matière n'est avérée⁹⁴? Une autre question est celle de savoir si le juge national doit soulever d'office cette condition ou attendre d'en être saisi⁹⁵. Tout dépend de la nature du juge saisi⁹⁶.

⁹¹ C'est sur la base de la réciprocité que le Conseil constitutionnel français a exclu l'intégration des traités et accords internationaux dûment ratifiés du bloc de constitutionnalité. Voir Cons. constitutionnel, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. 1975. 19, 74-54 DC. Mais en même temps, le Conseil indiquait que la réciprocité ne peut s'appliquer à certains traités en raison de leur objet, tout en précisant aussi que l'absence éventuelle de réciprocité ne fait pas obstacle à l'intervention d'une loi ayant pour objet la mise en œuvre d'un traité. Voir Cons. constitutionnel, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, Rec. 1980. 53, 80-126 DC.

⁹² Cela est possible dans les pays anglo-saxons qui se réfèrent à la pratique des tribunaux des États membres du Commonwealth pour adopter une position par rapport à l'application du droit international dans l'ordre juridique interne. Voir *Makwanyane*, *supra* note 62.

⁹³ Dans ce cas, en effet, le juge judiciaire doit-il seulement se référer aux décisions des autres juges judiciaires des autres États parties ou aux décisions de l'ensemble des tribunaux des États concernés?

⁹⁴ Voir Emmanuel Decaux, *La réciprocité en droit international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980 à la p. 172 : « aux solutions douteuses risquent de s'ajouter des solutions diversifiées. À moins de considérer que l'article 55 [de la Constitution française] ne vise que les traités bilatéraux ou les traités strictement contractuels. C'est à la jurisprudence de lever cette ambiguïté ».

⁹⁵ Voir par exemple Cons. d'État, 29 mai 1981, *Rekhou*, Rec. 1981 à la p. 219. Le Conseil d'État français a jugé qu'il ne lui appartenait pas de soulever d'office la condition de réciprocité ensuite qu'il ne pouvait apprécier lui-même si cette condition était remplie, et qu'il devait renvoyer la question au Ministre des affaires étrangères.

⁹⁶ Voir par exemple Cass. crim., 2 mars 1972, Bull. Crim. 1972. 195. La Cour de cassation a reproché au juge d'appel, dans cette affaire concernant la convention sur la circulation routière de Genève, de s'être prononcée sans avoir précisé la situation du co-contractant : « sans rechercher si la Yougoslavie n'aurait pas ratifié et rendu exécutoire ladite convention et si, les conditions de réciprocité étant ainsi réalisées », le ressortissant yougoslave pouvait utiliser son permis de conduire. Ce faisant, cette cour imposait au juge d'appel l'obligation de vérifier la condition de réciprocité, mais uniquement sur le plan formel de la ratification et de la force obligatoire de la convention en cause dans l'ordre juridique interne. Voir aussi Cass. crim., 29 juin 1972, Bull. Crim. 1972. 591. En ce qui concerne la *Convention de Chicago* [*Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, T.I.A.S. (entrée en vigueur : 4 avril 1947)] la même cour a cassé un arrêt de la Cour d'appel qui consacrait la supériorité de la loi internationale sur la loi interne en écartant la condition de réciprocité, en relevant que les juges auraient dû rechercher si les « conditions de réciprocité édictées par l'article 55 se trouvaient réunies en l'espèce, tant en ce qui concerne les dispositions de la *Convention* elle-même que celles de l'annexe 9 », pour ajouter « qu'il appartenait aux juges d'interroger le ministre des Affaires étrangères sur ces points précis avant de se prononcer sur le bien-fondé de la poursuite. » La Cour de cassation attribuait ainsi l'examen de la condition de réciprocité au ministre des Affaires étrangères.

En fait, lorsque le justiciable qui invoque le moyen du droit international pour soutenir sa prétention est le national de l'État dont la juridiction est saisie, la condition de réciprocité ne peut tenir, car elle suppose qu'en matière d'octroi des droits aux individus, les nationaux d'un État partie à la convention bénéficient des mêmes droits sur le territoire de tous les États respectivement parties à la convention en cause. Ce n'est que lorsque celui qui invoque le droit international est un étranger, national de l'un des États signataires du traité dont les dispositions sont invoquées, que la vérification de la condition de réciprocité pose des problèmes. En matière des droits de l'homme, la réciprocité ne devrait pas se présenter comme une condition d'application d'une convention sur le plan national, car un État ne saurait attendre qu'un autre traite ses nationaux d'une certaine façon pour en faire de même. En principe, la réciprocité ne vaut que pour les traités portant sur les rapports interétatiques et non pour les traités octroyant aux particuliers des droits⁹⁷. Mais ce caractère objectif n'empêche pas la vérification du principe de réciprocité par le juge interne car en fait, « rien n'interdit [...] aux États de faire bénéficier, à charge de

⁹⁷ Voir *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, [1951] C.I.J. rec. 15. La Cour internationale de justice a précisé à l'égard de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, (8 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 [entrée en vigueur : 12 janvier 1951]) à la page 23, que « l'on ne saurait pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les intérêts et les charges ». Voir aussi *Autriche c. Italie* (1961), 4 Ann. Conv. Eur. D.H. 139 : « les obligations souscrites par les États contractants dans la convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers »; *Irlande c. Royaume-Uni* (1978), 25 C.E.D.H. (Sér. A) au para. 239. Apprécient la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 [entrée en vigueur : 3 septembre 1953]), la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que « à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" »; Décision de la Commission du 6 décembre 1983, *France et autres c. Turquie*, requêtes n° 9940 à 9944/ 82, DR. 35, p. 143 : « le principe général de réciprocité en vigueur en droit international et la règle figurant à l'article 21(1) de la *Convention sur le droit des traités relatifs aux relations bilatérales aux termes d'un traité multilatéral* ne s'appliquent pas aux obligations découlant de la *Convention européenne des droits de l'homme* » (Rapport de la Commission EDH, 7 décembre 1985). "*Otros Tratados*" *Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* (1982), Avis consultatif OC-1/82, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A), n° 1 aux para. 28 et 29 : « en règle générale, les traités actuels relatifs aux droits de l'homme, et en particulier la Convention américaine relative aux droits de l'homme, ne sont pas des traités multilatéraux de type traditionnel conclus en vue d'un échange de droits basés sur la réciprocité pour le bénéfice mutuel des États contractants [...]. En adoptant ces traités relatifs aux droits de l'homme, les États se soumettent à un ordre légal au sein duquel ils assument pour le bien commun, diverses obligations, non pas à l'égard d'autres États, mais à l'encontre de toute personne relevant de leur juridiction » (« *Other Treaties* » *Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC — 1/82 du 24 septembre, 1982, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser. A) n° 1, au para. 43 (traduction officielle)); Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 24, *Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte*, Doc. off. CDHNU, 1994, Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.1 : « les instruments [relatifs aux droits de l'homme] et le pacte [*Pacte international aux droits civils et politiques*] tout particulièrement ne constituent pas un réseau d'échanges des obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de réciprocité interétatique ne s'applique pas ».

réciprocité, les ressortissants de certains États des conditions d'exercice de leurs droits de l'homme qui seraient supérieures à celles qui sont généralement applicables, pourvu que les droits de l'homme comme tels soient respectés »⁹⁸.

Les juridictions nationales séparent correctement la réciprocité des conventions internationales du droit communautaire. Il en est ainsi parce qu'il existe entre le juge communautaire et le juge national des vases communicants à travers le droit de regard du juge communautaire sur les décisions des juridictions nationales en matière communautaire⁹⁹. Peut-être en est-il ainsi parce que les juridictions nationales entretiennent des rapports particuliers de type hiérarchique avec les juridictions communautaires. Mais il faut bien que les juridictions nationales détectent la consistance même de cette condition avant de trouver les moyens de sa vérification.

2. LE PROBLÈME DES MOYENS DE SA VÉRIFICATION

Comment le juge devant qui est invoqué une disposition conventionnelle pourrait-il vérifier l'accomplissement de la condition de la réciprocité posée par le constituant? En réalité, la condition de réciprocité, en tant qu'exigence constitutionnelle doit être soulevée d'office par la juridiction nationale. Seulement, sa vérification suppose qu'il y ait eu des cas similaires faisant jurisprudence dans l'État dont le national invoque les dispositions conventionnelles devant le juge d'un autre État partie à la convention en cause. En l'absence de décisions portant sur des litiges

⁹⁸ Karel Vasak, « Le droit international des droits de l'homme » (1974) 4 Rec. des Cours 333 à la p. 409.

⁹⁹ Voir par ex. Cass. Mixte, 24 mai 1975, Bull. ch. Mixte. 1975. II. 6. La Cour de cassation française a limité le jeu de la réciprocité en matière communautaire en déclarant qu'« [a]ttendu qu'il est au surplus reproché à l'arrêt d'avoir fait application de l'article 95 du traité du 25 mars 1957, alors, selon le pourvoi, que l'article 55 de la Constitution subordonne expressément l'autorité qu'il confère au traité ratifié par la France à la condition exigeant leur application par l'autre partie; que le juge du fond n'a pu, dès lors, valablement appliquer ce texte constitutionnel sans rechercher si l'État [Pays-Bas] d'où a été importé le produit litigieux a satisfait à la condition de réciprocité; Mais attendu que, dans l'ordre juridique communautaire, les manquements d'un État membre de la communauté économique européenne aux obligations qui lui incombent en vertu du traité du 25 mars 1957, étant soumis au recours prévu par l'article 170 dudit traité, l'exception tirée du défaut de réciprocité ne peut être invoquée devant les juridictions nationales; D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ». Jean Boulouis, « Notes sous l'arrêt Société Cafés Jacques Vabre », A.J.D.A. 1975 à la p. 567. Cette divisibilité de l'article 55 de la Constitution française par la Cour de cassation a été critiquée par Jean Boulouis qui déclare notamment à la p. 574 : « Regrettable, la démarche suivie par l'arrêt l'est aussi plus encore dans la mesure où elle le marque d'une ambiguïté, voire même d'une contradiction. Il est difficile d'admettre que l'on puisse à la fois en appeler à l'article 55 de la Constitution lorsqu'il s'agit de préférer un traité à une loi et ne plus tenir compte de cette disposition lorsqu'il s'agit de rejeter un moyen fondé sur le respect, même mal compris, d'une condition qui s'y trouve expressément inscrite. On objectera sans doute que le raisonnement se développe en deux étapes. La référence à l'article 55 est initiale. Elle commande la place du traité dans l'ordre juridique français. Ce point étant acquis à cette condition et ce traité ayant institué un ordre juridique spécifique, celui-ci développe alors toutes ses conséquences, aussi bien en ce qui concerne l'application directe et la primauté qu'en ce qui concerne la réciprocité. Encore faudrait-il que ces conséquences propres à l'ordre juridique communautaire, en tant que tel soient toutes conciliables avec l'article 55, ce qui n'est justement pas évident pour la condition de réciprocité. De sorte qu'après avoir jugé nécessaire de s'appuyer sur la constitution pour préférer un traité à une loi, on donne l'impression de faire prévaloir l'ordre juridique issu de ce traité sur cette même constitution. »

similaires, la vérification de l'accomplissement effectif de cette condition est difficile et le juge ne peut se baser que sur la bonne foi des autorités de l'autre État partie à la convention pour continuer la procédure.

En principe, la seule possibilité pour les juridictions nationales de vérifier la condition de réciprocité est sa dénonciation par leur État. Cela dépend alors des rapports étroits qu'elles entretiennent avec l'exécutif, chargé de cette dénonciation¹⁰⁰. En effet, comportant du droit objectif, les conventions relatives aux droits de l'homme ne peuvent pas être dénoncées par les États¹⁰¹. Un certain nombre de conventions relatives aux droits de l'homme ne comporte pas par exemple de clauses de dénonciation¹⁰². L'absence de cette clause découle de l'obligation imposée à l'État dénonciateur de continuer à respecter les normes du traité dénoncé qui lui sont imposées au titre du droit impératif. Cependant, un bon nombre de traités relatifs aux droits de l'homme sont assortis de clauses de dénonciation¹⁰³, même si la mise en œuvre de celles-ci obéit à des conditions restrictives¹⁰⁴. En fait, la controverse sur la non-dénonçabilité se situe au niveau des rapports entre le droit des traités fixé par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* et les conventions relatives aux droits de l'homme.

Le renvoi au ministre des Affaires étrangères pour appréciation de la condition de la réciprocité et même pour interprétation d'une convention internationale est fréquent dans les décisions du juge administratif¹⁰⁵. Mais dans ce

¹⁰⁰ Voir Cass. Civ. 1^{re}, 6 mars 1984, Bull. Civ. 1984. I. n° 135. La Cour de cassation française a estimé qu'il existait une présomption de réciprocité dès lors que le gouvernement n'avait pas pris l'initiative de « dénoncer une convention ou suspendre son application [qu'en conséquence, le juge n'avait pas à] apprécier le respect de la condition de réciprocité dans les rapports entre États ».

¹⁰¹ Cette hypothèse est soutenue en partie par la doctrine. Voir Denys de Béchillon, « Le rétablissement de la peine de mort : aspects de droit public » dans Robert CARIO, dir., *La peine de mort au seuil du troisième millénaire. Hommage au professeur Antonio Beristain*, Toulouse, Erès, 1993 aux pp. 97-98.

¹⁰² Voir *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art. 9-14, (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP]; *CADHP*, *supra* note 40.

¹⁰³ Voir par ex. *Convention sur les droits politiques de la femme*, 31 mars 1953, 193 R.T.N.U. 135 (entrée en vigueur : 7 juillet 1954); *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U. 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954); *CDE*, *supra* note 75; *Convention européenne*, *supra* note 97; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123 (entrée en vigueur : 18 juillet 1978); *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*, 30 novembre 1973, 1015 R.T.N.U. 243 (entrée en vigueur : 18 juillet 1976); *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951); *Convention sur la nationalité de la femme mariée*, 20 février 1957, 309 R.T.N.U. 65 (entrée en vigueur : 11 août 1958); *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969); *Convention sur la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*, 2 décembre 1949, 96 R.T.N.U. 272 (entrée en vigueur : 25 juillet 1951); *Convention relative à l'esclavage*, 25 septembre 1926, 212 R.T.N.U. 17 (entrée en vigueur : 7 juillet 1955); *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) [*Convention contre la torture*].

¹⁰⁴ Voir Jean-François Flauss, « De la dénonciation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme » dans *Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992 aux pp. 1253 et s.

¹⁰⁵ Voir Trib. admin. Marseille, 20 mai 1966, *Sieur Sadji*, Rec. 1966 à la p. 756 : « le tribunal ne disposant pas des éléments voulus pour se prononcer sur la compétence, eu égard aux accords en vigueur entre

cas, il faudrait une réduction de la frontière et des limites de la séparation des pouvoirs pour qu'il existe, entre le ministre des Affaires étrangères et le juge, une collaboration permanente et constante. Il faudrait aussi que soient fixées parallèlement les limites aux observations qu'il peut être amené à faire aux tribunaux en ce qui concerne l'application du droit international. Il s'agit en fait de déterminer avec précision les rôles respectifs du gouvernement et du juge en matière d'appréciation de l'application du droit international dans l'ordre juridique interne. L'IDI a indiqué à cet égard que « rien ne devrait s'opposer à ce que les juridictions nationales sollicitent l'avis du pouvoir exécutif à condition que cette consultation soit dépourvue d'effets contraignants »¹⁰⁶. Dans ce cas, il faut qu'il y ait un texte qui prévoit explicitement ce renvoi car en son absence, seul un tribunal peut le juger utile en cas de besoin. Encore faut-il aussi que la disposition invoquée comme fondement à une prétention ne relève pas du droit coutumier car s'il en est ainsi, point n'est besoin de la réciprocité pour son application dans l'ordre interne. Il s'agit là encore d'une distinction que doit opérer le juge chaque fois qu'il se trouve saisi d'un moyen de droit international. Certains juges peuvent renoncer à renvoyer cette appréciation au ministre des Affaires étrangères et considérer que son exigence est présumée dès lors qu'elle n'a pas été préalablement invoquée par les responsables de l'application des engagements conventionnels. Cependant, la référence à l'exécutif suffirait à faire de l'État juge et partie dans une affaire de dénonciation de la non-conformité d'un acte interne au traité. Il faudrait alors que le juge soit en mesure de se procurer une information suffisante et concluante sur l'exécution par l'autre (ou les autres) partie(s), courant ainsi le risque d'engager la responsabilité internationale de l'État en cause, ce qui ne relève manifestement pas de son pouvoir.

Une autre possibilité de vérification de la réciprocité se situe au niveau des réserves émises par les États au moment de la ratification des traités en cause¹⁰⁷. La connaissance des réserves émises par son État lors de la ratification d'un traité n'est pas aisée pour le juge interne. En effet, certains États africains émettent des réserves lorsqu'ils ratifient des conventions dans le domaine de protection des droits de l'homme. Le Mali, par exemple, a déclaré, au sujet de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, « compte tenu du *Code de la Parenté du Mali*, que l'article 16 de la Convention n'a pas lieu de s'appliquer »¹⁰⁸. Ces réserves ou déclarations sont exceptionnelles, mais elles posent d'énormes problèmes au niveau de l'application du

l'État français et l'État algérien, il échoit de surseoir à statuer afin de permettre au ministre des affaires étrangères à qui la requête sera communiquée de formuler ses observations ».

¹⁰⁶ IDI, *L'activité du juge interne*, *supra* note 11, à l'art. 1.

¹⁰⁷ Or, en la matière, une controverse oppose ceux qui soutiennent l'idée d'une spécificité du droit des réserves dans le cadre du droit conventionnel des droits de l'homme et ceux qui estiment que cette spécificité est illusoire, du fait de l'intégration des réserves aux conventions des droits de l'homme dans le canevas du régime Nations human établi par le droit international classique. Pour les premiers, voir Gérard Cohen-Jonathan, « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux » (1996) 4 R.G.D.I.P. 915; Rosalyn Higgins, « The UN : Still a force for peace? » (1989) 52 Mod. L. Rev. 11. Pour les seconds, voir M.G. Schmidt, "Reservations to United Nations human rights treaties: the case of the two Covenants", *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, publié sous la direction de J. P. Gardner, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, aux pp. 20 à 34; Alain Pellet, *Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités*, Doc. Off. CDINU, 1996, Doc. NU A/CN.4/477.

droit international en droit interne par le juge. Il est vrai que le défaut de réciprocité pourrait conduire dans ce cas à « la pratique modificative »¹⁰⁹ des parties et illustrer à tout le moins les interprétations divergentes que les États se font des dispositions conventionnelles.

B. Le biais des spécificités de l'ordre juridique interne

Pour connaître le sens et la portée exacts de l'énoncé du droit international invoqué devant lui, le juge interne procède à son interprétation. Si le droit international appréhende et organise l'interprétation de ses règles, il laisse aux États le soin d'attribuer dans leurs ordres juridiques respectifs un sens aux prévisions des conventions internationales, sens qui soit nécessaire à son application sur le plan national¹¹⁰. La seule exigence ici est que cette interprétation soit faite de bonne foi. Sur le plan interne, aucune habilitation n'est accordée expressément à un organe qui interviendrait pour harmoniser les diverses interprétations que pourront en faire les tribunaux ou pour donner le sens à une disposition internationale en cas de son invocation dans un contentieux par les particuliers. Lorsqu'un traité est régulièrement approuvé ou ratifié, il jouit, dès sa publication, d'un rang *infra* constitutionnel et *supra* légal. L'*infra*-constitutionnalité des conventions régulièrement ratifiées ou approuvées démontre alors la soumission du traité aux principes constitutionnels consacrés dans plusieurs États par les juridictions nationales¹¹¹. C'est dire qu'une fois inséré dans l'appareil juridique d'un État, le droit international subi diverses interprétations de la part des tribunaux du fait de l'inexistence d'une instance faîtière pour en déterminer un sens univoque¹¹². Le juge dispose d'une marge de manœuvre

¹⁰⁸ CDE, *supra* note 75, Réserve du Mali. Voir aussi PIDCP, *supra* note 102, Déclaration de la Guinée : « Se fondant sur le principe selon lequel tous les États dont la politique est guidée par les buts et principes de la Charte des Nations Unies ont le droit de devenir partie aux pactes qui touchent les intérêts de la Communauté internationale, le Gouvernement de la République de Guinée estime que les dispositions du paragraphe premier de l'article 48 du PIDCP sont en contradiction avec le principe de l'universalité des traités internationaux et avec celui de la démocratisation des relations internationales ».

¹⁰⁹ Maurice Kamto, « La volonté de l'État en droit international » (2004) 310 Rec. des Cours 9.

¹¹⁰ Aux États-Unis d'Amérique par exemple, les dispositions d'une convention internationale sont considérées comme égales à celles de la loi fédérale et le juge applique habituellement l'adage *lex posterior priori* pour résoudre les problèmes suscités par leur interprétation au cours d'une affaire pour donner primauté à l'une ou à l'autre source du droit.

¹¹¹ Voir Cons d'État, 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 1996. 255. Le Conseil d'État français a consacré quelques principes de ce genre dans cette affaire, où elle a examiné la légalité d'un décret d'extradition au regard l'*Accord de coopération en matière de justice*, France et Mali, 9 mars 1962, 1983 R.T.N.U. 36, pour décider d'interpréter ce traité de sorte à le soumettre à une norme constitutionnelle non écrite, c'est-à-dire un « principe fondamental reconnu par les lois de la République », et suivant laquelle l'extradition ne doit pas être demandée dans un but politique. Or, la convention en cause ne comportait pas cette exception à l'obligation d'extrader.

¹¹² Cela n'est pas le cas du droit communautaire dont le souci de l'unité prime et dont le juge communautaire veille à ne pas laisser sa portée à la dépendance des États membres. Il y a ainsi une obligation faite aux juridictions supérieures de procéder à un renvoi préjudiciel à la cour de justice de la communauté au sein de laquelle est inséré l'État lorsqu'elles sont confrontées à une question d'interprétation du droit communautaire. Voir l'abondante jurisprudence de la CJCE en la matière : *Van Gend en Loos*, CJCE 5 février 1963, affaire 26/62 ; *Costa c. Enel* CJCE 15 juillet 1964, affaire 6/64 ; *Simmmenthal* CJCE 9 septembre 1978, affaire 70/77, etc. Cependant, même dans ce cas, c'est le

dont il est seul à déterminer le sens de l'usage et la portée. Seulement, face à une règle de droit international, il a tendance à perdre son indépendance vis-à-vis de l'exécutif au profit d'une interprétation conciliatrice avec les règles internes.

Invoqué devant le juge national, le moyen de droit international l'oblige aussi à bien mesurer le pouvoir de chaque organe de l'État en matière d'application du droit international, mais aussi lui impose un devoir de justification plus important. Il doit ainsi définir à la fois sa position par rapport au législateur et par rapport à l'exécutif. En ce sens, il est obligé de vérifier dans le moyen invoqué, les limitations à la liberté politique des pouvoirs publics, car même si la disposition conventionnelle en cause est directement applicable, il est difficile de déterminer avec certitude quelles sont les obligations contraignantes qui en découlent. Cela nécessite un activisme de la part du juge, ce qui ne l'exempte pas de la recherche de l'équilibre, car il doit définir correctement les rôles des pouvoirs législatif et exécutif pour mieux jouer le sien. En effet, au cours de l'interprétation du droit international, les juridictions nationales font preuve d'une autolimitation qui met en exergue le réflexe de prudence qu'elles affichent par rapport à la façon dont elles appréhendent leurs rapports avec l'exécutif et le législatif, mais aussi les rapports entre leur État et la société internationale¹¹³. Le réflexe du juge national est alors d'inscrire tout naturellement son raisonnement dans le canevas fourni par son propre ordre juridique qui, d'ailleurs, fonde sa compétence. Il en est ainsi parce que le juge national est d'abord une institution étatique, créé par l'ordre juridique interne, dont la constitution, à l'égard de laquelle il doit faire preuve d'allégeance. En fait, les juridictions nationales ne sont habilitées à juger que sur la base de la législation interne, et particulièrement de la constitution, avec un raisonnement fondé sur le droit interne et non sur le droit international. La constitution constitue alors « un intermédiaire nécessaire entre lui [le juge interne] et les normes internationales »¹¹⁴. La délicatesse de la position du juge dans l'ordre juridique interne le pousse à tirer des conclusions de son ordre juridique plutôt que du droit international.

Il y a donc une transmutation du droit international lorsque le juge national procède à son interprétation, car il le fait suivant les mécanismes et méthodes d'interprétation de l'ordre juridique interne et non en respectant, par exemple, les règles générales d'interprétation indiquées dans les articles 31, 32 et 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Par cette interprétation, quelle que soit la nature de la règle en cause, le droit international ou communautaire se trouve

juge interne qui décide sur la question de savoir si la disposition en question est claire ou si elle nécessite une interprétation préalable.

¹¹³ À cet égard, voir *Constitution du Cameroun*, *supra* note 23. Le peuple camerounais est « jaloux de l'indépendance de la patrie camerounaise chèrement acquise et résolu à préserver cette indépendance », préambule, al. 2.

¹¹⁴ Voir Serge Sur, « Progrès et limites de la réception du droit international en droit français » dans Rafâa Ben Achour et Slim Laghmani, dir., *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, 227 à la p. 235. Pour parvenir à une extinction définitive du dualisme, il faudrait d'abord une extinction de la constitution, ce qui n'est logiquement pas possible tant que l'État existe comme entité juridique. En effet, le pont entre les deux ordres juridiques reste et demeure la constitution dont le gardien et le garant est le juge constitutionnel. S'il détruit ce pont à travers une interprétation à tendance trop internationaliste, une part importante de son travail et même son existence propre seront menacées.

transformé par le biais de la vision interniste du juge national. En effet, en faisant rentrer le droit international dans l'ordre juridique interne par le biais de la réception constitutionnelle et de l'interprétation conforme au droit interne, en l'occurrence à l'esprit du constituant, le juge national transforme l'acte international en acte interne¹¹⁵. Ce faisant, il ne se préoccupe pas du rang que devrait occuper le droit international dans la pyramide de l'ordre juridique interne, mais plutôt de son applicabilité. C'est un processus de phagocytose qui commence dès la formulation constitutionnelle des mécanismes de réception du droit international en droit interne et qui se poursuit au prétoire du juge qui est d'abord le garant de l'ordre juridique interne.

Il en est ainsi particulièrement en matière de la garantie des droits fondamentaux de la personne humaine. En effet, si le juge national parvient à protéger les droits de l'homme, ce n'est généralement pas sur la base des instruments internationaux qui proclament ces droits. La Cour constitutionnelle béninoise, très active dans le domaine de protection des droits de l'homme, n'échappe pas à cette remarque. Dans sa décision du 4 février 1999, sans invoquer explicitement la *Convention contre la torture*, cette cour a considéré que « les traitements cruels, inhumains et dégradants s'apprécient non seulement en fonction de leur effet sur l'état physique ou mental de l'individu, mais également au regard de leur durée, de leur caractère délibéré et des circonstances dans lesquelles ils ont été infligés »¹¹⁶. Dès avant cette décision, ce juge estimait que le non respect de la dignité humaine interdit « l'usage de la contrainte, des pressions, et de tous actes de violence caractérisés, provoquant chez la victime des souffrances physiques ou mentales, ou aboutissant à une désintégration de sa personnalité ou l'anéantissement de sa volonté »¹¹⁷. Dans cette même lancée, la première chambre de droit traditionnel de la cour d'appel de Cotonou a fait droit à la demande des appelantes qui avaient été écartées du partage successoral par application du « droit coutumier de Dahomey »¹¹⁸, qui exclut la femme de la succession des immeubles¹¹⁹, sur la base des « textes en vigueur », sans se référer explicitement à la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*¹²⁰ (CEDEF). Il en est de même du juge des affaires matrimoniales béninois qui motive presque invariablement ses décisions sur la garde des enfants par « l'intérêt supérieur de l'enfant », ou encore « la sécurité et l'épanouissement de l'enfant », sans viser aucun texte précis¹²¹. Le juge administratif

¹¹⁵ Denis Alland, « Le juge français et le droit d'origine internationale » dans *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris, Panthéon-Assas, 2001, 47.

¹¹⁶ Cour constitutionnelle (Bénin), 4 février 1999, Décision no. DCC 99-011.

¹¹⁷ *Ibid.* Voir aussi Cour constitutionnelle (Bénin), 5 août 1998, Décision no. DCC 98-065.

¹¹⁸ Firmin Médénouvo, *Coutumier du Dahomey*, Tilières-sur-Avre, Présence béninoise, 2004.

¹¹⁹ *Ibid.*, point 256 : « le mode de répartition des biens particuliers varie avec les coutumes, la règle générale est que seuls héritent les descendants mâles du défunt (les filles héritent toujours des pagnes, parures et ustensiles de ménage) ».

¹²⁰ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981). Voir C.A. Cotonou, ch. droit traditionnel (Bénin), 14 décembre 2001, Arrêt no. 106/2001.

¹²¹ Voir *Jugements n° 102 du 24 octobre 2001 ; n° 077 du 04 juillet 2001 ; 182/97 du 18 novembre 1997 ; n°007 du 21 janvier 1998.*

du Bénin ne déroge pas à cette règle puisqu'il invoque couramment la violation des « droits fondamentaux de la personne », des « droits de la défense » ou du « principe d'égalité des citoyens devant la loi » sans jamais rattacher ces motifs à des normes conventionnelles internationales¹²². S'il faut apprécier la garantie des droits fondamentaux de la personne par le juge interne, il faut tout de même déplorer le fait qu'il ne s'appuie pas sur des textes juridiques applicables, en l'occurrence les conventions internationales relatives à la protection des droits fondamentaux en cause dans le procès. C'est pourquoi les formules utilisées ici et là sont vagues, sans fondements juridiques et peuvent dans certains cas apparaître comme arbitraires et constituer des sources d'insécurité pour le justiciable. La garantie des droits humains par les juridictions nationales paraît dans ces cas comme aléatoire, même si ces dernières parviennent à sauvegarder lesdits droits dans certains cas en invoquant des textes ou principes parallèles. Il s'agit là d'une fâcheuse habitude qui, au lieu d'amener à constater des progrès, laisse plutôt perplexe. Le juge constitutionnel de ce pays ne rompt pas curieusement avec cette habitude, car sans se référer à une quelconque convention internationale, il est parvenu à fixer les critères d'appréciation du délai raisonnable en déclarant que « le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause, la complexité et la multiplicité des procédures, le comportement du requérant et celui des autorités juridictionnelles »¹²³. Ces critères auraient pu être judicieusement exploités dans d'autres cas par d'autres juridictions si le juge s'était appuyé par exemple sur l'article 7(1)(d) de la *CADHP* qui impose aux juridictions nationales de statuer dans un délai raisonnable et d'être impartiales.

C. La force du réflexe protectionniste à l'égard de l'ordre juridique interne

Dans l'interprétation qu'elles font des règles de droit international, les juridictions nationales cherchent le plus souvent à ne pas entrer en contradiction avec l'exécutif afin de préserver l'unité de l'ordre juridique interne. Il y a une certaine convergence en ce qui concerne l'interprétation du droit international par les juridictions nationales¹²⁴. Les juridictions nationales s'érigent rarement en agents directs d'exécution des traités internationaux et ne se départissent que difficilement des considérations internes¹²⁵. En effet, bien que reconnaissant la faculté pour les

¹²² Voir *Arrêts n° 48/ CA du 17 juin 1999 et ADD du 18 février 1999* Recueil des arrêts, 1999, p. 176.

¹²³ Cour constitutionnelle (Bénin), 28 août 2003, Décision no. DCC 03-119; Cour constitutionnel (Bénin), 11 novembre 2003, Décision no. DCC 03-167.

¹²⁴ En effet, même aux États-Unis, où l'indépendance judiciaire est profondément enracinée et permanemment défendue, les juges, bien que compétents pour interpréter les traités, prennent généralement en compte, et cela de façon conforme, les avis de l'*Executive Branch*. Voir *Restatement (Third), The Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute, Vol.2, 1986 au para. 326 : « The president authority to determine the interpretation of an international agreement to be asserted by the United States in its relations with other states; Courts in the United States have final authority to interpret an international agreement for purposes of applying it as law in the United States, but will give great weight to an interpretation made by the executive branch ».

¹²⁵ Voir Daillier et Pellet, *supra* note 71 à la p. 252 : « selon une pratique traditionnelle observée dans la plupart des États, les juridictions nationales s'imposent souvent une certaine retenue à l'égard [de l'interprétation du droit international] et vont même jusqu'à s'interdire d'interpréter le traité et à se

individus de se prévaloir des droits conférés par les actes internationaux, un juge interne ne proclame pas la supériorité de ce droit par rapport à sa législation. En droit communautaire, c'est le système de renvoi préjudiciel qui permet au juge communautaire d'assurer cette primauté du droit communautaire sur le droit interne, le juge national préférant esquiver la question.

Les juridictions nationales interprètent très souvent les règles de droit international de façon à pouvoir concilier lesdites règles et les lois internes. La cour suprême béninoise a procédé à une lecture compatible de certains instruments internationaux de protection des droits de l'homme avec la législation interne de son pays en ce qui concerne la peine de mort¹²⁶. En effet, pour contester la peine capitale à laquelle l'avait condamné la cour d'assises, le demandeur au pourvoi, par l'intermédiaire de ses conseils, invoquait « la violation des droits de l'[h]omme et de la personne humaine », en fondant son argumentation d'une part sur l'article 3 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹²⁷ et, d'autre part, sur l'article 6 du *PIDCP* qui, selon lui, a aboli la peine de mort. Le juge a rejeté ce moyen :

L'article 6, en prescrivant que "nul ne peut être arbitrairement privé de la vie", admet par là même la possibilité d'une privation du droit à la vie, mais à condition que cette privation ne soit pas arbitraire, c'est-à-dire fondée sur la loi et ne soit le fait d'une juridiction compétente [...], que dans le cas d'espèce, la peine de mort a été prononcée par une juridiction légalement constituée, compétente et en vertu des dispositions de l'article 38 du code pénal, au cours d'un procès où les garanties essentielles d'une bonne administration de la justice ont été respectées [...], qu'il s'ensuit que le moyen tiré de la violation des droits de l'homme et de la personne humaine doit être rejeté.¹²⁸

Il est difficile de dire dans ce cas qu'il y a primauté du droit international, car l'interprétation conciliatrice des dispositions d'un traité avec la loi va difficilement dans le sens du respect du droit international. Le juge civil camerounais est allé dans le même sens dans l'affaire *Mairamou Oumarou*¹²⁹, concernant une tentative de mariage forcé en déclarant notamment que :

Attendu que le mariage forcé est une des pratiques traditionnelles négatives dénoncées par la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant* en son article 21; qu'il est assimilable aux mauvais traitements visés à

retrancher derrière la position du ministre des Affaires étrangères, saisi à titre préjudiciel ».

¹²⁶ C.S., ch. judiciaire (Bénin), 1998, Arrêt no. 34/CJ-P/98-09/CJP (Bénin, 34/CJ-P/98-09/CJP).

¹²⁷ Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., Doc. NU. A/810 (1948).

¹²⁸ Bénin, 34/CJ-P/98-09/CJP, *supra* note 126. Voir contra *Makwanyane*, *supra* note 62. Dans cette affaire, le juge constitutionnel sud-africain a consacré de longs développements au caractère cruel, inhumain et dégradant de la peine de mort en se référant à plusieurs instruments juridiques internationaux, dont le *PIDCP* auquel l'Afrique du Sud est partie, mais qui n'interdit pas explicitement la peine de mort, et la *Convention européenne des droits de l'homme*, pour conclure à l'inconstitutionnalité de la peine de mort en Afrique du Sud – en l'occurrence la non-conformité de l'article 277(1)(a) du Code de procédure criminelle de 1977, alors en vigueur (Le Code de procédure pénale est contenue dans la loi 51 de 1977 tel que modifié par la loi 135 de 1991). Tout est donc fonction de la vision du juge et de l'état de la législation interne sur une question consacrée par les conventions internationales.

¹²⁹ Trib. 1^{er} inst. Ngaoundéré (Cameroun), 12 mai 2003, *Mairamou Oumarou*, Jugement no. 404/cor.

l'article 19(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*; que par ailleurs l'article 356 du Code pénal camerounais est conforme aux dispositions de l'article 16.1(b) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* aux termes desquels les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer le droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement.¹³⁰

En déclarant conforme à la *CEDEF* les dispositions du Code pénal camerounais¹³¹, ce juge a procédé juste à une lecture conciliatrice des dispositions convoquées. Il en serait autrement s'il s'était agi d'une contrariété entre les deux textes. Ce qui est curieux, c'est la convocation de la *CADHP* par le juge. Il ne justifie pas cette référence et procède à la vérification directe de la conformité du code pénal camerounais à la *CEDEF*. Ce réflexe protectionniste à l'égard du droit national est également perceptible au niveau de l'affirmation d'une compatibilité indéfectible de la constitution au droit communautaire. À cet égard, le juge camerounais a déclaré :

Qu'il en découle que [...] la procédure de prise de possession n'a plus droit de cité dans l'espace OHADA [...] qu'il ne saurait en être autrement dès lors que l'article 45 de la constitution épouse l'article 10 du traité OHADA pour affirmer la suprématie du droit communautaire sur le droit national exprimé par les lois nationales et les pratiques prétoriennes. [...] Tout juge national saisi dans le cadre de sa compétence a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure.¹³²

Cette ordonnance de référé, preuve d'une hardiesse plutôt rare de la part du juge national, épouse encore une lecture compatible de la constitution nationale au droit communautaire. Par conséquent, le juge interne considère le droit communautaire comme gardant son rang *infra* constitutionnel, ce qui lui permet de mieux développer sa stratégie de défense de l'ordre juridique national. Il lui aurait été difficile de faire une telle lecture du droit communautaire dans l'hypothèse de son inconstitutionnalité.

Le juge protège également la législation nationale contre les empiètements des actes internationaux contraires. À cet égard, la décision du juge constitutionnel ivoirien relative à la conformité de la *Résolution 1721* du Conseil de sécurité des Nations unies sur la crise ivoirienne, à la *Constitution de la République de la Côte d'Ivoire*, est illustrative¹³³. Dans cette affaire, le juge était saisi par le président de la République qui, dénonçant la violation de la Constitution ivoirienne par le préambule ainsi que les dispositions des paragraphes 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15 et 22 de la *Résolution 1721*, déclarait notamment dans sa requête :

l'application intégrale de la résolution créerait à la place du régime

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Loi No. 65-LF-24 du 12 novembre 1965 et Loi N° 67-LF-1 du 12 juin 1967.

¹³² Trib. 1^{re} inst. Yaoundé (Cameroun), 30 novembre 2000, Ordonnance de référé no. 200/c.

¹³³ Côte d'Ivoire, 19/CC/SG, *supra* note 5.

présidentiel ivoirien, un régime politique ne se rattachant à aucun modèle connu [...] alors qu'aucune disposition de la *Charte des Nations Unies*, fondement juridique des décisions ou résolutions, n'autorise les organes de l'organisation, y compris le conseil de sécurité, même agissant en vertu du Chapitre VII de la *Charte*, à attenter à la constitution, aux institutions, à l'organisation politique et sociale, au régime politique d'un État membre de cette organisation.¹³⁴

À la lecture de la résolution en question, il apparaissait nettement que le Conseil de sécurité avait procédé à un coup d'État juridique en Côte d'Ivoire, allant jusqu'à mettre en berne les compétences du conseil constitutionnel en matière électorale. Ayant la parfaite maîtrise de la législation nationale, en particulier de la constitution dont il est le garant, le juge constitutionnel ivoirien a conclu sans ambages qu'« au regard de tout ce qui précède, tous les réaménagements aux attributions constitutionnelles du Président de la République de l'Assemblée nationale du conseil constitutionnel et de la commission électorale indépendante ont été faites en violation de la constitution ivoirienne »¹³⁵. Cette décision, qui montrait bien les limites des organes des organisations internationales – en particulier du Conseil de sécurité des Nations unies – dans les affaires internes des États, constitue à coup sûr le point de départ d'une vague de décisions juridictionnelles internes sur le droit international. Seulement, si le juge constitutionnel ivoirien a fait preuve de courage face à l'ingérence juridique et même politique du Conseil de sécurité dans l'ordre interne ivoirien, il est difficile qu'il en soit ainsi lorsqu'il s'agit d'un moyen tiré d'une source classique du droit international.

Demander aux juges nationaux, garants naturels de l'ordre juridique interne, de respecter et d'appliquer le principe de la primauté du droit international sur le droit interne semble quasi-impossible, à moins que le juge saisi ne veuille inscrire une page de l'Histoire. Il en est ainsi particulièrement lorsque la loi interne et le traité ont un objet identique et qu'il existe une certaine contradiction entre les deux normes. Le juge national procède à une interprétation conforme du droit international par rapport à la législation interne¹³⁶, car il s'agit certainement d'un pan de la politique de son pays vis-à-vis d'une question donnée. Lorsque l'interprétation conciliatrice s'avère impossible, le juge choisit très souvent d'éluder le droit international invoqué au profit d'une législation interne proche ou allant dans le même sens que la norme

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Aux États-Unis d'Amérique, cette conception est fortement enracinée dans la conscience de tout juge. Voir par ex. *Guaranty Trust Co. v. United States*, 304 U.S. 126 (1938) : « partout où cela peut se faire raisonnablement, les termes employés dans un traité sont interprétés comme n'écartant pas les lois des États de l'Union » à la p. 126 (traduction officielle); *Breard v. Greene*, 523 U.S. 371 (1998). Il en est ainsi en général dans les pays ayant hérité du système anglais de la common law, le principe selon lequel le droit international fait partie du droit du pays. Voir par ex. *Rose v. Himelley*, 8 U.S. 241 (1808), Chief of Justice Marshall. Au cours de l'audience, le juge a dit que « [l]e droit des gens fait loi pour tous les tribunaux de la communauté des nations »; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), Chief of Justice Gray : « le droit international [...] fait partie de notre droit et doit être déterminé et appliqué par les tribunaux judiciaires chaque fois que des questions litigieuses sont soumises à leur décision dans les formes requises » à la p. 163. Voir aussi Edwin D. Dickinson, « L'interprétation et l'application du droit international dans les pays anglo-américains » (1932) 40 Rec. des Cours 368.

internationale invoquée. C'en est le cas parce que la plupart des matières traitées dans les conventions internationales sont incluses dans les dispositions législatives ou réglementaires internes à tel point que le droit international s'avère superflu dans certains cas. Les juridictions nationales préfèrent nettement le droit interne plus précis, plus proche d'eux-mêmes et plus maniable à un droit international lointain, trop imprécis et dont le maniement n'est pas aisé. En adoptant cette position, le juge cherche à ne pas empiéter sur les prérogatives des autres pouvoirs¹³⁷. Il faut alors dire que « le chemin paraît devoir être encore long à parcourir dans la voie d'un abandon du nationalisme juridique qu'impliquerait une véritable adhésion au monisme »¹³⁸.

Le moyen de droit international devant les juridictions nationales en Afrique illustre finalement cette « justice à vitesse multiple et à géométrie variable »¹³⁹, une justice qui cherche encore ses traces dans ce siècle de démocratie et des libertés, et dont les longues décennies de dépendance vis-à-vis du législateur et surtout de l'exécutif ont fortement marqué la conception et l'application du droit. Si l'applicabilité du droit international dans les ordres juridiques des États africains ne fait aucun doute, l'application effective de ce droit par un juge est encore problématique et malaisée. Il découle en effet des développements ci-dessus que les juridictions nationales sont encore mal outillées pour procéder à un examen serein et pertinent du moyen de droit international dans un contentieux. L'attitude du juge semble dictée par sa crainte de ne pas interférer dans la conduite de la politique étrangère de son pays et d'affaiblir cette politique en l'absence de la certitude de la réciprocité de la part des autres juridictions nationales, condition explicitement posée par les constitutions des États modernes. En l'absence d'un système juridique cohérent en matière d'introduction et d'application du droit international dans la sphère interne, il résulte des hésitations, des improvisations et l'adoption des solutions assez spontanées dont la caractéristique n'est ni la célérité, ni l'efficacité et encore moins la pertinence: les solutions trouvées ici et là sont plus des échappatoires que des réponses aux problèmes réels qui s'y posent. Elles illustrent la mauvaise connaissance et l'utilisation maladroite du droit international par les juridictions nationales. Pour éviter ces situations qui entraînent inévitablement un chevauchement d'interprétations au sein d'un même ordre juridique, il faudrait envisager un renvoi automatique vers le conseil constitutionnel de tous les procès dans lesquels serait soulevé un moyen de droit international contraire à la constitution¹⁴⁰, mais aussi une

¹³⁷ Voir Paul Reuter et al., *L'application du droit international par le juge français*, Paris, Armand Colin, 1972 à la p. 23 : « la hiérarchie des normes est une chose, la sanction de cette hiérarchie en est une autre, car elle fait intervenir le pouvoir. Nul doute que le traité soit supérieur à la loi [...]. Mais pour sanctionner cette supériorité, il faut avoir reçu compétence à cet effet; il faut, dans l'ordre des institutions, avoir reçu un pouvoir ».

¹³⁸ Boulouis, « Nicolo », *supra* note 86 à la p. 96.

¹³⁹ Kamto, *Charte africaine*, *supra* note 8 à la p. 42.

¹⁴⁰ Voir Ronny Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Paris, Hachette supérieure, 1989 aux pp. 35-36 : « toutes les règles juridiques applicables sur le territoire de l'État procèdent de la constitution, soit qu'elles figurent explicitement ou implicitement dans celle-ci, soit

formation spéciale des juges nationaux et des avocats et conseils au droit international et au droit communautaire¹⁴¹.

Finalement, la primauté du droit international et même l'applicabilité directe de certaines conventions sont des principes qui ne valent que sur le plan international et non sur le plan interne. En effet, « la primauté et l'applicabilité directe des actes internationaux sont des qualités qui résultent elles-mêmes d'une interprétation puisqu'elles ne résultent, à de rarissimes exceptions près, jamais d'une disposition expresse »¹⁴². Il en est ainsi parce que le droit international a du mal à garder son intégrité, voire sa nature au bout du processus d'interprétation judiciaire interne, car même si les États consentissent librement aux règles de droit international – sous réserve des normes relevant du *jus cogens* –, ce consentement « connaît des degrés, des nuances et même des sensibles différences de qualités »¹⁴³. Il y a en définitive trop d'obstacles (à la fois politiques et juridiques) à l'effectivité de tels principes sur le plan interne pour que le juge national abandonne son principe d'organe garant de l'ordre juridique interne pour s'ériger en garant des principes découlant de l'ordre juridique international¹⁴⁴. Il laisse le soin aux juridictions internationales et communautaires de garantir l'effectivité de tels principes et de ses règles au niveau international, l'harmonisation progressive des législations nationales aux normes internationales amenant les juridictions nationales à leur préférer le droit interne. Il faut encore du temps pour que les juridictions nationales africaines appliquent de façon automatique le droit international lorsqu'il entre en concurrence avec le droit interne.

qu'elles sont contenues dans des actes édictés suivant les procédures et conformément aux règles de compétence prévues par la constitution : conventions internationales, lois et règlement. La suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne est donc (aussi longtemps que la société internationale sera fondée sur le fait politique de la souveraineté des États) une vérité première et incontournable ».

¹⁴¹ Au Cameroun, par exemple, l'École nationale d'administration et de magistrature (ENAM), qui forme les magistrats, ne dispose pas, dans le programme général de la formation en cycle de magistrature, de cours spécialisés ni en droit international public, ni en droit communautaire, ce qui est déplorable dans le contexte de mondialisation. En dehors de quelques connaissances générales acquises par les élèves qui y sont formés dans les universités d'États, ils sortent de cette école mal outillés en matière d'application et d'interprétation du droit international. On ne saurait donc attendre de ces magistrats, dont la formation continue n'est pas très souvent assurée, un maniement adéquat du droit international dans un contexte de mondialisation, ce qui est tout simplement déplorable au regard de l'emprise actuelle du droit international sur les législations nationales.

¹⁴² Alland, *Droit international public*, *supra* note 29 à la p. 363.

¹⁴³ Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983 à la p. 107.

¹⁴⁴ Déjà, il n'existe pas une autorité au-dessus des États et capable de contrôler l'uniformité des pratiques et la fidélité au contenu du droit international pour en garantir l'intégrité dans tous les États. Voir *ibid.* à la p. 106 : « les États ont conservé pour eux les fonctions de contrôle de l'interprétation et de l'application de la règle juridique ».