Document generated on 07/18/2025 8:10 p.m.

Revue générale de droit

L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law

Claude Emanuelli

Volume 37, Number 2, 2007

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1027084ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1027084ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Emanuelli, C. (2007). L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law. *Revue générale de droit*, *37*(2), 269–299. https://doi.org/10.7202/1027084ar

Article abstract

The notion that Civil Law countries are monist, while Common Law countries are dualist is challenged in this study. It looks at the application of treaties and of European Community Law in States belonging to either system. In each State, the solutions depend on particular factors. However, in all cases, national judges often hesitate to apply rules of international law, even within the framework of the European Union. This being said, domestic solutions cannot simply be explained on the basis of the legal system in which they are adopted. Indeed, when it comes to the application of treaties within their legal order, some Civil Law countries are dualist.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

DOCTRINE

L'application des traités internationaux et des règles dérivées dans les pays de droit civil et de common law

CLAUDE EMANUELLI
Professeur à la Faculté de droit, Section de droit civil,
Université d'Ottawa, Ottawa

RÉSUMÉ

L'idée voulant que les pays de tradition romano-germanique soient monistes, alors que les pays anglo-saxons sont dualistes est remise en cause dans la présente étude. Celle-ci envisage l'application des traités internationaux et des actes communautaires dans l'ordre juridique d'États appartenant à chacune des deux grandes familles du droit. Elle constate que des facteurs particuliers influencent les solutions retenues par chaque État. Cela dit, les juges nationaux hésitent à appliquer sans réserve le droit international, même dans un cadre communautaire. Toutefois, les solutions adoptées ne sont pas simplement systémiques. Ainsi, certains États de tradition romano-germanique ne donnent pas

ABSTRACT

The notion that Civil Law countries are monist, while Common Law countries are dualist is challenged in this study. It looks at the application of treaties and of European Community Law in States belonging to either system. In each State, the solutions depend on particular factors. However, in all cases, national judges often hesitate to apply rules of international law, even within the framework of the European Union. This being said, domestic solutions cannot simply be explained on the basis of the legal system in which they are adopted. Indeed, when it comes to the application of treaties within their legal order, some Civil Law countries are dualist.

(2007) 37 *R.G.D.* 269-299

une application directe aux traités internationaux.

Mots-clés : *Traités internationaux — Droit communautaire — Droit interne — Monisme — Dualisme*

Keywords : *International Treaties — European Community Law — Domestic Law — Monism — Dualism*

SOMMAIRE

Introduction 270

A) Les solutions générales 271

1. Les théories monistes et dualistes 271
2. La position des constitutions nationales 274

a) Les constitutions monistes 275
b) Les constitutions dualistes 277

B) Les solutions particulières 278

1. Aspects généraux 278
2. Comparaison des solutions canadiennes et françaises 283

a) Les solutions françaises 283
b) Les solutions canadiennes 286

C) Le cas à part du droit communautaire 290

1. L'effet direct du droit communautaire 291
2. La primauté du droit communautaire 292

Conclusions 295

INTRODUCTION

1. Le sujet n'est pas nouveau mais il est toujours d'actualité. En effet, en ce début de 21e siècle, la plupart des activités humaines sont régies tant par le droit international que par le droit interne. Ce chevauchement des règles applicables met naturellement en cause les rapports de ces deux ordres juridiques. L'accroissement constant des relations internationales

amène d'ailleurs à reconsidérer les solutions régissant ces rapports ainsi que les principes qui les sous-tendent.

2. Ainsi, le sujet sous étude pose les questions suivantes : un traité international peut-il produire des effets immédiats dans l'ordre juridique des parties contractantes? Si oui, à quelles conditions? Quelle est la place des traités internationaux et de leurs actes dérivés dans l'ordonnancement juridique des États concernés? Les réponses à ces questions varient-elles radicalement suivant qu'on les pose dans un pays dit civiliste ou dans un pays dit de common law? Sont-elles influencées par d'autres facteurs? L'évolution des relations internationales a-t-elle un impact sur ces questions? La présente étude tentera de répondre à ces questions selon une approche comparative.

3. Traditionnellement, les questions relatives aux rapports du droit international et du droit interne divisent la doctrine et trouvent des réponses qui varient selon les États. Sur le plan théorique, deux conceptions s'affrontent : la conception moniste, d'une part, la conception dualiste, de l'autre. Dans le droit constitutionnel des États, la première paraît l'emporter. La jurisprudence des tribunaux nationaux est plus nuancée, sans refléter une différence marquée entre pays de droit civil et pays de common law. Par ailleurs, dans le contexte de l'Union européenne, les solutions nationales relatives à l'application des traités et des actes dérivés sont plus uniformes. Toutefois, des différences subsistent.

A) LES SOLUTIONS GÉNÉRALES

4. Elles se trouvent dans les théories monistes et dualistes et dans leurs applications constitutionnelles.

1. LES THÉORIES MONISTES ET DUALISTES[1]

5. Selon les théories monistes des rapports du droit international et du droit interne, les deux systèmes ne font qu'un.

1. *Cf.* Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1995, nos 410 et suiv.; Ivan Anthony SHEARER, *Starke's International Law*, 11e éd., London, Butterworths, 1994, p. 63 et suiv.; Claude EMANUELLI, *Droit international public*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2004, nos 181 et suiv.

Ils appartiennent à un même ensemble juridique. En conséquence, le droit international (écrit et non écrit) profite d'une application immédiate dans le droit interne des États. Cela dit, en cas de conflit entre le droit international et le droit interne, l'approche moniste se scinde en deux : le monisme avec prépondérance du droit international prône la primauté de celui-ci; le monisme avec primauté du droit interne favorise ce dernier.

6. En revanche, selon la conception dualiste, le droit international et le droit interne sont des systèmes juridiques distincts qui suivent des trajectoires parallèles. En conséquence, ils ne se rencontrent pas. Ainsi, le droit international ne peut produire d'effets dans l'ordre juridique interne des États que s'il y est introduit formellement par une loi, un règlement d'application ou, à la rigueur, un précédent provenant d'un tribunal supérieur.

7. Cette condition doit être distinguée de celle voulant que la ratification d'un traité soit approuvée par un ou des organes législatifs nationaux dans les systèmes politiques où ces organes participent à la conclusion des traités. La première concerne l'application, et parfois la mise en œuvre, d'un traité dans l'ordre juridique interne des États parties. Elle peut être remplie après la conclusion du traité mais aussi avant[2]. La seconde se confond avec la conclusion du traité : en France, aux États-Unis, par exemple. La distinction peut conduire à l'adoption de lois visant chaque condition. Cependant, on constate aussi que les deux conditions sont parfois remplies par une seule et même loi, ce qui crée une certaine confusion[3].

8. Les théories monistes et dualistes s'inspirent de philosophies différentes sur les fondements du droit en général et du droit international en particulier. Ainsi, la conception moniste avec prépondérance du droit international puise sa source dans la doctrine du droit naturel, mais peut aussi

2. En Suisse, par exemple, *cf. Déclaration du Conseil fédéral du 09.12.1996*, Curia Vista — Objets parlementaires — 96.3482, [En ligne]. http ://search.parlament.ch/f/cv-geschaefte?gesch-id=19963482.

3. En Allemagne, en Belgique, au Luxembourg, par exemple.

s'expliquer en fonction de la doctrine solidariste de G. Scelle[4] et de la doctrine formelle de H. Kelsen[5], A. Verdross[6], etc.

9. En revanche la théorie moniste avec prépondérance du droit interne et la théorie dualiste sont fondées dans le volontarisme juridique. Ainsi, selon la conception moniste avec prépondérance du droit interne, défendue entre autres par A. Décencière-Ferrandière[7], le droit international n'est qu'une projection du droit interne[8]. De leur côté, les auteurs dualistes (H. Triepel[9], D. Anzilotti[10]) expliquent que le droit international et le droit interne diffèrent quant à leurs sources, leurs sujets, quant aux rapports juridiques qu'ils engendrent, etc. Quelle que soit la philosophie sous-jacente, la théorie moniste reflète une vision universaliste des rapports du droit international et du droit interne, tandis que la théorie dualiste est empreinte du principe de la territorialité des lois. Par ailleurs, en pratique, aucune des deux approches n'est satisfaisante en soi. L'ordre juridique international et l'ordre juridique interne sont distincts à bien des égards mais ils se complètent. Ainsi, le droit national des États contribue à l'élaboration des règles du droit international et vice versa. Cela dit, dans l'ordre juridique international, les rapports du droit international et du droit interne dépendent du premier et, sans surprise, la jurisprudence internationale favorise le

4. Georges SCELLE, *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, 1932.

5. Hans KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international », (1926) 14 *R.C.A.D.I.* 231.

6. Alfred VERDROSS, « Le fondement du droit international », (1927) 16 *R.C.A.D.I.* 287.

7. Voir André DÉCENCIÈRE-FERRANDIÈRE, « Considérations sur le droit international dans ses rapports avec le droit de l'État », (1933) 40 *R.G.D.I.P.* 45. Cette théorie est basée sur la notion d'autolimitation de l'État de Goerg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3e éd., Berlin, Julius Springer Verlag, 1914.

8. Ainsi, la formule « International Law is part of the Law of the Land » peut s'expliquer par la position dominante de la Grande-Bretagne au 18e siècle, quand ses tribunaux l'ont élaborée : le droit international était d'autant plus facile à appliquer qu'il était largement élaboré par la pratique britannique.

9. Heinrich TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », (1923) 1 *R.C.A.D.I.* 77.

10. Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Librairie du Recueil, Sirey, 1929, 534 pages.

droit international en cas de conflit[11]. En revanche, dans l'ordre juridique interne, les rapports du droit international et du droit interne dépendent du droit constitutionnel étatique. Dans l'ensemble, celui-ci est également favorable au droit international.

2. LA POSITION DES CONSTITUTIONS NATIONALES[12]

10. La plupart des constitutions nationales affichent une position moniste en des termes plus ou moins précis, mais il y a des exceptions. Leur perspective traduit l'influence de facteurs divers : l'histoire[13], la géographie[14], la tradition juridique[15], la doctrine d'auteurs éminents[16], le système politique[17], etc.

---

11. *Cf. Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, avis consultatif, ordonnance du 9 mars 1988, (1988) C.I.J. Rec. 3, p. 34; *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, (1952) C.I.J. Rec. 176, p. 202; *Affaire des communautés gréco-bulgares*, (1930) C.P.J.I. Rec., Série A/B, n° 3, p. 13; *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, (1932) C.P.J.I. Rec., Série A/B, n° 46, p. 167; *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, fond, (1926) C.P.J.I. Rec., Série A, n° 7, p. 19, etc. Voir aussi l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969), Doc. N.U. A/Conf. 33/27 (1969).

12. Le texte des constitutions nationales vues ci-dessous se trouve [En ligne]. iep.univ-lyon2.fr/Ressources/Liens/sliens.html? th = 15. Pour le texte des constitutions européennes, on peut aussi consulter [En ligne]. www.eurolibe.eu. Sur la question sous étude, *cf.* également : « Droit communautaire dérivé et droit constitutionnel », Fiches nationales synthétiques, (1997) 4 *Cahiers du Conseil constitutionnel* [En ligne]. www.conseil-constitutionnel.fr/cahirs/ccc4/ccc45fich.htm.

13. En ce qui concerne les pays du Benelux, par exemple. *Cf.* Etienne GRASS, « Constitution et droit international : Belgique, Luxembourg, Pays-Bas », [En ligne]. http ://membres.lycos.fr/cyberbobline/l.html. En France, le principe énoncé à l'article 55 de la Constitution a été élaboré par les tribunaux à l'époque de la troisième République : *cf.* Dominique CARREAU, *Droit international*, 6e éd., Études internationales, Paris, Pédone, 1999, n° 1192. Au Canada, l'héritage britannique est important.

14. En ce qui concerne le Luxembourg et dans une certaine mesure la Belgique, sur l'exiguïté de leur territoire, *cf.* E. GRASS, *loc. cit.*, note 13.

15. En ce qui concerne la Grande-Bretagne, son isolement juridique traditionnel. Aussi, selon Rosalyn HIGGINS la culture juridique britannique ne favorise pas l'application du droit international par les tribunaux : *Problems and Process : International Law and How We Use It*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 207.

16. H. Triepel en Allemagne, D. Anzilotti en Italie, G. Scelle en France, H. Kelsen en Autriche, etc.

17. Dans les pays fédéraux comme le Canada, où le pouvoir de conclure des traités relève uniquement de l'exécutif fédéral alors que leur mise en œuvre dépend du partage des compétences législatives entre les autorités centrales et les autorités

a) Les constitutions monistes

11. Certaines constitutions proclament leur adhésion au droit international. C'est le cas de la Constitution française de 1946[18] dont le préambule se retrouve dans la Constitution de 1958[19]. Il énonce :

> La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.

12. Dans des termes ressemblants, les constitutions italienne[20] (art. 10) et grecque (art. 2(2)) expriment la même position.

13. D'autres constitutions suivent une voie similaire, en des termes parfois ambigus. Ainsi, la Constitution japonaise dispose que « [l]es traités conclus par le Japon et le droit international établi doivent être scrupuleusement observés » (art. 98(2)). Pour sa part, la nouvelle Constitution hongroise prévoit que la république adoptera les règles du droit international et maintiendra des rapports harmonieux entre les deux systèmes juridiques[21].

14. Plus engagées, certaines constitutions ne se contentent pas d'affirmer leur attachement général au droit international; elles précisent que celui-ci fait partie de leur droit interne. Ainsi, selon la formule élaborée par les tribunaux britanniques au 18^{e} siècle et systématisée par Blackstone en 1809 :

> International law is part of the Law of the land.

---

fédérées, le dualisme convient mieux que le monisme. La situation peut être différente dans un État fédéral où les pouvoirs de conclure des traités et de les mettre en œuvre sont partagés entre les autorités fédérales et les autorités fédérées selon un parallélisme parfait. De même, le dualisme paraît mieux convenir dans un État où le pouvoir de conclure des traités relève seulement du pouvoir exécutif. L'intervention des organes législatifs, si elle est requise pour que le traité produise des effets dans le droit interne, permet de corriger en partie leur absence de participation au processus de conclusion : *cf.* John Howard JACKSON, « Status of Treaties in Domestic Legal Systems : A Policy Analysis », (1992) 86 *A.J.I.L.* 310.

18. *Cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n° 125.

19. *Id.*, no 126 et suiv.; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n^{os} 417 et suiv.

20. *Cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n° 130.

21. Voir Vladlen Stepanovich VERESHCHETIN, « New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law », (1996) *Journal européen de droit international* 29, 34 et suiv.

15. Cette formule, qui a une portée constitutionnelle[22], s'applique aussi dans les autres pays anglo-saxons et notamment au Canada[23].

16. À son tour, l'article 9(1) de la Constitution autrichienne affirme que « [l]es règles généralement reconnues du droit international public sont considérées comme partie intégrante du droit fédéral ».

17. La même affirmation se retrouve à l'article 25 de la Loi fondamentale allemande. On y ajoute que les règles générales du droit international « priment les lois et font naître directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral »[24].

18. Pour leur part, les constitutions de plusieurs États issus de la désintégration de l'ex-URSS reconnaissent que les règles coutumières internationales font partie intégrante de leur droit interne. Elles peuvent même être supérieures à celui-ci[25].

19. Par ailleurs, certaines constitutions écrites indiquent que les traités régulièrement conclus par leurs autorités nationales font partie intégrante de l'ordre juridique interne dès leur publication. C'est le cas des constitutions espagnole (art. 96) et portugaise (art. 8(2)). Pour sa part, l'article 55 de la Constitution française de 1958 dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois ». Les articles 93 et 94 de la Constitution néerlandaise conduisent à un résultat plus audacieux puisqu'ils consacrent la primauté du droit international sur la Constitution[26].

---

22. *Cf.* I. A. SHEARER, *op. cit.*, note 1, p. 77.

23. *Cf.* I. A. SHEARER, *op. cit.*, note 1, p. 68 et suiv.; C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 1, n^{os} 919 et suiv.

24. *Cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^{o} 131.

25. *Cf.* V. S. VERESHCHETIN, *loc. cit.*, note 21; Gennadii Mikhailovich DANILENKO, «The New Russian Constitution and International Law», (1994) 88 *American Journal of International Law* 451.

26. *Cf.* E. GRASS, *loc. cit.*, note 13.

20. De même, l'article VI de la Constitution des États-Unis prévoit[27] :

> [a]ll Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land and the Judges in every State shall be bound thereby, any thing in the constitution or Laws of any State to the contrary notwithstanding.

21. En Suisse, la conception moniste fait partie du droit constitutionnel non écrit. Ainsi, un traité international conclu par la Suisse fait partie intégrante de son ordre juridique dès son entrée en vigueur pour la Suisse[28].

22. En revanche, certaines constitutions, moins nombreuses il est vrai, soumettent l'application du droit international dans leur droit interne à une procédure de réception formelle.

b) Les constitutions dualistes

23. Elles concernent des pays de tradition civiliste comme des pays anglo-saxons.

24. Ainsi, selon l'article 29(6) de la Constitution irlandaise :

> No international agreement shall be part of the domestic law of the State save as may be determined by the Oireachtas (le parlement national).

25. Dans le même esprit, l'article 95 de la Constitution finlandaise indique que :

> Les dispositions d'ordre législatif d'un traité ou de toute autre obligation internationale sont mises en application par une loi. En ce qui concerne les autres dispositions, les obligations internationales sont mises en application par un décret pris par le président de la République.

26. Plus nuancé, l'article 50 de la Constitution autrichienne dispose que les traités politiques, les autres traités qui modifient ou complètent une loi et qui ne relèvent pas de la

---

27. *Cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n[os] 141 et suiv.; I. A. SHEARER, *op. cit.*, note 1, p. 74 et suiv.

28. *Cf. Déclaration du Conseil fédéral...*, *supra*, note 2.

compétence des Laender ne peuvent être conclus qu'avec l'approbation du Conseil national. À l'occasion de son approbation, le Conseil peut décider que le traité doit être mis en œuvre par une loi.

27. Par ailleurs, certaines constitutions en apparence monistes ont, en pratique, donné lieu à des solutions jurisprudentielles inspirées par le dualisme.

B) Les solutions particulières

28. Elles résultent de la jurisprudence des tribunaux nationaux. Ici, la tendance est souvent plus réservée à l'égard du monisme, tant dans les pays de tradition civiliste que dans les pays anglo-saxons. La tendance générale est toutefois favorable au droit international, comme le montrent les exemples français et canadiens.

1. Aspects généraux

29. Dans les pays civilistes, comme dans ceux de common law[29], le juge national semble hésiter sur la façon de traiter le droit international. L'existence dans la plupart des pays civilistes d'une constitution écrite favorable au monisme avec prépondérance du droit international n'y change rien[30]. L'explication tient sans doute au fait que le constituant prend une position de principe dans l'abstrait, alors que le juge national adopte des solutions pratiques dans un cadre concret. En règle générale, ces solutions lui sont dictées par son droit national avec lequel il est familier et qu'il applique régulièrement. En revanche, il a tendance à assimiler le droit international, avec lequel il n'est guère familier[31], à un droit étranger, qu'il appliquera seulement dans la mesure où son droit interne lui commande clairement de le faire. Or, les règles constitutionnelles ne sont pas toujours très claires à

29. *Cf.* Jutta Brunnée, Stephen J. Toope, « A Hesitant Embrace : The Application of International Law by Canadian Courts », (2002) XL *A.C.D.I.* 3.

30. En ce qui concerne la France, voir *infra*, n[os] 35, 38, 39, 40, 41, 58 et 59.

31. Au Canada, par exemple, les juges n'ont souvent aucune formation en droit international.

cet égard[32]. Ainsi, en l'absence de dispositions constitutionnelles pertinentes ou si celles-ci sont ambiguës, le juge national a naturellement tendance à se rallier à une conception dualiste des rapports du droit international et du droit interne. L'exemple donné par les tribunaux allemands et italiens en la matière est éloquent. Il sera donné plus loin. Parmi les raisons qui expliquent une telle tendance figure la crainte qu'a le juge national d'empiéter sur les pouvoirs de l'exécutif dans le domaine des relations internationales, d'embarrasser son État, voire d'engager sa responsabilité internationale en vérifiant les conditions d'application de ses traités et en interprétant ceux-ci[33]. Il défère alors ces questions au pouvoir exécutif[34]. Dans ces conditions, les solutions jurisprudentielles s'écartent souvent de la conception moniste qui inspire nombre de constitutions modernes ou non.

30. Ainsi, l'article 10 de la Constitution italienne ne vise que le droit international général. Le sort des traités dans l'ordre juridique italien est ignoré par la Constitution. Selon la jurisprudence, l'application d'un traité par le juge italien dépend de son introduction dans le droit interne par une loi ou par un règlement. Dès lors, en ce qui concerne l'application des traités dans le droit interne, l'Italie est un pays dualiste[35].

31. Il en va de même en Allemagne dont l'article 25 de la Constitution concerne seulement « les règles générales du droit international ». Pour ce qui est des traités, il découle de la Loi fondamentale (art. 59(2)), telle qu'interprétée par les tribunaux, que leur application dépend d'une loi d'approbation. Celle-ci a deux fonctions : 1) elle donne compétence au pouvoir exécutif de ratifier le traité; 2) elle confère au traité son applicabilité au plan interne et détermine sa place dans

32. Dans le même sens, voir aussi P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n° 420.

33. Dans le même sens, *cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n° 5, 1261-1262.

34. En ce qui concerne le Canada et la France, voir *infra*, n^os^ 38, 39, 40, 41 et 48.

35. *Cf.* Ricardo GUASTINI, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », (2000) 9 *Cahiers du Conseil constitutionnel*, [En ligne]. www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/guastini.htm.

l'ordonnancement juridique allemand : le traité a la force d'une loi. Il cède le pas à la Constitution en cas de conflit[36].

32. Quant au principe « International Law is part of the Law of the Land », il appelle les remarques suivantes : la formule paraît s'appliquer au droit écrit comme au droit coutumier. En fait, les tribunaux ne l'appliquent qu'en ce qui concerne ce dernier. De plus, elle n'autorise l'application du droit international coutumier qu'en autant que celui-ci n'est pas incompatible avec la législation interne antérieure ou postérieure. Ainsi, cette formule reflète la position moniste avec prépondérance du droit interne. Enfin, selon certains, l'application par les tribunaux d'une règle coutumière aurait pour effet d'en cristalliser le contenu. Ainsi, l'évolution ultérieure de la règle au plan international n'aurait pas d'effet automatique en droit interne[37]. D'ailleurs, certaines règles coutumières ne feraient pas automatiquement partie du droit interne britannique. Elles permettraient seulement aux tribunaux d'harmoniser celui-ci avec le droit coutumier tel qu'ils le perçoivent et s'ils le jugent opportun[38]. Pour leur part, les traités sont soumis au régime dualiste : les tribunaux britanniques n'appliquent leurs dispositions qu'en autant que celles-ci ont été introduites dans le droit interne par une loi ou par un règlement d'application[39].

33. Aux États-Unis[40], la règle est en principe différente compte tenu de l'article VI de la Constitution. Toutefois, la portée de cet article est limitée par une distinction stricte entre les traités auto-exécutoires (*self-executing*) et ceux qui

---

36. *Cf. Görgülü*, B Verfge [Federal Constitutional Court] Oct. 14, 2004, 2 BvR 1481/04, [En ligne]. www.bverfg.de/entscheidungen/rs 20041014_2bvr148104.html (en allemand); Franz Anton HOFFMEISTER, « Germany : Status of European Convention on Human Rights in Domestic Law », (2006) 4 *Int. Jour. of Constitutional Law* 722.

37. *Cf.* I. A. SHEARER, *op. cit.*, note 1, p. 68. Cette idée est toutefois contredite par la Cour d'appel dans *Trendtex Trading Corporation* c. *Central Bank of Nigeria*, (1977) 2 W.L.R. 356, 365, 385 et suiv.; *cf.* C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 1, n° 197.

38. *Cf.* I. A. SHEARER, *op. cit.*, note 1, p. 70.

39. *Id.*, p. 71 et suiv. Cette solution est conforme au principe de la territorialité des lois. Elle rappelle celle adoptée par les tribunaux britanniques quant à la preuve du droit étranger et quant à la reconnaissance des jugements étrangers. Une évolution plus favorable au droit international serait toutefois discernable dans la jurisprudence des tribunaux britanniques et cela pas seulement à l'égard du droit communautaire : *cf.* I. A. SHEARER, *op. cit.*, p. 73-74.

40. *Id.*, p. 74 et suiv.; D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^{os} 141 et suiv.

ne le sont pas (*non-self-executing*)[41]. Selon la jurisprudence des tribunaux américains, les premiers sont applicables sans le support d'un acte législatif parce qu'ils se suffisent à eux-mêmes. En revanche, lorsque chaque partie s'engage dans le traité à effectuer un acte particulier pour lui donner effet, le traité n'est pas auto-exécutoire[42]. En conséquence, une loi de mise en œuvre est nécessaire pour qu'il soit appliqué par les tribunaux. De même, si le traité crée des obligations de mise en œuvre pour le pouvoir exécutif, il n'est pas auto-exécutoire[43]. Pour sa part, le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*[44] voit trois raisons de dire qu'un traité n'est pas auto-exécutoire : 1) il prévoit lui-même que son application au plan interne dépend de sa mise en œuvre législative; 2) en approuvant le traité, le Sénat ou le Congrès réclame sa mise en œuvre par voie législative; 3) la mise en œuvre du traité par voie législative répond à des exigences constitutionnelles (par. 111.4). Les commentaires qui accompagnent ce paragraphe[45] même que la pratique des tribunaux[46] indiquent que ces derniers s'alignent volontiers sur la position des autorités exécutives pour décider si un traité est auto-exécutoire ou non. D'autre part, la question de savoir si le traité crée des droits individuels est distinguée de celle de son applicabilité directe par le *Restatement*[47]. La jurisprudence, elle, en fait parfois une condition, mais elle trouve rarement que celle-ci est remplie[48]. Par ailleurs, certaines décisions ajoutent une condition supplémentaire pour reconnaître aux dispositions d'un traité une applicabilité directe : elles doivent donner naissance à un droit d'action devant les tribunaux nationaux[49]. L'un dans l'autre, le caractère auto-exécutoire d'un traité est

41. Voir *Foster* c. *Neilson*, 27 US (2 Pet) 253 (1829), p. 314-315.

42. Voir *Fujii* c. *California*, 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617 (1952). Aussi, *cf. Frolova* c. *U.S.S.R.*, 761 F. 2d 370 (1985), (1985) 80 *A.J.I.L.* 1057.

43. *Cf. Diggs* c. *Richardson*, 555 F. 2d 848 (1976).

44. (1987) American LAW Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987.

45. *Id.*, Comm.h, p. 46.

46. *Cf. Jogi* c. *Voges*, 425 F. 367 (2005).

47. Voir *supra*, note 44.

48. *Cf. United States* c. *Duarte-Acero*, 296 F. 3d 1277 (2002).

49. *Cf. Hamdi* c. *Rumsfeld*, 316 F. 3d 450 (2003), mais *cf.* aussi *Hamdan* c. *Rumsfeld*, 126 S.C. 2749 (2006).

interprété restrictivement par les autorités américaines[50] Cette interprétation stricte met un frein à l'application de l'article VI de la Constitution américaine.

34. Cela dit, selon la jurisprudence américaine, les traités auto-exécutoires lient les tribunaux. Ils sont supérieurs aux lois des États fédérés et aux lois fédérales antérieures, mais cèdent le pas devant les lois fédérales postérieures[51]. Toutefois, les tribunaux américains doivent s'efforcer de réconcilier la loi et le traité qui sont en conflit[52]. En revanche, la constitution fédérale l'emporte sur les traités internationaux[53].

35. En définitive, il semble que même en présence de dispositions constitutionnelles favorables au droit international, les tribunaux nationaux hésitent à l'appliquer. Ils lui préfèrent le droit interne chaque fois qu'ils peuvent le faire. L'exemple américain est éloquent. Pour sa part, l'exemple français montre que le ralliement progressif des tribunaux nationaux au monisme peut s'accompagner de quelques ratés. En effet, en dépit de l'article 55 de la Constitution, le juge français a longtemps hésité à faire primer les traités sur la loi postérieure[54]. De même, en l'absence de dispositions constitutionnelles claires sur les rapports de la coutume internationale et du droit français, les tribunaux français ont souvent négligé la première[55]. En revanche, au Canada, où les tribunaux adhèrent à la conception dualiste, une évolution favorable au droit international se dessine. Ainsi, certains tribunaux canadiens se montrent favorables à l'application du droit international et cherchent à contourner les obstacles à celle-ci. En témoigne, par exemple, la position des tribunaux québécois en faveur de l'immunité souveraine restrictive, à une époque où cette voie semblait bloquée par le

---

50. Sur l'ensemble de cette question, *cf.* Bérangère TAXIL, « Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France », (2007) *R.I.D.C.* 157.

51. Voir *Breard* c. *Greene*, 118 S.C. 1332 (1998); *Tag* c. *Rogers*, 267 F. 2d 665 (1959); *Mercado* c. *Feliciano*, 260 F. 2d 500 (1958).

52. Voir *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, *supra*, note 44, par. 114.

53. Voir *Cherokee Tobacco Co.* c. *United States*, 11 Wall 616 (1870).

54. *Infra*, n° 38.

55. *Cf.* P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n^{os} 423 et suiv.; D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^{os} 1257 et 1273.

précédent rendu dans l'affaire *Dessaulles*[56]. Plus récemment, la Cour suprême du Canada a libéralisé les conditions dans lesquelles les traités internationaux peuvent trouver application dans le droit interne canadien[57].

2. COMPARAISON DES SOLUTIONS CANADIENNES ET FRANÇAISES

a) Les solutions françaises[58]

36. Rappelons qu'en France, l'article 55 de la Constitution de 1958[59] confère aux traités ou accords, régulièrement ratifiés ou approuvés, une autorité supérieure à celle des lois dès leur publication. Compte tenu de l'article 52 du même texte, les traités doivent être distingués des accords en forme simplifiée. Les premiers sont négociés et ratifiés par le président de la République. Ce dernier est tenu informé de la négociation des seconds. Par ailleurs, selon l'article 53, une loi d'approbation est requise pour un certain nombre de traités. C'est le cas de ceux régissant une matière qui relève de la compétence du législateur, conformément à l'article 34 de la Constitution.

37. De plus, le Conseil constitutionnel peut être saisi de la loi qui autorise la ratification d'un traité et examiner sa constitutionnalité[60]. S'il est jugé contraire à la Constitution, le traité ne peut être ratifié qu'au prix d'une modification constitutionnelle[61]. Pour sa part, un traité « qui sans être contraire à la Constitution aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions » peut être soumis à un référendum en raison de l'article 11 de la Constitution[62].

---

56. *Dessaules* c. *The Republic of Poland*, [1944] R.C.S. 275; C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 1, n^os^ 761, 920 et suiv.

57. *Infra*, n° 48.

58. *Cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^os^ 1244 et suiv.; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n^os^ 420 et suiv.

59. *Supra*, note 12.

60. Selon D. CARREAU, il y aurait une quinzaine d'exemples: *op. cit.*, note 13, n° 1252.

61. Il n'y aurait que quatre décisions de non conformité: celle relative au *Traité sur l'Union européenne* (1992), celle relative au *Traité d'Amsterdam* (1997), celle concernant la Cour pénale internationale (1999) et celle sur la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* (1999), D. CARREAU, *id.* et n° 123.

62. Par exemple, le référendum sur la Constitution européenne (2005).

38. En application de la Constitution, les tribunaux français reconnaissent la force obligatoire des traités, qu'ils appliquent d'office[63] et auxquels ils accordent une valeur supérieure à la loi antérieure et postérieure. Cette prééminence complète des traités internationaux a été reconnue par la Cour de cassation en 1975[64] et par le Conseil d'État en 1989[65]. Il faut, toutefois, que le traité ait été publié et qu'il soit en vigueur entre les parties, ce que les tribunaux judiciaires et administratifs n'hésitent pas à considérer[66]. En revanche, pour respecter la séparation des pouvoirs, ils hésitent à vérifier la régularité de la procédure de ratification ou d'approbation des traités, de même que la condition de réciprocité, pourtant exigées par l'article 55 de la Constitution[67]. Par ailleurs, selon le Conseil d'État et la Cour de cassation, la supériorité du traité sur la loi ne s'étend pas à la Constitution[68].

39. En ce qui concerne l'interprétation des traités, la jurisprudence française a connu des développements récents. Traditionnellement, les tribunaux judiciaires[69] et administratifs[70] n'interprétaient un traité international que si ses dispositions étaient dénuées d'ambiguïté[71]. Dans le cas contraire, ils

63. Encore faut-il que le traité soit auto-exécutoire selon les tribunaux : *infra*, n° 39. Ici, la jurisprudence administrative se révèle encore une fois plus prudente que la jurisprudence judiciaire : *cf.* D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^{os} 1207 et suiv.

64. Voir l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*, (1975) *Revue Trimestrielle de Droit européen* 354.

65. Voir l'arrêt *Nicolo*, (1989) *Revue Trimestrielle de Droit européen* 771.

66. *Cf.* C.E. 13 juillet 1965, *Société Navigator*, Rec. 423; C.E. 24 février 1967, *Finances* c. *Sieur Chauvineau*, Rec. 93; C.E. 14 janvier 1959, *Société française d'armement*, Rec. 42; C.A. Rouen, D.M.F. 1966, p. 682; C.A. Aix 17 février 1966, R.F.D.A. 1966, p. 230; Trib. de commerce de Lille, 5 juillet 1965, G. P. 1965, II, 239; Trib.g. i. Seine, 5^{e} ch., 13 octobre 1959, (1961) *Rev. Crit.* 141. Aussi, voir la jurisprudence citée par D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^{os} 1260 et 1276; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n^{os} 428 et 430.

67. *Cf. Société Navigator, supra*, note 66; C.E. 3 mars 1961, *Société des tissages Nicolas Gairmant*, Rec. 154; Cass., ch. civ. sect. com. et fin., 4 avril 1960, Bull. civ. 1960, III, 122; (1961)*Ann. fr. droit inter.* 907, n° 10. Aussi, *cf.* P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n^{os} 428 et 430; D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n^{os} 1261-1262 et 1277 et suiv.

68. Voir C.E., Ass., 30/10/1998, *Sarran*, Droit Admin. 1999.22, R.F.D.A. 1998, p. 1081; D. *Carreau*, *id.*, n° 1275 *bis*.

69. *Id.*, n^{os} 1264 et suiv.; P.-M. DUPUY, *op. cit.*, note 1, n° 430.

70. Voir P.-M. DUPUY, *id.*, n° 428; D. CARREAU, *op. cit.*, note 13, n° 1279 et suiv.

71. *Cf.* C.E. 19 juin 1963, *Cie. Des Eaux d'Hanoï*, Rec. 375; C.E. 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell Berre*, Rec. 347.

renvoyaient le traité au gouvernement pour interprétation[72]. Toutefois, la Cour de cassation distinguait les cas où l'interprétation concernait des intérêts privés de ceux où elle visait le « droit public international »[73]. Alors qu'elle acceptait d'interpréter le traité dans le premier cas, elle en référait au gouvernement dans le second[74]. En pratique, cette dernière solution n'était toutefois guère appliquée[75].

40. Cela dit, depuis 1995 pour la Cour de cassation, chambre civile[76], et 1990 pour le Conseil d'État[77], les tribunaux français interprètent tous les traités indistinctement. Ce revirement de jurisprudence est dû à la condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme de la pratique française du renvoi préjudiciel en interprétation gouvernementale suivie jusqu'alors[78].

41. L'interprétation d'un traité invoqué devant lui permet notamment au juge français de déterminer s'il est auto-exécutoire à partir de deux conditions : 1) les règles qu'il contient doivent créer des droits individuels; 2) ces règles doivent être suffisamment précises, complètes et inconditionnelles pour être appliquées telles quelles[79]. À cet égard, il ressort de la jurisprudence française qu'une règle peut-être jugée générale, mais tout de même complète. Dans ce cas, la règle sera dénuée du caractère auto-exécutoire seulement si son destinataire est un État[80]. Pour en décider, le juge français considère l'objet du traité ou de ses dispositions. On constate alors qu'une règle peut à la fois créer des droits pour les États et pour les individus[81]. Elle peut aussi profiter d'une applicabi-

72. *Cf.* C.E. 27 mars 1968, *Sieurs Moraly et Société Maison Moraly*, Rec. 205.
73. *Cf.* Cass. 5 octobre 1965, (1966) 70 *R.G.D.I.P.* 501.
74. *Cf.* C.A. Paris 21 mai 1965, (1966) 70 *R.G.D.I.P.* 204.
75. Voir D. Carreau, *op. cit.*, note 13, n^{os} 1267 et suiv.; P.-M. Dupuy, *op. cit.*, note 1, n^{o} 430.
76. Voir l'arrêt *Banque africaine de développement*, G.P. 1996. 1 Panorama 91, Bulletin civil 1995.1.237.
77. Voir C.E. 29 juin 1990, *G.I.S.T.I.* (Groupement d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés), AJDA 1990, p. 621, (1990) 94 *R.G.D.I.P.* 882.
78. Voir *Beaumartin* c. *France*, 24 novembre 1994, série A, n^{o} 296 B).
79. *Cf.* C.E. 23 avril 1997, *G.I.S.T.I.*, Rec. 17.
80. *Ibid.*
81. *Ibid.*

lité directe. C'est dire que les deux conditions requises sont interprétées largement[82].

b) Les solutions canadiennes

42. Rappelons que la Constitution canadienne ne contient aucune disposition spécifique sur la conclusion ou l'exécution des traités. La position canadienne, illustrée par la jurisprudence, s'inspire de la pratique britannique. Selon celle-ci, le pouvoir de conclure des traités fait partie des prérogatives royales. Avec l'avènement du principe du gouvernement responsable, ce pouvoir relève maintenant du gouvernement élu. Le monarque s'acquitte uniquement des formalités afférentes à la conclusion de certains accords.

43. Au Canada, l'article 9 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère le pouvoir exécutif à la reine et à son représentant, le gouverneur général. Le principe du gouvernement responsable s'applique par convention constitutionnelle. En vertu des lettres patentes de 1947, les pouvoirs du souverain en matière de traités ont été transférés au gouverneur général[83].

44. Selon la pratique canadienne, le pouvoir de conclure des traités relève seulement du pouvoir exécutif fédéral. Les organes législatifs n'exercent aucun contrôle juridique sur la conclusion des traités. Le parlement peut toutefois exercer un contrôle politique sur leur conclusion mais l'initiative de ce contrôle revient largement au gouvernement en place[84]. De plus, l'exécutif fédéral peut conclure des traités dans tous les domaines, y compris ceux qui sont attribués aux provinces. Cette position est contestée par le Québec qui revendique la compétence de conclure des traités dans les domaines relevant des provinces. Au soutien de sa thèse, le Québec invoque un partage constitutionnel des compétences exécutives correspondant à celui des compétences législatives. De toute façon, les provinces peuvent conclure des ententes n'ayant pas le caractère de traités dans leurs domaines de compétence. Le

82. *Cf.* B. TAXIL, *loc.cit.*, note 50, p. 164 et suiv. et 171 et suiv.
83. *Cf.* C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 1, n° 230.
84. *Id.*, n° 231.

Québec se prévaut régulièrement de cette possibilité, de sorte qu'il a conclu plus d'une centaine d'ententes dans des domaines divers[85].

45. Par ailleurs, à l'instar du Royaume-Uni, le Canada adhère à la conception dualiste en ce qui concerne l'application des traités dans son droit interne. En conséquence, les traités internationaux ne font partie intégrante du droit canadien qu'après leur incorporation à celui-ci par voie législative[86]. Celle-ci doit se conformer au partage constitutionnel des compétences législatives. Ainsi, si le traité concerne une matière fédérale, sa mise en œuvre dans le droit canadien relève du parlement central. En revanche, la mise en œuvre d'un traité portant sur une matière provinciale appartient aux parlements provinciaux[87]. En pratique, ce partage des compétences législatives en matière de traités affecte le pouvoir exécutif relatif à leur conclusion[88].

46. Par ailleurs, la mise en œuvre législative d'un traité peut s'effectuer de différentes façons. Par exemple, le traité peut être simplement proclamé en vigueur par la loi ou encore, une courte loi introductive peut intégrer au droit canadien toutes ou certaines dispositions d'un traité. L'application de ces dispositions en droit canadien peut d'ailleurs être qualifiée par la loi. Plus souvent, la loi s'inspire de façon plus ou moins fidèle du traité, sans en reproduire les dispositions[89]. Un traité concernant une matière provinciale peut ainsi être introduit dans le droit interne canadien par des voies différentes[90]. L'application uniforme du traité au Canada peut s'en ressentir.

47. La méthode législative choisie pour mettre en œuvre le traité aura des effets sur l'application et l'interprétation du traité qui est à l'origine de la loi. Ainsi, si la loi introductive incorpore au droit canadien toutes ou certaines dispositions

85. *Id.*, nos 233 et suiv.

86. *Id.*, nos 326 et suiv.

87. *Id.*, nos 315 et suiv.

88. Ainsi, le Canada est lié par un nombre limité de Conventions de La Haye en matière de droit international privé: *cf.* Claude Emanuelli, *Droit international privé québécois*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, nos 73-74.

89. *Cf.* C. Emanuelli, *op. cit.*, note 1, nos 321 et suiv.

90. Voir *Thomson* c. *Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, 612 (Mme la juge L'Heureux-Dubé), 601-602 (M. le juge La Forest); C. Emanuelli, *op. cit.*, note 1, no 321.4.

d'un traité, les tribunaux canadiens les appliqueront telles quelles, parce qu'elles font partie de la loi. En revanche, si la loi se contente de s'inspirer du traité, les tribunaux canadiens n'appliqueront pas le traité en tant que tel. Ils appliqueront sa traduction législative[91]. Il en sera de même quand la mise en œuvre du traité dépend d'un amendement législatif, d'un règlement, d'une pratique administrative ou qu'elle s'infère d'une législation antérieure au traité ou même du droit commun.

48. Compte tenu de l'approche dualiste qui imprègne les rapports du droit international conventionnel et du droit interne au Canada, un traité ne saurait en principe entrer en conflit avec une loi dans l'ordre juridique canadien. En revanche, la loi introductive d'un traité peut être en conflit avec une autre loi. En application du principe de la souveraineté législative, la loi la plus récente devrait alors l'emporter, même si la loi introductive prévoit qu'en cas de conflit avec un autre texte législatif, c'est elle qui prévaut. Cela dit, en pratique, le juge canadien s'efforcera de réconcilier les deux lois. En effet, il existe une présomption voulant que le législateur canadien n'entende pas déroger aux obligations internationales du Canada, à moins qu'il n'en manifeste clairement l'intention[92]. La même règle s'applique lorsque les tribunaux doivent interpréter la loi de mise en œuvre d'un traité. Encore faudra-t-il, en principe, que la loi introductive soit ambigüe[93]. En effet, traditionnellement, les tribunaux canadiens ne sont pas censés avoir recours au traité pour interpréter la loi introductive dans d'autres circonstances. Si la loi leur paraît claire, ils doivent se contenter de l'appliquer sans tenir compte du traité dont elle s'inspire[94]. Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour suprême s'est écartée de cette règle classique. Elle admet la légitimité de recourir au traité en dehors de toute ambiguïté pour interpréter la loi introductive : par exemple, pour déterminer si la loi est ambiguë ou

91. *Id.*, n° 322.

92. Voir *Schreiber* c. *Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50; C. Emanuelli, *op. cit.*, note 1, n° 337.

93. Voir *Capital Cities Communications Inc.* c. *Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1978] 2 R.C.S. 141, 173.

94. Voir *Daniels* c. *White*, [1968] R.C.S. 517, 541.

pour mettre en jeux la présomption de compatibilité vue plus haut[95]. Qui plus est, la Cour suprême du Canada invoque de plus en plus librement le droit international pour interpréter les normes juridiques canadiennes dans le domaine des droits de l'Homme[96]. En revanche, traditionnellement, les tribunaux canadiens renvoient à l'interprétation gouvernementale les questions de fait que peut poser l'application d'un traité au plan international. Ils considèrent que les certificats fournis à cette occasion par le ministère des Affaires étrangères apportent une preuve concluante des faits qu'ils énoncent. En effet, le juge canadien envisage les questions relatives aux relations internationales du Canada comme étant du ressort exclusif de l'exécutif[97].

49. Toujours dans le domaine de la preuve, il faut mentionner l'article 2807 C.c.Q., qui semble se rattacher à la tradition moniste. Selon cet article :

> Le tribunal doit prendre connaissance d'office du droit en vigueur au Québec.
>
> Doivent cependant être allégués les textes d'application des lois en vigueur au Québec, qui ne sont pas publiés à la *Gazette officielle du Québec* ou d'une autre manière prévue par la loi, les traités et accords internationaux s'appliquant au Québec qui ne sont pas intégrés dans un texte de loi, ainsi que le droit international coutumier.

50. Ainsi, cet article commande au juge québécois de prendre connaissance d'office des traités dans la mesure où ils sont invoqués par l'une des parties[98]. Or, le droit dont le juge québécois doit prendre connaissance d'office est celui qui est en vigueur au Québec (art. 2806 C.c.Q.). En revanche, selon l'article 2809 C.c.Q., le juge québécois peut prendre

---

95. Voir *National Corn Growers* c. *T.C.I.*, [1990] 2 R.C.S. 1324, 1371-72; C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 1, n° 335.

96. *Slaight Communications Inc.* c. *Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1056; *Baker* c. *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69 à 71; *De Guzman* c. *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] CAF 436, par. 82 et suiv.; *Mugesera* c. *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 82; C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 1, n° 336.

97. *Cf.* C. EMANUELLI, *op.cit.*, note 1, n° 338.

98. Voir *Miller* c. *R.*, [1998] R.J.Q. 260, 273 (C.S.).

connaissance d'office du droit étranger dans les conditions prévues par cet article. Il semble donc, selon l'article 2807 C.c.Q., que les traités internationaux qui s'appliquent au Québec fassent partie du droit québécois, même s'ils ne sont pas intégrés dans une loi. Cette idée s'inscrit dans la conception moniste des rapports du droit international et du droit interne. En revanche, elle est indéfendable selon la conception dualiste. Pourtant, celle-ci est traditionnellement suivie par les tribunaux canadiens. Ainsi, les dispositions de l'article 2807 laissent le lecteur perplexe. Faut-il penser que par une voie détournée, le législateur québécois manifeste son soutien à la théorie moniste? C'est d'autant plus plausible que la règle énoncée par l'article 2807 concerne aussi la coutume qui, elle, est régie par la théorie moniste. Toutefois, ce ralliement implicite du législateur québécois au monisme aura des effets limités. L'article 2807 ne commande pas au juge québécois d'appliquer un traité qui n'a pas été intégré au droit québécois par une loi, bien que ses termes ambigus pourraient le faire croire[99]. En revanche, il commande au juge québécois de prendre connaissance d'office d'un traité dont une loi s'inspire, même si la loi ne fait pas mention du traité[100], dès lors que le lien entre la loi et le traité est invoqué par l'une des parties : par exemple, s'il s'agit de vérifier la conformité d'une loi et d'un traité. En pratique, l'application de la règle promet de poser des problèmes au juge québécois qui est généralement peu familier avec le droit international.

C) Le cas à part du droit communautaire

51. L'élaboration d'une Europe communautaire pose, entre autres, le problème des rapports du droit communautaire et des droits nationaux des États membres. Les réponses à ces problèmes proviennent de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Elles concernent, d'une part, l'effet direct du droit communautaire dans le droit interne des États membres et, d'autre part, la primauté du

99. *Cf.* C. Emanuelli, *op. cit.*, note 88, n° 444; *op. cit.*, note 1, n° 332.

100. Par exemple, la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

droit communautaire. Ces solutions adoptées par la Cour ont généralement été suivies par les juridictions nationales, non sans quelque réticence parfois.

1. L'EFFET DIRECT DU DROIT COMMUNAUTAIRE[101]

52. Dans les traités constitutifs, seuls les règlements communautaires et les décisions adressées à des particuliers par des organes communautaires profitent d'un effet direct (art. 249 du Traité CE; autrefois 189). Malgré la résistance initiale de certains États membres, la CJCE a étendu le principe de l'effet direct aux règles des traités instituant la Communauté[102] et, dans des circonstances exceptionnelles, aux directives[103], aux décisions adressées aux États[104], ainsi qu'aux dispositions de traités conclus par la Communauté avec des États tiers[105]. Cette extension a eu lieu eu égard à la nature et aux objectifs de la Communauté.

53. Dans l'arrêt *Simmenthal*[106], la CJCE a expliqué le principe de l'effet direct au moyen de trois propositions :

— [les règles communautaires doivent] déployer la plénitude de leurs effets de manière uniforme dans tous les États membres;

— [ces règles constituent] une source de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des États membres ou des particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire;

---

101. *Cf.* Jean-Paul JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2003, nos 932 et suiv.

102. Voir notamment l'arrêt *Van Gend een Loos*, CJCE, 5 février 1963, affaire 26/62, Rec. CJCE 3.

103. Voir les arrêts *SACE*, CJCE, 17 décembre 1970, affaire 33/70, Rec. CJCE 1213 et *Van Duyn*, CJCE, 4 décembre 1974, affaire 41/74, Rec. CJCE 1337.

104. Voir notamment les arrêts *Grad*, CJCE 6 octobre 1970, affaire 9/70, Rec. CJCE 825 et *Hansa Fleisch*, CJCE 10 novembre 1992, affaire C-156/91, Rec. CJCE I-5567.

105. Voir l'arrêt *Demirel*, CJCE 30 septembre 1987, affaire 12/86, Rec. CJCE 3719.

106. CJCE 9 mars 1978, affaire 106/77, Rec. CJCE 629.

— tout juge [...] saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire.

54. Encore faut-il que l'acte en question soit susceptible de produire des effets directs à l'égard des particuliers, c'est-à-dire qu'il leur soit applicable sans intervention supplémentaire des États membres ou de la Communauté[107].

2. LA PRIMAUTÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE[108]

55. Notons d'abord que les traités communautaires ignorent la question de savoir comment résoudre un conflit entre une règle communautaire et le droit interne des États membres.
56. Ici encore, la réponse à cette question résulte de la jurisprudence de la CJCE. Ainsi, dans son arrêt *Costa* c. *Enel*[109], la Cour a affirmé la prééminence du droit communautaire sur le droit national des États membres. Cette affirmation repose sur deux arguments :

1) Les États membres ont transféré des droits souverains à la Communauté[110]. Celle-ci est maintenant compétente dans les domaines transférés pour adopter des règles applicables aux États membres et à leurs ressortissants. Les États membres ne peuvent plus valablement légiférer dans ces domaines.

2) Le traité constitutif de la Communauté a créé un ordre juridique spécifique qui s'intègre dans l'ordre juridique national. Ainsi, le droit interne ne peut prévaloir sur le droit communautaire car, dans ce cas, le traité serait privé de son contenu. Or, pour avoir un caractère communautaire, le droit issu du traité droit s'appliquer uniformément à l'ensemble de la Communauté.

---

107. Voir les arrêts *Ratti*, CJCE 5 avril 1979, affaire 148/78, Rec. CJCE 1629; *Modelo SGPSSA*, CJCE 29 septembre 1999, affaire C-56/98, Rec. CJCE I-6427 et J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 101, n° 936.

108. *Cf.* J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 101, p. 524 et suiv.; Claude BLUMANN, Louis DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2e éd., Paris, LexisNexis, 2005, p. 533 et suiv.

109. CJCE 15 juillet 1964, affaire 6/64, Rec. CJCE 1141.

110. La plupart des constitutions de ces États contiennent des dispositions à cet effet: *cf. Droit communautaire dérivé..., supra*, note 12.

57. En conséquence, le droit communautaire doit primer sur toute règle nationale, antérieure ou postérieure, qui lui est contraire. Dans ce cas, la règle nationale cesse d'être applicable[111]. Cette solution joue également en cas de conflit avec la constitution nationale[112]. Dégagé par la jurisprudence de la CJCE, le principe de la primauté du droit communautaire a été implicitement reconnu dans le protocole au Traité d'Amsterdam (1997) sur la subsidiarité et la proportionnalité. On y trouve en effet la formule suivante :

> L'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité [...] ne porte pas atteinte aux principes mis au point par la Cour de justice des Communautés en ce qui concerne les rapports entre le droit national et le droit communautaire.

58. Le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit interne demande aux droits nationaux de faire des efforts d'adaptation[113]. Dans plusieurs cas, ceux-ci s'accompagnent de quelques résistances.

59. En France, ce n'est qu'avec l'arrêt *Nicolo* (1989)[114] que le Conseil d'État a reconnu la supériorité d'un traité communautaire sur une loi postérieure. D'autre part, ni le Conseil d'État[115] ni la Cour de cassation[116] n'admettent la supériorité du droit communautaire sur la Constitution. Pourtant, on peut dire qu'en ratifiant le traité d'Amsterdam, la France a constitutionnalisé le principe de la primauté du droit communautaire[117]. Or, celui-ci joue aussi à l'égard des constitutions nationales. Cela dit, l'article 54 de la Constitution permet d'éviter le problème avant qu'il ne se produise vraiment,

---

111. Voir l'arrêt *Simmenthal*, *supra*, note 106.

112. Voir les arrêts *Internationale Handelsgesellschat*, CJCE 17 décembre 1970, affaire 11/70, Rec. CJCE 1125; *Acciaire San Michele*, CJCE 22 juin 1965, affaire 9/65, Rec. CJCE 35; *Kreil*, CJCE 11 janvier 2000, affaire C-285/98, Rec. CJCE I-169.

113. Particulièrement dans les États comme le Royaume-Uni où le parlement est souverain.

114. *Supra*, note 65; J.-P. Jacqué, *op. cit.*, note 101, n° 919.

115. Voir les *arrêts* Sarran, *supra*, note 68; C.E. 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, AJDA 2002, 1219.

116. Voir l'arrêt *Fraisse*, D. 2000, p. 865, note Mathieu et Verpeaux; Europe, août-septembre 2000, p. 3, note Simon; R.D.P. 2000, p. 811, note Prétot; *Droit communautaire dérivé...*, *supra*, note 12.

117. *Cf.* J.-P. Jacqué, *op. cit.*, note 101, n° 916.

puisque qu'un traité qui n'est pas compatible avec la Constitution ne peut être ratifié qu'après l'amendement de celle-ci. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a statué que le droit dérivé ne peut être soumis à un contrôle de constitutionnalité[118].

60. Dans la plupart des autres États membres de la Communauté, le droit communautaire s'applique de façon immédiate et il prime sur les lois ordinaires. Toutefois, aux Pays-Bas, le principe de la primauté du droit communautaire joue aussi à l'égard de la Constitution[119]. Cela dit, un traité qui déroge à celle-ci doit être approuvé à la majorité des deux tiers par les États généraux.

61. En revanche, la position du Tribunal constitutionnel allemand est plus réservée. Elle reconnaît la primauté du droit communautaire mais maintient un contrôle éventuel du droit dérivé relatif à la protection des droits fondamentaux. Le Tribunal a également affirmé qu'il n'appliquerait pas un acte adopté en dehors des compétences communautaires[120].

62. De même, la Cour constitutionnelle italienne a admis la primauté du droit communautaire, sauf dans le cas de règles contraires aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel ou aux droits fondamentaux[121]. À leur tour, les tribunaux suédois peuvent refuser d'appliquer une règle communautaire adoptée en dehors des compétences communautaires ou contraire aux droits fondamentaux[122]. Au Danemark, la Cour suprême a également indiqué que la primauté

118. Voir la décision n° 77-89 DC du 30 décembre 1977.

119. Voir les articles 94 et 120 combinés de la Constitution néerlandaise; E. Grass, *loc. cit.*, note 13; *Droit communautaire dérivé..., supra*, note 12.

120. Voir *Solange I*, BVerfGE 37, 29 mai 2974; *Solange II*, BVerfGE 73, 22 octobre 1986; BVerfGE 89, 12 octobre 1993; H.J. Hahn, «La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et le Traité de Maastricht», (1994) 98 *R.G.D.I.P.* 197; BVerfGE, 2 BVL 1/97, 7 juin 2000; J.-P. Jacqué, *op. cit.*, note 101, n° 922; *Droit communautaire dérivé..., supra*, note 12.

121. Voir les arrêts de la Cour constitutionnelle n° 183/73 du 27 décembre 1973 (*Frontini*), n° 232/89 du 21 avril 1989 (*Fragd*) et n° 170/84 du 8 juin 1984 (*Granital*), cités dans J.-P. Jacqué, *op. cit.*, note 101, n° 923; R. Guastini, *loc. cit.*, note 35; *Droit communautaire dérivé..., supra*, note 12.

122. *Cf.* J.-P. Jacqué, *op. cit.*, note 101, no 925; *Droit communautaire dérivé..., supra*, note 12.

ne saurait jouer dans le cas où l'acte en cause va au delà des compétences communautaires[123]. L'exception existe aussi en Finlande[124].

63. Au Royaume-Uni, la primauté résulte de l'interprétation de l'*European Communities Act* (1972)[125]. Selon les tribunaux, on doit présumer que le législateur n'a pas voulu déroger au droit communautaire. Toutefois, cette présomption serait renversée dans le cas, peu probable, où la loi irait clairement à l'encontre du droit communautaire[126].

CONCLUSIONS

64. Les développements précédents suggèrent les conclusions suivantes : ni la théorie moniste ni la théorie dualiste ne sont suffisantes en elles-mêmes pour expliquer les rapports du droit international et du droit interne. D'ailleurs, plusieurs États, dont le Canada, adoptent une approche moniste pour la coutume et une approche dualiste pour les traités. Toutefois, d'autres États, comme la France, ont choisi des solutions plus cohérentes dans leur constitution.

65. Quelle qu'elle soit, l'approche retenue est guidée par divers facteurs, mais elle ne dépend pas d'une simple distinction systémique. Ainsi, l'Italie et l'Allemagne, pays appartenant à la tradition romano-germanique, adoptent une position dualiste en ce qui concerne l'application des traités dans leur droit interne. En revanche, l'article VI de la Constitution américaine relative au même sujet s'inspire de la conception moniste. Pour sa part, la solution dualiste élaborée par les tribunaux britanniques à l'égard des traités paraît liée à l'absence de participation des organes législatifs à la conclusion des traités. Quant à la position canadienne, elle procède de l'héritage britannique, du fait que la conclusion des traités relève exclusivement de l'exécutif fédéral et du partage des compétences législatives qui affecte la mise en œuvre des

123. *Cf.* J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 101, n° 926; *Droit communautaire dérivé...*, *supra*, note 12.

124. *Cf.* J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 101, n° 931; *Droit communautaire dérivé...*, *supra*, note 12.

125. Law Reports (Statutes), 1972, ch. 68, p. 1947.

126. *Cf.* J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*, note 101, n° 924; *Droit communautaire dérivé...*, *supra*, note 12.

traités dans l'ordre juridique interne. Cela dit, certains tribunaux canadiens cherchent à contourner ces obstacles à l'application des traités au Canada, sans toutefois remettre en cause la tradition dualiste. La tâche est délicate. Elle implique la recherche d'un équilibre et se traduit par une application indirecte des traités internationaux au Canada. L'approche suivie pour obtenir ce résultat est nécessairement nuancée et peut paraître hésitante, même empreinte d'une certaine confusion. Ainsi, elle est critiquée par certains auteurs qui réclament des solutions plus clairement favorables au droit international[127]. En fait, la position des tribunaux canadiens n'est pas isolée. D'autres tribunaux nationaux manifestent également des hésitations quant à la façon de traiter le droit international, même en présence d'une constitution écrite d'inspiration moniste et même dans un cadre préfédératif comme celui de l'Union européenne. En effet, les juges nationaux semblent souvent déconcertés par le droit international avec lequel ils sont peu familiers et auquel ils préfèrent en principe leur droit interne en cas de silence ou d'ambiguïté de la constitution[128]. Compte tenu de cette donnée, la position adoptée par les tribunaux canadiens paraît d'autant plus courageuse qu'elle s'inscrit dans un cadre dualiste. Cette position s'explique par le phénomène de la mondialisation dont les tribunaux canadiens ont déjà tenu compte pour adapter leur droit international privé[129]. Ce phénomène conduit à l'adoption de règles internationales toujours plus nombreuses et plus libérales en matière d'échanges commerciaux, mais aussi de règles plus progressistes et plus protectrices dans les domaines des droits de l'Homme et de la protection de l'environnement. Pour y faire face, la plupart des États ont adopté une position favorable au droit international. Dans le cadre de l'Union européenne, l'évolution est particulièrement prononcée, y compris parmi les États traditionnellement dualistes. Toutefois, l'adaptation n'est pas entièrement achevée. Les tribunaux canadiens qui

127. *Cf.* J. BRUNNÉE, S. J. TOOPE, *loc. cit.*, note 29.

128. Voir la position des tribunaux français à l'égard de la coutume, des tribunaux allemands et italiens à l'égard des traités, des tribunaux britanniques à l'égard de la coutume et des traités, *supra*, n^os^ 30, 31, 32 et 35.

129. Voir *Morguard Investments Ltd.* c. *De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt* c. *T&N, plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; C. EMANUELLI, *op. cit.*, note 88, n^os^ 87 et suiv.

sont de plus en plus confrontés au droit international cherchent également à s'adapter. Cette adaptation paraît nécessaire car la solution dualiste est de plus en plus difficile à concilier avec l'importance croissante des matières qui sont régies par les traités internationaux. Abandonner cette position de principe est toutefois difficile à imaginer à moins d'entreprendre des réformes constitutionnelles concernant la conclusion et la mise en œuvre des traités. La solution réside ainsi dans un aménagement jurisprudentiel de la position dualiste consistant à donner un effet indirect aux traités dans l'ordre juridique canadien. Cet aménagement est en cours. Il reste à en préciser les modalités. Elles passent par une distinction entre la mise en œuvre des traités et leur incorporation dans le droit interne canadien. En concluant un traité, le Canada prend des engagements à l'égard des autres parties contractantes. Afin de respecter ses engagements, le Canada doit adopter certaines mesures de mise en œuvre. Elles peuvent inclure l'adoption de règles législatives ou réglementaires. Celles-ci n'ont pas nécessairement pour effet d'incorporer les dispositions d'un traité dans le droit interne canadien. Un tel effet sera produit seulement si ces règles introduisent explicitement les dispositions du traité, ou certaines d'entre elles, dans l'ordre juridique canadien. En revanche, une loi de mise en œuvre, qui se présente comme une traduction législative du traité n'aura pas cet effet. Ainsi, l'article 3(1) de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*[130] déclare applicables sur le territoire canadien plusieurs dispositions des Conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et sur les relations consulaires. Le texte de ces dispositions conventionnelles se trouve d'ailleurs annexé à la Loi. Elles sont applicables telles quelles par les tribunaux canadiens. Il en va différemment de la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*[131]. Celle-ci s'inspire de la *Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*[132], mais n'introduit pas ses dispositions dans le droit interne québécois. En conséquence, la Convention n'est pas

130. L.C. 1991, c. 41.
131. L.Q. 1984, c.12; L.R.Q, c. A-23.01.
132. R.T.C. 1983/35.

directement applicable par les tribunaux québécois. Cela dit, ceux-ci doivent interpréter et appliquer la Loi à la lumière de la Convention afin de respecter, dans la mesure du possible, les obligations internationales du Canada. Ce devoir résulte de la règle d'interprétation selon laquelle « le législateur est réputé ne pas légiférer en violation d'un traité ou à l'encontre de la courtoisie internationale » ou des règles établies de droit international et aussi de l'article 2807 C.c.Q.[133]. En raison de cette présomption, les tribunaux canadiens doivent s'efforcer de donner à la loi une interprétation et une application conformes aux engagements internationaux du Canada[134]. Ceux-ci peuvent résulter de traités internationaux auxquels les tribunaux donnent alors une application indirecte. Ces engagements peuvent également résulter de la coutume internationale ou des actes unilatéraux accomplis par le Canada. Dans le cas de la coutume, le principe « International Law is part of the Law of the Lord » est favorable à l'application directe de la coutume par les tribunaux canadiens[135]. Toutefois, en cas de conflit, le droit interne l'emporte sur la coutume[136]. Cette règle doit pourtant être nuancée en raison de la présomption mentionnée plus haut. Ainsi, les tribunaux canadiens devront préférer le droit interne à la coutume seulement dans la mesure où ils ne peuvent les réconcilier. Quant aux actes unilatéraux, il faut rappeler qu'ils peuvent être source d'obligations pour les États[137]. Il en va ainsi lorsque le Canada se prononce favorablement à l'égard d'un texte international

133. *Daniels* c. *White*, *supra*, note 94, p. 541, cité favorablement dans *Schreiber* c. *Canada*, *supra*, note 92, par. 50.

134. Voir Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3e éd., Markham, Ont., Butterworths, 1994, p. 330, cité favorablement dans *Baker* c. *Canada*, *supra*, note 96, par. 70. Quand la loi en question est d'ordre constitutionnel, le principe risque d'être appliqué avec plus de nuance. En effet, on constate qu'au Canada comme en Europe, les tribunaux abordent les rapports du droit international et du droit constitutionnel avec prudence. En ce qui concerne le Canada, *cf.* J. Brunnée, S. J. Toope, *loc.cit.*, note 29, p. 33 et suiv. En ce qui concerne le droit communautaire, *cf. Droit communautaire dérivé...*, *supra*, note 12. En ce qui concerne l'Afrique du Sud, *cf.* E. de Wet, «The Friendly but Cautious Reception of International Law in the Jurisprudence of the South African Constitutional Court: Some Critical Remarks», (2005) 28 *Fordham Int'l L.J.* 1529.

135. Toutefois, certaines incertitudes subsistent: voir J. Brunnées, S. J. Toope, *loc. cit.*, note 29, p. 43; C. Emanuelli, *op. cit.*, note 1, nos 191 et suiv.

136. *Id.*, no 196.

137. *Id.*, nos 376 et suiv.

qui n'est pas contraignant en soi : un code de conduite adopté dans le cadre d'une organisation internationale, par exemple. Les obligations qui pèsent sur le Canada proviennent alors de son adhésion au texte en question plutôt que du texte lui-même. Elles sont liées au principe de la bonne foi. À leur tour, elles peuvent influencer la façon dont les tribunaux interprètent et appliquent le droit canadien. Dans tous les cas, ce ne sont pas tant des valeurs exprimées dans le droit international que des obligations contractées par le Canada dont il faut tenir compte.

Claude Emanuelli
Faculté de droit
Section de droit civil
Université d'Ottawa
57, Louis-Pasteur
Ottawa (Ontario) K1N 6N5
Tél. : 613 562-5800, poste 3233
Téléc. : 613 562-5121
claude.emanuelli@uottawa.ca

Note de l'auteur : Une version abrégée du présent texte a été présentée lors d'un séminaire organisé par Justice Canada le 14 mars 2007 concernant « L'intégration des instruments internationaux dans les pays de droit civil et de common law — l'expérience française et canadienne ».