

Les notions de monisme et dualisme¹

Christian BEHRENDT

Chargé de cours à la Faculté de droit de Liège

Magister Juris (Oxford), LL M (Yale)

Docteur en droit (Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

1. Parmi les questions qui ont particulièrement retenu l'intérêt du dedicataire des présents *Mélanges* figure notamment celle des rapports entre droit interne et droit international². Sans aborder cette problématique du point de vue spécifiquement belge – car d'excellentes études sur le sujet existent³ – nous souhaitons dans les lignes qui suivent la présenter d'une manière plus abstraite, en nous concentrant sur la distinction entre monisme et dualisme. Nous pensons en effet que sur ce point, des bases conceptuelles claires sont particulièrement importantes.

2. Lorsqu'on regarde la structure pyramidale des normes d'un État donné, on peut se demander s'il existe, au sein de cette pyramide, une place pour les règles juridiques internationales et, dans l'affirmative, à quel niveau hiérarchique celle-ci se trouve localisée.

Les notions de monisme et dualisme aspirent à fournir une réponse à la question. Or, cette réponse sera nécessairement *relative*, car en raison de la souveraineté des États, chacun d'entre eux peut consacrer sa solution spécifique. Si nous partons, par souci de

¹ Cette contribution est directement empruntée à l'ouvrage que l'auteur a écrit avec Frédéric BOUHON et intitulé *Introduction à la Théorie générale de l'État-Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, Chap. 14

² Voy notamment ses contributions « Considérations sur les rapports entre traités, lois et Constitution », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp 1015-1026, et (en co-écriture avec P VANDERNOOT), « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé », *Rev b dr const*, 1998, pp 3-45, ainsi que le rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique à la 9^e conférence des Cours constitutionnelles européennes organisée à Paris du 10 au 13 mai 1993 (en co-écriture avec L. DE GRÈVE), *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?*, 1992, 125 pages (inédit).

³ Voy. *infra*, notes 23 et 24

commodité, de l'idée qu'il existe 200 États dans le monde⁴, la question des rapports entre droit interne et droit international se pose donc, à bien regarder, non pas *une* mais 200 fois

À cet égard, deux grandes écoles de pensée existent : selon la première – l'école dualiste – les ordres juridiques national et international forment des ensembles distincts et étanches l'un de l'autre (I), tandis qu'aux yeux de la seconde – l'école moniste – les deux se confondent et interagissent (II).

I. Le dualisme: l'idée de l'étanchéité des ordres juridiques national et international

3. Les partisans de l'école dualiste considèrent que les normes juridiques internationales, d'une part, et nationales, d'autre part, forment des ensembles *distincts et étanches* l'un de l'autre. Ce cloisonnement repose sur l'idée que les deux catégories de normes ont des *destinataires* tout à fait différents. Alors que les règles juridiques internes s'adressent principalement aux *particuliers*, les règles de droit international visent quant à elles nécessairement les *États* (ce sont des normes que l'on peut qualifier d'« inter-nationales »).

Les propos d'Ian Brownlie sont éclairants.

« Dualist doctrine points to the essential difference of international law and municipal law, consisting primarily in the fact that the two systems regulate different subject-matter. International law is a law between sovereign states; municipal law applies within a state and regulates the relations of its citizens with each other and with the executive. On this view neither legal order has the power to create or alter rules of the other »⁵

Pierre-Marie Dupuy écrit que dans la pensée dualiste, chaque ordre juridique « constitue un ensemble autonome et sans lien possible avec l'autre. L'ordre international lie les États entre eux par des droits et des obligations réciproques. Par ailleurs, chaque État possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive »⁶. Selon Malcolm Shaw, « [t]his theory [.] stresses that the rules of the systems of international

⁴ Nous disons bien « par souci de commodité », car si l'on veut déterminer avec plus de précision le nombre d'États qu'il y a dans le monde, il faut indiquer *l'ordre juridique étatique qui sert de base au comptage* : le nombre d'États reconnus dans le monde n'est en effet pas nécessairement le même en droit belge, en droit israélien, en droit iranien ou encore en droit nord-coréen. En droit belge, il s'élève actuellement, en septembre 2010, à 195 (à savoir les 192 États membres des Nations Unies, plus le Saint-Siège, les Îles Cook et, depuis février 2008, le Kosovo).

⁵ I. BROWNIE, *Principles of public international law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 31-32.

⁶ P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1998, p. 371.

law and municipal law exist separately and cannot purport to have an effect on, or overrule, the other»⁷. Dans le même sens encore, Claudia Sciotti-Lam relève qu'aux yeux de l'école dualiste, «le droit international régit les rapports entre États, alors que le droit interne porte sur les rapports entre individus»⁸

4. Dans un État qui applique la théorie dualiste, les particuliers ne peuvent donc jamais requérir l'application du droit international celui-ci *ne les régit pas*, c'est-à-dire il ne les soumet à aucune obligation et ne leur accorde le bénéfice d'aucun droit. Dans un État dualiste, un particulier (personne physique ou morale) ne peut dès lors jamais se prévaloir – devant un juge notamment – d'une norme de droit international public, fût-elle même ratifiée par cet État. Si l'État en question souhaite accorder aux particuliers placés sous sa juridiction le bénéfice d'une garantie exprimée dans une règle de droit international qu'il a ratifiée (comme par exemple celle interdisant l'application de la peine de mort), en leur donnant le droit de saisir le juge interne de tout contentieux relatif à cette garantie, il ne pourra y parvenir qu'en édictant une norme de droit *interne* dont le contenu – interdiction de la peine capitale – est identique à celui de la disposition de droit international à laquelle il est partie⁹. Au risque de paraître redondant, il convient d'insister sur le fait que ce qui est incorporé dans l'ordre juridique interne, à l'aide de la norme interne que l'État édicte, n'est pas le traité international lui-même, mais seulement le *contenu* dudit traité : l'étanchéité conceptuelle entre les ordres juridiques international et interne est ainsi préservée. Cette coexistence de deux normes à contenu identique signifie naturellement que la disparition de l'une n'entraîne pas, *ipso facto*, celle de l'autre : si l'État dénonce un traité, les règles de droit interne qui ont un contenu identique à celui des dispositions du traité restent en vigueur aussi longtemps qu'elles n'auront pas été abrogées à leur tour ; et une situation analogue se présente lorsqu'un traité dont le contenu a fait l'objet d'une incorporation est dans la suite *modifié*. On comprend donc que la norme d'incorporation doit être nettement distinguée de la norme d'*assentiment* qui se borne à approuver des opérations réalisées (ou à réaliser) par le pouvoir exécutif dans le cadre de la procédure de conclusion d'un traité¹⁰.

⁷ M N SHAW, *International law*, 5^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 121-122

⁸ C SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 116

⁹ La théorie dualiste «conclut à l'absence de relation entre le droit international et le droit interne, sauf en cas de transformation du droit international en droit interne par les organes étatiques» (C SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, *op cit*, p. 116)

¹⁰ À propos de l'acte d'assentiment, voy notamment notre ouvrage *Introduction à la Théorie générale de l'État Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 397-398, n° 407. Claudia Sciotti-Lam note avec raison que le fait que l'article 167 de la Constitution belge exige un acte d'assentiment du traité par les chambres *ne permet pas de classer cet ordre juridique parmi les États dualistes* «cet acte d'assentiment, qui n'est pas une autorisation de conclure le traité, n'est pas pour autant un acte d'incorporation. L'assentiment ne peut donc pas

Il nous paraît opportun de prendre en exemple le cas du Royaume-Uni, pays qui adhère précisément à la théorie dualiste. En effet, dans cet État, les particuliers ne peuvent jamais réclamer l'application des règles de droit international qui le lient; ces règles ne s'appliquent qu'au Royaume lui-même, dans ses rapports avec les autres États. Cette situation n'empêche pas les autorités nationales de faire bénéficier la population britannique du contenu des règles de droit international que le Royaume-Uni a ratifiées. Cette volonté des autorités nécessite toutefois l'adoption, au cas par cas, d'une norme d'incorporation qui rend applicable, en tant que disposition du droit interne, le contenu des règles internationales dont l'application aux particuliers – y compris devant les juridictions nationales – est souhaitée.

Une illustration concrète permettra de mieux cerner les conséquences de l'application de la théorie dualiste dans cet État. Le Royaume-Uni a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le 8 mars 1951 et a ainsi reconnu «à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés» définis par la Convention¹¹. Celle-ci consacre notamment l'interdiction de la torture (article 3 de la Convention), le droit à un procès équitable (article 6), le droit au respect de la vie privée et familiale (article 8), la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9), la liberté d'expression (article 10) et interdit la discrimination dans la jouissance de ces droits (article 14). Or, malgré la ratification de la Convention par le Royaume-Uni, il est impossible pour les particuliers d'obtenir l'application par les juridictions britanniques de ses dispositions: le système dualiste interdit aux juges internes d'appliquer les normes d'un traité, et ce principe vaut aussi pour la Convention européenne des droits de l'homme. Ceci ne signifie toutefois pas que les particuliers placés sous la souveraineté britannique seraient exclus du champ d'application de la Convention ou que le gouvernement de Londres serait peu soucieux des droits de l'homme: il s'agit simplement d'une conséquence logique de l'appartenance du Royaume-Uni à l'école dualiste. Cette appartenance ne l'a nullement empêché de réaliser, entre 1951, année de la ratification de la Convention, et 2000 (nous parlerons de cette date dans un instant), un très bon bulletin dans la protection des droits de l'homme sur son territoire¹². Toutefois, en 2000 – et plus précisément le 2 octobre de cette année – le Royaume-Uni a encore renforcé cette protection. Depuis cette date en effet, le contenu des dispositions de la Convention se trouve incorporé dans une loi interne (*Act of Parliament*), à savoir le célèbre *Human Rights Act*¹³. On se souviendra que nous l'avions classé, au chapitre 8, parmi les normes constitutionnelles britan-

être considéré comme un acte d'insertion du traité en droit interne [.]» (C SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, op cit, p. 132).

¹¹ Article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme

¹² On ne perdra en effet pas de vue que le Royaume-Uni est lié par la Convention au niveau international. Il s'agit là – il peut être opportun de le rappeler – du point le plus important du débat.

¹³ Du 9 novembre 1998 (47 Eliz II, 42) il est entré en vigueur le 2 octobre 2000.

niques au sens matériel du terme. Le *Human Rights Act* prévoit que les droits qui sont consacrés par les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pourront désormais être invoqués par les particuliers devant les juridictions internes – et appliquées par celles-ci – dans le respect de la procédure qu'il organise. L'adoption de cette législation fondamentale permet à la population de bénéficier de la protection offerte par la Convention, sans que le caractère dualiste du système britannique ne soit remis en cause. En effet, dorénavant, les particuliers pourront exiger que les juges britanniques mettent en œuvre la substance des droits inscrits dans la Convention en appliquant formellement le *Human Rights Act* qui, étant une norme de droit interne, s'impose à toute juridiction au sein du Royaume-Uni.

5. La conception dualiste, que nous venons d'illustrer, implique la coexistence de deux pyramides des normes bien distinctes : la première contient les règles juridiques internationales et la seconde les normes de droit interne. Les deux pyramides sont *juxtaposées* et il n'y a aucune immixtion, aucun point de rencontre, entre les normes qu'elles contiennent respectivement. Cette situation a une conséquence de la plus haute importance quant à la question de la hiérarchie des normes : dans la pensée dualiste, *il n'y a pas lieu* de se demander si les normes internationales occupent un rang supérieur ou inférieur aux normes internes. Puisque l'une et l'autre catégorie de normes se trouvent dans des pyramides distinctes, elles ne sont jamais susceptibles d'entrer en conflit et la question de leur rang hiérarchique n'a pas de sens. Nous verrons *infra*, dans le point 2, qu'il en va tout autrement pour l'école moniste.

6. Parmi les auteurs qui se sont exprimés en faveur du modèle dualiste, on peut notamment mentionner Jean-Jacques Rousseau. Sa conception des rapports entre les règles du droit international et celles du droit interne apparaît notamment au chapitre 4 du livre 1^{er} du *Contrat social*, chapitre dans lequel il traite notamment de la guerre :

« La guerre n'est [] point une relation d'homme à homme, mais une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats, non point comme membres de la patrie, mais comme ses défenseurs. Enfin, chaque État ne peut avoir pour ennemis que d'autres États et non pas des hommes, attendu qu'entre choses de *diverses natures* on ne peut fixer aucun vrai rapport »¹⁴.

Rousseau défend ainsi l'idée – dualiste – que les rapports entre États appartiennent à une catégorie *distincte* (d'une « nature » différente) de celle qui regroupe les rapports internes à un État. On relèvera que c'est précisément cette approche dualiste qui lui permet de ne pas intégrer l'étude du droit international dans le *corpus* de son ouvrage : en effet, comme il l'explique lui-même à la fin du *Contrat social*, il en a exclu les

¹⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social* (1762), livre 1^{er}, chapitre 4. C'est nous qui soulignons.

« relations externes »¹⁵, parce que celles-ci constituent un « nouvel objet »¹⁶. S'il avait défendu une position moniste, il les aurait sûrement intégrées, à défaut de pouvoir les distinguer du reste de la matière abordée.

Plus récemment, la thèse dualiste a également été soutenue par Raymond Aron ; celui-ci insiste dans son ouvrage *Paix et guerre entre les nations* sur le fait que les sujets du droit international sont les États¹⁷ et affirme qu'en raison des conceptions juridiques et politiques différentes développées par les États,

« le droit international auquel ils ont souscrit comportera des interprétations contradictoires, [et] se fragmentera, effectivement, en ordres multiples fondés sur les mêmes textes mais aboutissant à des résultats incompatibles »¹⁸

C'est précisément cette vision des choses que Hans Kelsen rejette avec énergie. Dans sa *Théorie pure du droit*, il estime qu'on ne peut considérer le droit international et le droit étatique comme des ordres juridiques valables « qu'en les comprenant tous deux en un système unique [.] »¹⁹.

Il estime que la théorie dualiste comporte une faille qui anéantit le raisonnement de ses partisans. En effet, la pensée dualiste suppose l'existence de « normes juridiques obligatoires qui sont en vigueur à côté des normes de droit étatique »²⁰ et dont la validité et la force obligatoire sont fondées sur l'ordre juridique national qui les reconnaît. Or, cette reconnaissance fait dépendre la validité du droit international de l'ordre juridique étatique, de sorte qu'en réalité, les deux ordres juridiques ne reposent pas sur des sources de validité distinctes, indépendantes l'une de l'autre, mais sur une seule et même source. Hans Kelsen résume son raisonnement critique comme suit :

« Par la nécessité de concevoir le droit international comme un complexe de normes juridiques valables, la conception dualiste se voit poussée vers son auto-destruction par la voie de l'idée, dont elle ne peut se passer, que la validité du droit international pour un État dépend de sa reconnaissance par cet État. Car, si le droit international ne vaut que comme partie intégrante d'un ordre juridique étatique, il ne peut pas être un ordre juridique distinct de ce dernier, indépendant de lui dans sa validité, et alors il ne peut y avoir de conflits entre les deux ordres déjà pour cette raison que tous deux reposent (comme s'exprime la doctrine traditionnelle) sur la 'volonté' d'un seul et même État »²¹

¹⁵ *Ibid*, livre 4, chapitre 9.

¹⁶ *Ibid*

¹⁷ Voy. R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, 8^e éd (publiée à titre posthume), Paris, Calmann-Lévy, 1984, p 117

¹⁸ *Ibid*, p 118

¹⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 1962, p 434. C'est Kelsen qui souligne

²⁰ *Ibid*, p 436. C'est nous qui soulignons.

²¹ *Ibid*, p 439

II. Le monisme: l'idée de l'interaction des ordres juridiques national et international

7. La théorie moniste envisage d'une manière bien différente les rapports entre le droit international et le droit interne. Ses partisans estiment que les normes de droit interne et de droit international sont intégrées dans un *unique ordre juridique*, qu'elles ont par essence les *mêmes destinataires* et qu'elles s'appliquent à des *situations juridiques identiques*²².

Dans un système moniste, l'application des règles internationales peut donc *a priori* être exigée par les particuliers, puisque ces règles font partie du même ordre juridique que les normes internes qui leur sont également applicables. Pour que les particuliers puissent se prévaloir du droit international, il n'est en tous cas pas nécessaire que les autorités nationales reproduisent son contenu dans une norme de droit interne, technique qui s'impose, nous l'avons vu, dans le système dualiste.

Il convient cependant de signaler, pour éviter toute confusion, que même dans un système moniste, les particuliers ne peuvent pas exiger l'application de *toute* norme internationale. En effet, pour qu'un particulier puisse exiger l'application d'une règle internationale donnée, il faut non seulement qu'il se trouve dans un État moniste, mais il faut en outre que la norme invoquée revête une qualité particulière, à savoir soit dotée de l'*effet direct*²³.

8. La théorie moniste suppose l'existence d'*une seule pyramide des normes* au sein de laquelle se situent les règles juridiques tant internationales que nationales. Les deux types de normes interagissent les unes par rapport aux autres et il convient dès lors de se demander quelles sont les règles – nationales ou internationales – qui occupent

²² Selon Pierre-Marie Dupuy, « la théorie moniste abolit [.] les frontières entre les deux ordres juridiques et tient dans l'affirmation de l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre interne » (P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op cit.*, p. 372)

²³ Sur la notion de l'effet direct, voy notamment notre ouvrage: *Introduction à la Théorie générale de l'État Manuel*, *op cit.*, pp 488 à 497, n^{os} 517 à 527

le sommet de la hiérarchie des normes^{24 25}. Cette question cruciale ne peut logiquement se poser que dans le cadre de la théorie moniste. c'est parce qu'il y a interaction entre les normes internes et internationales qu'il y a lieu d'établir une hiérarchie entre elles, si elles étaient rigoureusement séparées les unes des autres, en ayant par essence des destinataires différents (comme le postule la théorie dualiste), la question n'aurait pas de sens.

Il convient maintenant d'étudier ce problème de hiérarchie dans les ordres juridiques monistes de plus près. En effet, un État moniste s'expose à un risque de conflit entre ses normes internes et les règles de droit international, puisque les unes et les autres sont susceptibles d'être appliquées par les juridictions internes de cet État. Dans l'hypothèse où deux normes contradictoires – la norme A consacrée par le droit national, et la norme B par le droit international – trouvent à s'appliquer à un litige donné, la question de la hiérarchie entre les deux normes devient cruciale: la solution du litige en dépend. Si nous nous limitons, dans notre exemple, à la situation la plus emblématique, à savoir à la contradiction entre une norme de droit interne de rang constitutionnel et une norme de droit international, toutes deux applicables au litige,

²⁴ On sait que, pour ce qui est de l'ordre juridique belge, la doctrine est divisée sur cette question. Soutiennent, de même que nous, que c'est aux normes de droit interne, et plus précisément aux dispositions formellement constitutionnelles, que revient la place la plus élevée au sein de la pyramide des normes: A. ALEN, « De Grondwet, hoogste rechtsnorm? », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, pp. 105-113; M. MELCHIOR, « Considérations sur les rapports entre traités, lois et Constitution », in *En hommage à Francis Delpérée, op. cit.*, pp. 1015-1026; P. VANDERNOOT, « Regards du Conseil d'État sur une disposition orpheline: l'article 34 de la Constitution », in *En hommage à Francis Delpérée, op. cit.*, pp. 1599-1630, spéc. pp. 1627-1628; L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261-266; J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation: la primauté du droit international », *Rev. b. dr. const.*, 1999, pp. 109-136; M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé », *Rev. b. dr. const.*, 1998, pp. 3-45, spéc. pp. 10-11; P. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Cah. dr. europ.*, 1995, pp. 7-22; et Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, pp. 671-676.

²⁵ Par opposition aux études renseignées à la note précédente, les contributions suivantes affirment – selon nous à tort – que la place la plus élevée au sein de la pyramide des normes est occupée non par les normes constitutionnelles internes mais par les normes du droit international (selon les auteurs, cette prééminence bénéficie soit à l'intégralité du droit des gens, soit au seul droit international conventionnel doté d'un effet direct): J. SALMON, « Les problèmes d'adaptation de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international », in *La réforme de l'État 150 ans après l'indépendance nationale*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau [de Bruxelles], 1980, pp. 123-191, spéc. p. 181; P. DE VISSCHER, « La Constitution belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1986, pp. 5-58, spéc. p. 31; A. VANWELKENHUYZEN, « Les limites du droit constitutionnel », *Rapports belges au 12^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, vol. 2, Anvers/Bruxelles, Kluwer/Bruylant, 1988, pp. 77-101, spéc. pp. 82-83; J. VELU, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », *R.U.D.H.*, 1990, pp. 225-240, spéc. p. 239; R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », note sous C.A., 5 juillet 1990, n° 25/90, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 622-649, spéc. p. 647.

le juge interne dispose, en théorie, de deux solutions possibles : il peut soit accorder la primauté à la norme constitutionnelle au détriment de la norme internationale, soit opter pour la prééminence de la règle internationale, au dépend de la règle suprême de droit interne.

Les deux solutions étant également envisageables, ce sont les différents États qui, chacun pour ce qui le concerne, déterminent souverainement la hiérarchie entre les deux normes, hiérarchie que les juges des juridictions internes seront alors tenus de respecter. De la sorte, les États qui appartiennent à l'école moniste se divisent en deux groupes ou – si l'on préfère – en deux sous-écoles, à savoir les États monistes à primauté du droit interne²⁶ et les États monistes à primauté du droit international²⁷.

Hans Kelsen écrit à cet égard :

« Le droit international doit être conçu, ou bien comme un ordre juridique délégué par le droit étatique et par conséquent incorporé à celui-ci, ou bien comme un ordre juridique total qui délègue les ordres juridiques étatiques, qui leur est supérieur, et qui les comprend tous comme des ordres juridiques partiels. Ces deux interprétations du rapport entre droit international et droit étatique représentent une construction moniste. Mais la première pose la primauté du droit étatique, la seconde, la primauté de l'ordre juridique international »²⁸

Sur base de cette division, il convient maintenant de présenter chacune des deux branches de l'école moniste.

A. Monisme à primauté du droit interne

9. Selon une première conception du monisme, c'est le droit interne qui prime sur le droit international au sein de la pyramide : la norme nationale suprême de l'État – c'est-à-dire la Constitution au sens formel du terme, quand l'État dispose d'un tel instrument – prime non seulement sur les autres normes internes, mais aussi sur les règles juridiques internationales par lesquelles cet État est lié.

Cela signifie concrètement que si un juge d'un tribunal interne de cet État est appelé à trancher un litige auquel tant une norme interne de rang constitutionnel qu'une

²⁶ Nous visons par là le droit interne de rang constitutionnel.

²⁷ En ce sens, Claudia Sciotti-Lam écrit que « les monistes ont choisi la solution de la subordination, mais il existe deux variantes de ce système, l'une prévoyant de subordonner le droit international au droit interne et l'autre faisant, au contraire, primer le droit international sur le droit interne » (C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, op. cit., p. 118). Dans le même sens, voy J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 7^e éd. Paris, Montchrestien, 2006, pp. 181-183, P.-M. DUPUY, *Droit international public*, op. cit., pp. 371-372, Th. L. BELLEKOM e.a., *Compendium van het staatsrecht*, 9^e éd., Deventer, Kluwer, 2002, p. 44.

²⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., pp. 435-436.

norme internationale (qu'elle soit conventionnelle ou coutumière) ont vocation à s'appliquer, il devra, en cas de contradiction entre les deux normes, assurer l'application de la première au détriment de la seconde²⁹.

Dans l'esprit de Hans Kelsen, le monisme à primauté du droit interne repose sur la prémisse selon laquelle la validité de l'ordre juridique étatique ne repose pas sur une norme de droit international mais est assurée d'une manière purement interne à cet État, à savoir par la norme fondamentale (*Grundnorm*) de celui-ci. Quant à la validité des normes internationales, elle dépend des règles nationales. Kelsen relève à juste titre que le fondement ultime de la validité des premières

«est donc la norme fondamentale hypothétique [c'est-à-dire la *Grundnorm*] de l'ordre juridique [étatique]; et alors, l'unité du droit international et du droit étatique est fondée sur la base de la primauté du droit étatique (et non sur la base inverse, c'est-à-dire de la primauté du droit international)»³⁰

En d'autres mots, dans la conception moniste à primauté du droit interne, la pyramide des normes est couronnée par la *Grundnorm* du droit interne, ou – si l'on opte pour une vision plus pragmatique³¹ – par la Constitution au sens formel de l'État.

B. Monisme à primauté du droit international

10. Il existe au sein de la pensée moniste une *seconde* manière de concevoir la hiérarchie des normes, manière qui reçoit les faveurs de Hans Kelsen : elle consiste à placer au sommet de la pyramide des normes non pas les dispositions du droit interne mais les règles internationales. Cette théorie implique que toutes les normes internes d'un État – y compris la Constitution au sens formel du terme – puisent leur validité dans une règle de droit international; par conséquent, les règles de droit interne doivent, sans exception, être conformes aux dispositions du

²⁹ Précisons que dans certains États monistes qui appartiennent ainsi à la sous-école du monisme à primauté du droit interne, la prééminence des normes nationales sur celles du droit international ne se limite pas aux normes de rang constitutionnel mais s'étend à certaines normes de rang législatif: ainsi, aux États-Unis d'Amérique, une éventuelle contradiction entre une norme conventionnelle et une disposition législative postérieure se résout en faveur de cette dernière. Cette position peu hospitalière au droit international a été dégagée par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt de 1889 relatif au *Chinese exclusion case* (130 U.S. 581), voy notre ouvrage *Introduction à la Théorie générale de l'État. Manuel, op cit*, pp 477-478, n° 505

³⁰ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, op cit*, p 439

³¹ Selon Hans Kelsen et Adolf Merkl, le sommet de la pyramide hiérarchique est occupé par une norme hypothétique, baptisée «*Grundnorm*» («norme fondamentale» en français) et sur laquelle se fondent toutes les normes de droit interne, y compris la Constitution elle-même. L'existence de cette norme fondamentale est toutefois contestable; selon nous, la Constitution au sens formel du terme n'est en effet pas fondée sur une norme juridique, mais sur un élément factuel, à savoir l'adhésion du peuple à son contenu. Positiviste que nous sommes, il nous importe peu de savoir si cette adhésion se réalise d'une manière volontaire ou est le fruit de pressions; la seule chose qui compte est qu'elle se réalise

droit des gens – ou pour être plus précis – à celles de ses dispositions par lesquelles l'État est lié.

Les tribunaux d'un État qui adhère à l'école moniste à primauté du droit international doivent donc écarter l'application de toute règle interne qui serait incompatible, sur quelque point que ce soit, avec une disposition de droit international – même les dispositions internes de rang constitutionnel ne peuvent être appliquées que si elles sont conformes aux engagements internationaux de l'État.

C'est avant tout Kelsen qui a posé les fondements théoriques de cette sous-école moniste. Pour justifier son point de vue, l'auteur de la *Théorie pure du droit* part de l'idée que le droit international est valide *indépendamment de sa reconnaissance par les États* et que c'est précisément lui – le droit international – qui est à la base de la validité des règles du droit interne. De la sorte, Kelsen inverse complètement le raisonnement traditionnel, raisonnement qui localisait au contraire la source de la validité des règles juridiques internationales dans le droit interne des États. Le juriste viennois affirme en effet que les ordres juridiques étatiques «doivent être conçus comme des ordres juridiques partiels délégués par le droit international, et par là même subordonnés ou inférieurs à lui»³². Autrement dit, c'est le droit international qui est à la source de l'existence des États, et non – comme l'affirme la pensée classique – l'inverse. Pour étayer cette thèse, Hans Kelsen affirme que ce ne seraient pas les règles de droit interne mais celles du droit international qui établiraient les éléments constitutifs des États³³, et que ce seraient également elles qui en détermineraient les territoires respectifs et permettraient leur «juxtaposition spatiale»³⁴. Par ailleurs, ce serait toujours elles – les règles de droit international – qui régleraient la succession des États dans le temps³⁵. À l'issue de cet argumentaire, Kelsen

³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 440. Par ailleurs, l'auteur rejette l'argument que certains opposent à cette conception et selon lequel il serait impossible de considérer les États comme des ordres juridiques fondés sur le droit international, puisque, historiquement, il faut nécessairement que des États aient existés avant que n'apparaisse le droit international général. Kelsen repousse l'objection en affirmant qu'elle «repose sur le défaut de distinction entre la relation historique entre des faits et la relation logique entre des normes. La famille aussi est, en tant que collectivité juridique, plus ancienne que l'État qui comprend plusieurs familles, qui est centralisé, et cependant, c'est bien sur l'ordre étatique que repose aujourd'hui la validité de l'ordre juridique familial [...]» (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 443).

³³ Voy. Hans KELSEN, *op. cit.*, p. 441.

³⁴ Voy. *ibid.*, p. 442.

³⁵ Voy. *ibid.*, p. 442.

conclut – à notre sens à tort³⁶ – que « ces idées se résument dans la formule de la primauté de l'ordre juridique international »³⁷

★
★ ★

11. Si l'on fait la synthèse des lignes qui précèdent, on peut relever qu'il existe trois conceptions théoriques distinctes des rapports entre le droit international et le droit interne des États³⁸.

11.1. Selon l'école *dualiste* tout d'abord, les deux catégories de normes se trouvent dans des ensembles distincts et étanches qui, tels des droites parallèles, ne se touchent jamais. L'école dualiste postule donc l'*absence* des normes internationales de la pyramide des normes de droit interne. elles forment leur propre pyramide, à côté de celle contenant les dispositions nationales. Or, dès lors que les premières se trouvent contenues dans une pyramide distincte de celle qui embrasse les secondes, il est *logiquement inconcevable* qu'un *conflit* puisse survenir entre les deux types de normes : ils ont par essence des destinataires différents et s'appliquent à des situations distinctes. Lorsqu'un État qui relève de l'école dualiste souhaite permettre aux particuliers qui se trouvent placés sous sa juridiction de bénéficier de droits inscrits dans un traité international auquel il est partie, il va devoir, pour ce faire, reproduire le contenu des dispositions du traité dans l'ordre normatif interne, en édictant par exemple des dispositions législatives dotées d'un libellé analogue à celui des règles du traité. Ce seront donc ces

³⁶ Car la théorie de Kelsen conduit à affirmer qu'il n'existe pas une *Grundnorm par État*, mais une seule *Grundnorm planétaire*, source de la validité de toutes les normes juridiques sur Terre. Nous ne partageons pas cette analyse : selon nous, il existe une *Grundnorm par État*, et cette norme assure la validité des normes juridiques de cet État – et uniquement de cet État, autrement dit, nous pensons qu'il existe sur Terre autant de *Grundnormen* qu'il y a d'États.

³⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op cit*, p. 440. Selon Hans Kelsen, cette primauté est « conciliable avec le fait que la Constitution de certains États contient [...] une disposition affirmant que le droit international général doit être considéré comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique étatique. Si l'on part de la validité du droit international, qui ne demande aucune reconnaissance de la part de l'État, une telle disposition ne signifie pas la mise en œuvre du droit international pour l'État considéré, elle signifie sa transformation en droit étatique par une clause générale. Une telle transformation est nécessaire si, d'après la Constitution, les organes de l'État, en particulier les tribunaux, ne sont habilités à appliquer que le droit étatique, et par suite ne peuvent appliquer le droit international que si et lorsque son contenu a été revêtu d'une forme de droit étatique – forme de loi, forme de règlement – c'est-à-dire s'il a été transformé en droit étatique. Si à défaut d'une telle transformation, une norme du droit international applicable à un cas concret ne peut pas lui être appliquée, cela ne signifie pas, si l'on part de la validité du droit international, que cette norme de droit ne vaut pas pour l'État en cause, mais seulement que, si elle n'est pas appliquée et que par suite le droit international est violé, violé par la conduite de l'État, l'État s'expose à la sanction que le droit international prévoit comme conséquence » (*Théorie pure du droit*, *op cit*, pp. 440-441).

³⁸ Dans le même sens, voy. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 7^e éd., *op cit*, pp. 181-183, P.-M. DUPUY, *Droit international public*, *op cit*, pp. 371-372.

normes législatives internes (nous l'avons vu à l'aide de l'exemple britannique du *Human Rights Act*) dont les particuliers pourront se prévaloir devant les tribunaux internes de l'État dualiste en question.

11.2. Aux yeux de l'école *moniste à primauté du droit interne* ensuite, toutes les normes – internes et internationales – se trouvent placées au sein d'une seule et même pyramide hiérarchique, pyramide au sommet de laquelle se situent une ou plusieurs normes de droit *interne*. Il existe une interaction – et donc une possibilité de *conflit* – entre les deux corps de règles et ce conflit se résout en faveur des règles internes suprêmes. Le monisme à primauté du droit interne ne postule toutefois pas la supériorité de *tout* le droit national sur le droit des gens, mais simplement celle d'au moins une de ses dispositions; pour le reste, il admet parfaitement que des normes de droit interne puissent se trouver dans un rapport d'*infériorité* avec le droit international. dans de très nombreux pays dotés d'un système moniste à primauté du droit interne, le conflit entre une norme législative interne et une disposition d'un traité régulièrement ratifié se résout en effet au bénéfice de ce dernier³⁹.

11.3. Enfin, pour l'école *moniste à primauté du droit international*, toutes les normes – internes et internationales – s'inscrivent dans une seule pyramide hiérarchique au sommet de laquelle se situent les normes *internationales*. Il existe une *interaction* entre les deux catégories de normes et, lorsque des conflits surviennent entre elles, les règles internationales (ou du moins certaines d'entre elles⁴⁰) l'emportent sur les règles internes, y compris la Constitution. Cette école de pensée repose donc sur l'idée de la *suprématie des règles internationales*

12. Chaque État peut librement opter pour l'une de ces trois conceptions; ce choix a évidemment d'importantes conséquences pour le fonctionnement interne de l'ordre juridique, que ce soit au niveau de ses autorités administratives, de ses instances juridictionnelles ou des prérogatives processuelles de ses habitants (selon qu'ils peuvent ou non se prévaloir d'une disposition de droit international que l'État en question a ratifiée).

³⁹ En théorie, un ordre juridique moniste pourrait même prévoir que seules certaines dispositions limitativement énumérées de sa Constitution interne ont préséance sur les règles de droit international et que toutes les autres normes constitutionnelles devraient, en cas de conflit, céder devant les dispositions des traités régulièrement ratifiés par l'État en question aussi longtemps qu'il existera au moins une norme de droit interne qui a primauté sur les règles juridiques internationales, l'État reste fidèle à son école de pensée

⁴⁰ Nous nous référons ici *mutatis mutandis* à ce que nous venons d'exposer à la note précédente à propos du monisme à primauté du droit interne

Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme

Liber amicorum Michel Melchior



ANTHEMIS

© 2010, Anthemis s a
Place Albert I, 9 B-1300 Limal
Tél 32 (0)10 42 02 90 - info@anthemis.be - www.anthemis.be

Toutes reproductions ou adaptations totales ou partielles de ce livre,
par quelque procédé que ce soit et notamment par photocopie, réservées pour tous pays

Dépôt légal D/2010/10 622/72
ISBN 978-2-87455-282-3

Mise en page Communications
Impression Michiels
Imprimé en Belgique