

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

LA CONSTITUTION DE 1958 ET LE DROIT INTERNATIONAL

SOMMAIRE

INTRODUCTION.

PREMIÈRE PARTIE. — *L'élaboration conventionnelle du droit international.*

I. — Le dédoublement de la procédure générale d'élaboration.

A. — Les traités.

1° La négociation.

2° La signature.

3° La ratification.

B. — Les accords non soumis à ratification.

1° Accords non soumis à ratification et traités.

2° Accords non soumis à ratification et accords en forme simplifiée.

II. — La création de procédures particulières d'acceptation de certains engagements.

A. — L'acceptation subordonnée à la révision préalable de la Constitution.

B. — L'acceptation subordonnée à un consentement populaire.

DEUXIÈME PARTIE. — *L'application du droit conventionnel dans l'ordre interne.*

I. — La confirmation de principe du monisme.

A. — L'introduction automatique du traité ou de l'accord dans l'ordre interne.

B. — La primauté du traité ou de l'accord sur les lois internes.

II. — La réserve de réciprocité.

A. — La définition de la réciprocité.

B. — La vérification de la réciprocité.

C. — Les conséquences du défaut de réciprocité.

CONCLUSION.

Dès le lendemain de leur promulgation, les dispositions de la Constitution de 1946 relatives au Droit international firent l'objet de nombreuses approbations enthousiastes. Leur retentissement était tel qu'elles servirent de modèle aux Constitutions que devaient adopter, quelques années plus tard, deux grands États voisins de la France.

Les Constituants de 1958 ne les ont pas épargnées pour autant. Ils les ont remplacées par des textes nouveaux qui s'en écartent profondément à bien des égards.

Il faut reconnaître qu'ils ne pouvaient pas faire autrement car, même dans ce domaine spécial des relations internationales, où la continuité de l'État aurait dû prévaloir, par les principes qui les ont inspirés, ils devaient inévitablement se séparer de leurs prédécesseurs.

En effet, l'orientation générale de la Constitution de 1946 était nettement internationaliste. On lit, dès son Préambule : « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la Paix ». Cette acceptation de principe d'une souveraineté limitée et, partant, d'une prépondérance de l'ordre international, se manifeste encore à d'autres endroits. Ainsi, ce même Préambule continue : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme au droit public international ». Si cette formule n'énonce aucune règle positive nouvelle, du moins son inscription aux premières pages de la Constitution est-elle particulièrement révélatrice de l'option politique de base. L'expression « droit public » international, à elle seule, reflète toute la conception doctrinale la plus avancée. Par ailleurs, l'article 28 reconnaît explicitement la primauté des traités sur les lois internes et, même, établit une formule de subordination du droit interne au droit international propre à réaliser immédiatement un véritable fédéralisme normatif.

Dans l'ensemble, les termes et la tendance de la loi fondamentale de la IV^e République étaient donc susceptibles de favoriser l'avènement d'une « intégration des souverainetés » indispensable à toute organisation efficace de la communauté internationale. On n'hésitait pas à souligner qu'elle se plaçait à « l'avant-garde du droit ».

Or, les idées maîtresses de la Constitution de 1958 sont entièrement différentes. On les trouve dans les principaux discours prononcés par le général de Gaulle, auxquels on se réfère volontiers car la position qu'occupait hier le nouveau Chef de l'État au centre de la révision constitutionnelle leur confère le privilège d'être l'expression authentique de la volonté du pouvoir constituant.

Dès le 27 juillet 1947, le général de Gaulle annonçait à Rennes :

« Notre avenir est engagé dans une partie internationale très dangereuse. »

Le 7 avril précédent, à Strasbourg, il avait déjà brossé un tableau particulièrement réaliste des conditions nouvelles de la politique extérieure. Évoquant l'ancienne Europe, il disait :

« Nous nous trouvons désormais dans un univers entièrement différent de celui où notre pays avait vécu pendant des siècles. Nous fûmes longtemps accoutumés à une Europe équilibrée où cinq ou six grandes puissances, tout en rivalisant entre elles et en se faisant l'une à l'autre périodiquement la guerre, avaient une civilisation semblable, une commune manière de vivre, un même droit des gens, où les États moins importants se trouvaient protégés par la parité des plus grands, où notre vieux continent dominait en fait le monde par sa richesse, sa puissance, son rayonnement, où la France pouvait mener avec bonheur ou malheur, suivant les circonstances, mais toujours à son gré, une politique traditionnelle fondée sur des données constantes. Le tableau a complètement changé.

« Notre planète, telle qu'elle est aujourd'hui, présente deux masses énormes, toutes deux portées à l'expansion, mais entraînées par des dispositions essentiellement différentes et, du même coup, par des courants idéologiques opposés. L'Amérique et la Russie, si on a le droit d'espérer qu'elles ne deviendront pas ennemies, sont automatiquement rivales. D'autant plus que le rapetissement de la Terre, par suite de l'évolution technique, les met partout en contact, c'est-à-dire partout en garde, et que l'invention des moyens de destruction terribles introduit dans leurs relations un élément acrimonieux d'inquiétude, sinon d'angoisse. Dans une pareille situation, placés là où nous sommes, le maintien de notre indépendance devient pour nous le problème brûlant et capital. »

«

« Il implique que nous nous appliquions à refaire l'Europe afin qu'existe à côté des deux masses d'aujourd'hui l'élément d'équilibre sans lequel le monde de demain pourrait peut-être subsister sous le régime haletant des *modus vivendi* mais non point respirer et fleurir dans la paix.

« Il implique que nous contribuions dans toute la mesure de notre influence et de nos possibilités à faire vivre la coopération internationale et ses naissantes institutions pour que toute cause éventuelle de conflit puisse être étudiée et jugée à temps devant l'opinion de l'humanité tout entière. »

De ces lignes se détache le mot d'ordre du maintien de l'indépendance nationale, impératif dicté par la présence de ces deux « masses énormes » qui ont rompu le vieil équilibre européen. Quant à la coopération internationale, elle n'est pas rejetée. Elle est même souhaitée et considérée, à juste titre, comme la condition du maintien de cette indépendance. Toutefois, elle n'est conçue que dans la nostalgie des formes anciennes grâce auxquelles la France pouvait mener sa politique « à son gré ».

Condition de l'indépendance, l'organisation internationale devra se réaliser également dans le respect de cette indépendance, dans le cadre de l'interétatisme traditionnel et non par la création d'institutions supranationales qui empiètent sur l'État.

Voilà les fondements nouveaux de l'action internationale de la France autour desquels devaient s'ordonner les solutions constitutionnelles.

Effectivement, ce vif souci de sauvegarder « l'indépendance nationale » est devenu le leitmotiv de la Constitution nouvelle. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à ce préambule si « étriqué » mais qui dit tout ce qui doit être dit, à savoir l'attachement de la France à la « souveraineté nationale », à cette notion qui, plus que jamais, renferme un double aspect, la souveraineté dans l'État à l'usage interne, et la souveraineté de l'État qui n'est qu'une formule différente pour exprimer ce même principe de l'indépendance nationale. Cette signification internationale de la souveraineté nationale, qui doit être mise particulièrement en relief en la circonstance, trouve sa pleine confirmation dans le discours que M. Michel Debré prononça au Conseil de la République, quand il s'opposa à la ratification du traité instituant la Communauté européenne de défense (1). Critiquant les dispositions de ce traité qui prévoyaient la possibilité d'une organisation fédérale, il déclara qu'une telle organisation « signifie fin de la souveraineté nationale ». Significative aussi est l'absence dans ce Préambule de toute allusion au droit international coutumier. Ce silence n'est pas dépourvu de valeur quand on pense à la portée politique réelle de la formule explicite du Préambule de 1946. Pour « internationaliser » quelque peu ce Préambule, le Comité Consultatif Constitutionnel avait proposé d'y ajouter une timide référence à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948. Mais cette suggestion a été écartée.

Évidemment, la même inspiration de base a exercé son influence sur les importantes dispositions relatives au droit international conventionnel qui se trouvent dans le corps de la Constitution. Mais, en cette matière des conventions internationales, où se pose entre autres, un problème de répartition des compétences entre les autorités étatiques, le principe essentiel de la prééminence du Président de la République et, d'une manière générale, toute la conception nouvelle relative à la structure du pouvoir étatique dont l'opposition à celle de la IV^e République n'est que trop connue, ont également pesé sur le travail constitutionnel.

(1) J. O., Débats, Conseil de la République, 27 et 29 octobre 1953, p. 1640.

En conséquence, il n'est pas étonnant qu'ici, comme ailleurs, d'assez profonds bouleversements de la situation antérieure ont été réalisés qui justifient peut-être cette étude d'ensemble.

En fait, des solutions entièrement nouvelles ont été apportées aux deux problèmes classiques que le droit international conventionnel pose aux Constitutions modernes, à savoir : les modalités de son élaboration et son application dans l'ordre interne.

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLABORATION CONVENTIONNELLE DU DROIT INTERNATIONAL

Dès le premier contact avec la Constitution, on est frappé par deux innovations.

D'abord, alors que le titre IV de la Constitution de 1946 était intitulé « Des traités diplomatiques », dans la Constitution actuelle, le titre correspondant, le titre VI, est libellé : « Des traités et accords internationaux ». Sans doute, le qualificatif « international » est plus heureux que le mot « diplomatique ». Mais on remarque surtout que d'une manière générale, la procédure d'élaboration du droit conventionnel est dédoublée.

En second lieu, des procédures particulières, exceptionnelles même, ont été créées. Elles sont destinées à assurer l'acceptation définitive de certains engagements, ceux qui sont contraires à la Constitution ou ceux qui, « sans être contraires à la Constitution, auraient des incidences sur le fonctionnement des institutions ».

À la lumière des idées générales qui viennent d'être dégagées, on ne comprend que trop les raisons qui motivent la création de ces procédures particulières. Quant à celles qui sont à l'origine de la première innovation, sans doute elles paraissent moins apparentes. Toutefois, on verra que cette opération de dédoublement est aussi profondément liée à ces mêmes idées.

Les développements de cette première partie porteront ainsi sur :

- I. Le dédoublement de la procédure générale d'élaboration.
- II. La création de procédures particulières d'acceptation de certains engagements.

I. — Le dédoublement de la procédure générale d'élaboration

Au moment même où ils révisent les règles existantes relatives à la procédure classique des traités, les Constituants établissent expressément un second mode de formation des engagements internationaux. Celui-ci est dénommé par l'article 52, alinéa 2 « accords non soumis à ratification ». Cette qualification constitutionnelle met en cause le rôle du chef de l'État puisque c'est lui qui, en vertu de l'alinéa 2 du même article, lequel ne fait que confirmer une tradition constante, ratifie les traités. On peut être certain qu'au sein de cette V^e République, tout ce qui a trait à la fonction présidentielle comporte nécessairement une grande signification.

Or, les idées directrices nouvelles conduisent vers un même objectif : placer le Président de la République au centre de l'activité internationale de l'État. D'abord, ici comme ailleurs, conformément à la conception générale de son rôle, il est nécessaire de réaliser sa prééminence. D'autre part, la France est « engagée dans une partie internationale très dangereuse » qui, si elle était mal jouée, pourrait lui coûter son indépendance. Quoi de plus naturel, dès lors, que de confier à celui qui est, en vertu de l'article 5 de la Constitution, « le garant de l'indépendance nationale », la conduite de cette partie ? Effectivement, dans le cadre de la procédure classique d'élaboration, qui est celle des *traités*, contrairement aux dispositions adoptées en 1946, les nouveaux pouvoirs reconnus au chef de l'État sont considérables. Le principe de sa prépondérance y est constamment présent.

Seulement, en présence de cette situation, tout le monde doit se demander aussitôt si elle est compatible avec le régime parlementaire qui demeure affirmé. Dès lors, la notion nouvelle d'accord non soumis à ratification qui se définit, comme son nom l'indique lui-même, par rapport aux pouvoirs du chef de l'État, ne se relierait-elle pas, du moins en grande partie, à cette préoccupation ? C'est assez dire déjà que cette seconde procédure est susceptible de soulever des problèmes qui ne sont ni exclusivement juridiques et techniques, ni totalement étrangers à la nouvelle structure du régime.

A. — LES TRAITÉS

Le renforcement des pouvoirs du Président de la République se manifeste à des degrés divers et sous des formes différentes, mais elle se manifeste à toutes les phases traditionnelles de la procédure de conclusion des traités, c'est-à-dire à :

- 1^o La négociation.
- 2^o La signature.
- 3^o La ratification.

1^o La négociation.

L'article 52, alinéa 1, dispose expressément que le Président de la République « négocie » les traités. Cette disposition lui confie la *direction* de toute l'action diplomatique préliminaire car le terme « négociation » doit être évidemment entendu dans un sens large. C'est lui qui désignera les plénipotentiaires chargés de négocier en son nom. Il signera les lettres de pleins pouvoirs. Les instructions adressées à ces plénipotentiaires seront les siennes.

L'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, dans le cadre d'une Constitution qui avait voulu aussi, initialement, renforcer le pouvoir présidentiel, était rédigé en termes absolument identiques à ceux de ce nouvel article 52. Or, exprimant un point de vue officiel, en 1947, une communication ministérielle, en réponse à une question écrite, a déclaré :

« La loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 disposait dans son article 8 que « le Président de la République négocie et ratifie les traités. » Il résultait donc de ce texte, d'après la doctrine universellement admise, que tout ce qui concernait les négociations internationales relevait de l'autorité du Président de la République dont dépendaient exclusivement les plénipotentiaires qui pouvaient éventuellement en être chargés » (2).

Il faut admettre aussi, comme le faisait Eismein quand il commentait l'article 8 précédent (3), que l'article 52 implique le pouvoir du Président de la République d'entrer *directement* en relations avec les représentants des puissances étrangères et de participer *personnellement*, s'il le désire, aux négociations. N'est-il pas le titulaire général et unique de la compétence de négociation ?

Le rejet du régime de la IV^e République, sur ce point, est total. En vertu de l'article 31 de la Constitution de 1946, le Président de la IV^e République était seulement « tenu informé des négociations internationales ». Cette formule traçait à la fois la nature et la limite de son rôle. Les décisions lui échappaient. Elles appartenaient au Gouvernement qui n'était soumis qu'à l'obligation de le mettre au courant et,

(2) J. O. du 14 juin 1947. Débats A. N., p. 2132, n° 573.

(3) ESM EIN, *Éléments de droit constitutionnel*, 1927, p. 191 et s.

le cas échéant, de lui donner communication des pièces. Pareille signification avait été déjà dégagée lors des débats au sein de la Commission de la Constitution (4). La communication ministérielle précitée devait encore la confirmer en affirmant à son tour que l'article 31 avait pour effet d'enlever au Président de la République « la direction des négociations préliminaires, lesquelles sont maintenant confiées au Président du Conseil des Ministres ». Le texte constitutionnel ne précisait même pas à quel moment le Gouvernement devait accomplir ce devoir d'information. Quand le chef de l'État était mis au courant de ce qui serait fait, c'est-à-dire des *projets* gouvernementaux, il conservait peut-être la possibilité d'exercer un rôle de conseiller plus ou moins écouté. Mais, si l'information gouvernementale n'avait lieu qu'après coup, une fois les négociations terminées, il ne pouvait faire autre chose qu'enregistrer la réussite ou l'échec des pourparlers. Cette grave atteinte à un rôle qu'il n'avait jamais cessé de détenir en vertu des Constitutions antérieures, fut décidée sans protestation ni même discussion tant on trouvait normal, sinon nécessaire, en 1946, de diminuer les prérogatives présidentielles.

À l'heure actuelle, une question se pose néanmoins. Faut-il assimiler purement et simplement les pouvoirs du Président de la V^e République à ceux de ses prédécesseurs de la III^e République du moment que, en plus de l'identité des textes, en 1958 comme en 1875, on se trouve en régime parlementaire ?

La question est d'importance car, dans le cadre de la III^e République, le mécanisme du gouvernement parlementaire avait considérablement restreint dans la pratique la portée de l'article 8. Le 17 janvier 1913, prononçant son premier discours après son élection à la Présidence de la République, Poincaré annonçait qu'il « saurait veiller à l'unité de la politique étrangère ». Or, son septennat accompli, il constata mélancoliquement que le rôle de Président ne pouvait être que celui d'un *conseiller* expérimenté (5). Certes, la situation réelle du Président de la III^e République demeurerait plus enviable que celle du Président de la IV^e République. Le pouvoir de décision de l'article 8, constituait, en tout état de cause, un facteur d'autorité. Même en respectant rigoureusement les exigences du parlementarisme, le Président de la III^e République pouvait en user pour convaincre le Gouvernement et orienter dans tel sens une négociation. Ainsi, Grévy réussit à faire prévaloir une politique

d'apaisement dans l'affaire *Schnæbelé* (6). Cependant, le Chef de l'État ne pouvait pas aller au-delà de ce simple effort de persuasion. Il lui était impossible d'imposer sa politique personnelle et d'exercer ses compétences constitutionnelles contre la volonté du Gouvernement auquel revenait, en contrepartie de sa responsabilité politique devant le Parlement, la direction effective de la politique extérieure comme de la politique intérieure. L'échec de la tentative de Millerand qui invoquait strictement la lettre de l'article 8 en faveur d'une application « présidentielle » de cette disposition, reste présent à toutes les mémoires. On se souvient du « coup de Cannes » et de ses suites constitutionnelles (7).

Il est à peu près certain, cependant, que toute assimilation systématique de la Présidence de la V^e République à celle de la IV^e République doit être écartée.

Sans doute, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 avait fait de la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement une des bases du nouveau régime et, d'autre part, conformément à cet impératif, celui-ci est effectivement parlementaire. Mais la Constitution de 1958 qui devait assurer au Président de la République un relief particulier en faisant de lui le pivot même de l'État, ne pouvait pas refuser entièrement le régime présidentiel. Le Professeur Rivero définit ainsi la nouvelle position du chef de l'État :

« ... le Président de la V^e République a un double visage : président du type traditionnel dans les périodes normales, il est un pouvoir en réserve pour les temps troublés ; il apparaît ainsi comme l'oiseau des tempêtes, mieux encore, comme le canot de sauvetage que l'on sort de son abri lorsque le déchaînement des flots menace de tout emporter. Mais, enfin, la tempête n'est pas quotidienne. Dans le courant des jours, le Président de la V^e République paraît, en définitive, malgré des responsabilités accrues

(6) Esmein cite encore les exemples d'intervention efficace de Carnot, Félix Faure et Poincaré. *Op. cit.*, *ibid.*

(7) La veille de son élection à l'Élysée, Millerand avait communiqué à la presse la note suivante : « Le Président du Conseil estime que, pour le moment, il est possible, par une meilleure interprétation ou adaptation des textes constitutionnels, de donner au Président de la République les moyens d'intervenir plus efficacement dans la conduite de la politique extérieure et d'assurer la continuité de celle-ci. En particulier, il a dit que les termes de l'article 8 de la Constitution, d'après lesquels le Président de la République *negocie* et ratifie les traités, ou n'avaient aucune valeur ou, au contraire, signifiaient que le chef de l'État pouvait prendre une part effective aux négociations. Quant à lui, il penche pour cette seconde alternative ; il croit qu'ainsi interprétée, la Constitution permettrait au chef de l'État d'agir personnellement dans la direction de nos affaires extérieures. » V. ESMEIN, *op. cit.*, p. 192, note.

(4) *Compte rendu analytique*, p. 372.

(5) « Présidence et politique extérieure ». *Le Temps*, 27 septembre 1920.

et une autorité renforcée, plus proche de ses prédécesseurs immédiats que du Souverain parlementaire » (8).

Or, dans le domaine extérieur s'il est vrai aussi que « la tempête n'est pas quotidienne », elle promet tout au moins d'être fréquente car les conditions actuelles de la politique internationale sont particulièrement difficiles. Le chef de l'État pourra donc avec la même fréquence revendiquer un rôle de premier plan dans les négociations et conduire effectivement la politique étrangère de la Nation. Il considérera, en outre, que cette action de direction sera l'attribut naturel de sa qualité de « garant des traités » que lui confère l'article 5. A tous moments, l'article 52 sera susceptible de recevoir véritablement une application « présidentielle », celle que souhaite vainement Millerand pour l'article 8 (9).

La Constitution de 1958 a prévu, certes, des barrières contre l'action personnelle du Chef de l'État. Ainsi, l'article 19 qui détermine les pouvoirs présidentiels dont l'exercice échappe à la règle du contreseing n'y range pas ceux de l'article 52. Les lettres de pleins pouvoirs et les instructions adressées aux plénipotentiaires sont donc, en principe, soumises au contreseing du Premier Ministre ou du Ministre des Affaires étrangères. Mais, avec un chef de l'État qui désire effectivement agir, cet article subira comme les autres « l'altération présidentielle » et ce contreseing n'aura plus que la valeur d'une formalité.

On ne voit pas, d'ailleurs, comment pourrait jouer encore ce contreseing lorsque le chef de l'État négocie personnellement. Dans cette hypothèse, il n'y aura ni lettre de pleins pouvoirs ni instructions adressées à lui-même. Il semble qu'ici, théoriquement, le respect du parlementarisme soit assuré par l'article 20 (le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation) et par l'article 21 (le Premier Ministre dirige l'action du Gouvernement). Effectivement, ces textes sont incompatibles avec toute négociation conduite *exclusivement* par le Président. Celui-ci devrait être constamment assisté soit par le Premier Ministre

(8) Regard sur les institutions de la V^e République. Dalloz, *Chronique*, 1958, p. 259.

(9) On pourrait déjà citer une sorte de précédent. Au mois de mars dernier, lors de la visite du Chancelier Adenauer, le Général de Gaulle l'avait reçu, en tête à tête, en dehors de la présence du Premier Ministre et du Ministre des Affaires étrangères. L'opinion publique nationale et internationale ne s'y trompait pas. Elle attachait bien plus d'importance à cet entretien entre le Président de la République et l'homme d'État allemand qu'aux conversations préalables entre celui-ci et le Gouvernement français.

soit par le Ministre des Affaires étrangères et, surtout, agir en accord avec l'un ou l'autre.

Dans sa conférence de presse du 25 mars dernier, évoquant les possibilités d'une conférence au sommet, le général de Gaulle paraît lui-même se référer à ces impératifs constitutionnels quand il déclare :

« S'il arrivait que cette conférence (une conférence préliminaire des Ministres des Affaires étrangères), après un examen approfondi des problèmes, dégagât les éléments d'accord sur un point important, alors, ayant à mes côtés le Premier Ministre, M. Michel Debré, je pourrais moi-même prendre part à une réunion des personnes chargées des responsabilités suprêmes des grands États. »

En réalité, les termes qui viennent d'être employés impliquent clairement que le Premier Ministre ne serait aux côtés du Président de la République que pour seconder celui qui est chargé des « responsabilités suprêmes » et qui est le chef véritable et unique de la négociation.

En outre, il ne faut pas oublier que le Président de la République est aussi Président de la Communauté. En cette seconde qualité il exerce les compétences que l'article 78, alinéa 1^{er}, reconnaît *directement* à la Communauté et parmi lesquelles figure la politique étrangère. Sans doute, les textes qui se réfèrent expressément aux conventions « qui engagent la Communauté » impliquent une distinction entre la Communauté et la France en tant qu'État-membre (10). Cependant, il est évidemment impossible, dans la pratique — tout au moins selon les termes actuels de la Constitution — de séparer rigoureusement la politique étrangère de la France de celle de la Communauté, et inversement. Dans ces conditions, peu de négociations internationales entreprises par le Président de la République laisseront le Président de la Communauté totalement indifférent. Or, celui-ci dispose des pouvoirs effectifs que ne possédait pas son prédécesseur immédiat, le Président de l'Union Française. Présidence de la Communauté et Présidence de l'Union Française ne sont pas deux fonctions juridiquement semblables.

La qualité de Président de l'Union Française n'apportait au Président de la IV^e République aucun pouvoir nouveau susceptible d'atténuer

(10) Notamment :

- art. 83 de la Constitution ;
- art. 5 de l'ordonnance du 19 décembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Exécutif de la Communauté ;
- art. 18 de l'ordonnance de la même date portant loi organique sur le Sénat de la Communauté.

les effets de l'article 31 de la Constitution de 1946. Le Président Vincent Auriol avait bien tenté de séparer la fonction de Président de la République de celle de Président de l'Union Française. Ainsi, nonobstant l'article 31 de la Constitution de 1946, il avait participé personnellement aux négociations franco-vietnamiennes préliminaires à l'accord du 8 mars 1949 appelé, pour la circonstance, accord Vincent Auriol-Bao-Daï. Cependant, il ne fut pas suivi par son successeur. A la suite de l'entrevue capitale entre l'Empereur et le Président René Coty, à Vizille, en avril 1954, celui-ci devait déclarer à la presse :

« Mon rôle de Président de l'Union Française, tel qu'il est défini par la Constitution, ne me permet pas d'évoquer les termes de cette conversation. »

Il soulignait encore :

« qu'il appartenait au Gouvernement, et à lui seul, d'assumer les responsabilités du pouvoir, et qu'en ce qui le concernait il estimait que sa charge consistait surtout à continuer à l'Élysée le métier de conseiller de la République qu'il exerçait auparavant au Sénat » (11).

Il faut reconnaître qu'au regard de la Constitution de 1946, les scrupules du Président Coty étaient fondés. Dans un sens, l'Union Française, telle qu'elle était prévue et organisée par cette Constitution, apparaissait simplement comme une qualification spéciale des compétences du Gouvernement de la République dans le domaine de l'Outre-Mer. Cette Union ne possédait aucune personnalité juridique réelle. Elle ne recevait aucune compétence propre tandis qu'aucun de ses soi-disant organes ne détenait de véritables pouvoirs de décisions. Au contraire, c'est le Gouvernement de la République qui assumait seul « la direction de la politique propre à préparer et à assurer » la défense de l'Union, cette dernière notion englobant nécessairement le domaine des relations avec les puissances étrangères. L'extension effective aux actes du Président de l'Union de la règle du contreseing achevait de démontrer que la confusion organique entraînait aussi une identité fonctionnelle entre la Présidence de l'Union et celle de la République.

Par contre, tout semble indiquer que désormais, entre les deux Présidences, si la confusion organique subsiste, l'identité fonctionnelle, elle, disparaît. La Communauté constitue, au point de vue juridique, un ordre distinct de l'ordre de la République française, à moins qu'il n'y

(11) Voir cette *Revue*, 1955, p. 909.

soit même superposé. Sur ce point, la Constitution est complétée par les ordonnances portant lois organiques et par la pratique suivie depuis sa mise en vigueur. La création d'un *Journal Officiel de la Communauté* est la meilleure preuve de cette individualité. La Présidence, le Conseil Exécutif et le Sénat, en tant qu'organes de la Communauté, doivent donc fonctionner suivant des règles propres. Mais, comme l'organisation de la Communauté dans son état embryonnaire ne comporte, pour l'instant, aucune règle sur l'exercice de la fonction présidentielle, le Président de la Communauté dispose en fait d'une liberté d'action totale. Il est confirmé, dès à présent, que le Chef de l'État, en sa qualité de Président de la Communauté, agit seul, « formule et notifie » ses décisions sans le contreseing des Ministres de la République.

Ainsi, en tant que Président de la Communauté, le Président de la République cesse d'être un chef d'État parlementaire. Le fonctionnement de la Communauté neutralisera, s'il le faut, les limites que le parlementarisme, dans le cadre de la République, apporte à son action personnelle. Contre un tel résultat on ne pourrait qu'invoquer à nouveau l'article 19. Mais, précisément, la pratique actuelle qui vient d'être rappelée, prouve qu'il faut considérer que cet article 19 ne vise que les actes du « Président de la République » et non ceux du « Président de la Communauté ».

Il faut cependant ajouter que l'application « présidentielle » de l'article 52, la Constitution la rend seulement possible, elle ne l'impose pas. Un chef de l'État qui ne voudra pas être un Président actif pourra toujours se conformer strictement aux normes du parlementarisme.

2° La signature.

A la différence de l'article 31 de la Constitution de 1946, la Constitution nouvelle n'attribue pas expressément au chef de l'État la compétence de signer les traités. En résulte-t-il que sur ce point le Président de la Ve République détient moins de pouvoir que son prédécesseur immédiat ?

En réalité, la compétence de négocier englobe celle de signer. La signature n'est que la phase terminale des négociations. C'est pourquoi la Constitution de 1958 ne précise nulle part quelle autorité est habilitée à signer le traité. Ce silence signifie que l'autorité compétente pour négocier l'est évidemment pour signer. Dès lors, si le chef de l'État participe personnellement à la négociation, il signera le traité. S'il désigne un plénipotentiaire pour négocier en son nom il pourra, le cas

échéant, le signer lui-même. Sinon il chargera le plénipotentiaire de le faire à sa place. Ainsi, sous la III^e République, où la compétence de signature, non plus, n'était pas explicitement dévolue au chef de l'État, les lettres de « pleins pouvoirs » visaient à la fois les pleins pouvoirs pour *négoier* et *signer*.

Si l'article 31 de la Constitution de 1946 a confié expressément au Président de la République le pouvoir de signer, cette précision s'expliquait parce que, sous la IV^e République, la compétence de négociation lui a été enlevée. Il fallait donc se prononcer ouvertement en sa faveur en ce qui concerne la signature sans quoi le silence à ce sujet eût signifié que les Constituants accordaient implicitement ce pouvoir à l'autorité chargée de négocier, c'est-à-dire au Président du Conseil des Ministres. Dans la communication ministérielle précitée, on lit encore :

« Il importait de préciser de façon plus explicite les pouvoirs conservés en cette matière par le chef de l'État. C'est pourquoi l'article 31 susvisé mentionne expressément que la signature des traités relève de sa seule autorité. Cette disposition doit être interprétée dans ce sens que les plénipotentiaires, subordonnés au Président du Conseil des Ministres pour la conduite des négociations préliminaires, relèvent de la seule autorité du Président de la République et le représentent personnellement dans l'échange des signatures. »

Cette communication ajoute :

« Il est toutefois évident que les négociations internationales seront conduites matériellement comme par le passé et que le Président de la République ne procédera en personne à la signature des traités que dans le cas où les pays étrangers seront eux-mêmes représentés par les chefs d'État. »

A l'heure actuelle, c'est évidemment dans cette même hypothèse que le Président de la République signera aussi personnellement les traités.

On peut se demander pour quelles raisons la Constitution de 1946 n'a pas cru devoir laisser au Président du Conseil des Ministres le soin de signer lui-même les traités qu'il a négociés. Cette décision repose sur le fait que la signature intervenant à la phase finale des négociations, destinée seulement à constater le succès de celles-ci, ne comporte aucun pouvoir effectif. D'autre part, et surtout, la signature d'un traité, qui est un document engageant l'État lui-même, doit émaner normalement de celui qui, en raison de la plus grande stabilité de ses fonctions, par rapport à celles des autres autorités, est le représentant permanent de l'État dont il incarne vis-à-vis des puissances étrangères la continuité (12).

(12) Voir cependant la critique de cette disposition par le P^r ROUSSEAU dans

3^o La ratification.

La Constitution nouvelle ne peut, évidemment, que se confirmer à la tradition constitutionnelle qui confère au chef de l'État la compétence de ratification. En ce sens, dispose son article 52.

Comme les Constitutions antérieures, celle de 1958 adopte également la règle qui subordonne la ratification de certains traités à une *autorisation préalable*. Mais, à ce sujet, les textes actuels diffèrent assez profondément de ceux de 1946 et de ceux de 1875 en ce qu'ils ne soumettent pas l'octroi de cette autorisation préalable à un régime unique. À côté d'une procédure qui est d'application *générale*, ils ont institué deux autres procédures *particulières*. Celles-ci sont importantes car elles tendent à restreindre les prérogatives du Parlement tout en renforçant de façon exceptionnelle l'autorité présidentielle (13).

Le cas général est réglé par l'article 53 aux termes duquel :

« Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

« Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

« Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées. »

En laissant de côté, pour l'instant, les allusions relatives aux accords, on remarque que cette disposition reproduit, dans l'ensemble, les termes de l'article 27 de la Constitution de 1946. Elle énumère les traités dont la ratification est soumise à l'autorisation préalable et elle confère au Parlement la compétence d'accorder cette autorisation. Ce texte appelle cependant quelques observations.

D'abord, dans la liste de l'article 53 figurent les traités « qui modifient des dispositions de nature législative » alors que l'article 27, de 1946, visait les traités « qui modifient les lois internes françaises ». Cette différence de rédaction résulte du nouveau système de distinction matérielle entre la loi et le règlement. Seuls, les traités qui modifient les

Mélanges Scelle, II. Le régime actuel de conclusion des traités en France, p. 574.

(13) Voir *infra*, p. 532.

lois matérielles de l'article 34 de la Constitution sont soumis, pour leur ratification, à l'autorisation parlementaire préalable, à l'exclusion de ceux qui touchent aux lois formelles ou « textes de forme législative » d'après l'article 37. L'étendue de la compétence parlementaire subit par là une restriction qu'on doit signaler au passage mais qui n'est autre que la conséquence générale de la nouvelle conception matérielle de la loi (13 bis). On peut se demander si, éventuellement, à l'instar de la procédure prévue à l'article 37, alinéa 2, et réglée par le Chapitre III de l'Ordonnance n° 58.1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, le Conseil Constitutionnel devait être saisi au préalable pour certifier le caractère réglementaire des lois formelles qui auraient été modifiées par les projets conventionnels.

En second lieu, l'alinéa 2 apporte une mise au point qui n'est peut-être pas inutile, concernant la nature de la compétence du Parlement et, partant, l'étendue du pouvoir présidentiel. On avait pu regretter que la formule de l'article 8 de la loi constitutionnelle de 1875 : « Les traités... ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres » ait fait peser une équivoque sur l'autorité compétente pour *parfaire*, sur le plan international, le traité. Était-ce le Président de la République qui ratifie ou les Chambres qui « votent » le traité ? Sans doute, la pratique avait résolu cette question dans le premier sens : l'article 8 ne réglementait que l'exercice d'une compétence dont le titulaire restait le Pouvoir exécutif. Cependant, la Constitution de 1946 n'a pas fait disparaître complètement cette rédaction défectueuse puisqu'elle disposait encore, à son article 27, que ces traités « ne sont définitifs qu'après avoir été ratifiés en vertu d'une loi ». Certes, en combinant cette disposition avec l'article 31, on aboutit encore à la même solution qu'en 1875. Mais, le défaut de rédaction n'a pas été sans inconvénient puisqu'il existe des auteurs qui soutenaient qu'au regard de cet article 27 « l'auteur réel » de la ratification était le Parlement (14). Il aurait fallu dire que ces traités ne pourraient être ratifiés qu'à la suite d'une loi (15).

L'article 53, grâce à l'alinéa 2, est plus clair. Sans doute, à l'alinéa 1^{er}, il reprend encore la formule de l'article 27, de 1946. Mais, précisément, les termes de ce 2^e alinéa dissipent toute équivoque, car ils indiquent

(13 bis) V. Jean DE SOTO, La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958, cette *Revue*, 1959, p. 240 et suiv.

(14) VEDEL, *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, p. 527.

(15) En ce sens : NIBOYET, La Constitution nouvelle et certaines dispositions de Droit international, *Chronique Dalloz*, 1946, p. 89. ROUSSEAU, *op. cit.*

explicitement que, seule, la *ratification* rend définitif le traité. Cette disposition confirme également, par la même occasion, la règle que l'autorisation parlementaire ne *lie* nullement la compétence du chef de l'État, qui reste libre de retarder la ratification ou même de ne pas ratifier du tout. Tant que cette ratification n'intervient pas, le traité ne saurait « prendre effet », l'intervention parlementaire à elle seule ne pourrait produire ce résultat.

Mais de quel effet s'agit-il ? De l'effet international ou de l'effet interne ? Certainement, les Constituants ont pensé à l'effet international, à son caractère définitif au regard de l'ordre international puisque l'article 53 est relatif à la *conclusion* du traité et non à son application dans l'ordre interne. L'alinéa 2 de l'article 53 reçoit dès lors une autre signification. On sait que dans la pratique il existe des traités soumis à ratification mais qui, en vertu d'une clause expresse, sont applicables provisoirement dès la signature et « prennent effet » *avant* leur ratification. L'alinéa 2 aura pour résultat d'interdire cette clause d'application immédiate dans les traités visés à l'alinéa 1^{er} puisqu'il dispose impérativement que de tels traités ne « prennent effet » qu'*après* avoir été ratifiés.

En principe, le pouvoir d'autorisation du Parlement s'étend aux traités qui « engagent la Communauté ». L'article 83 de la Constitution, dans son alinéa 4, prévoit seulement une procédure « d'examen » de ceux-ci par le Sénat de la Communauté. Mais, il n'indique pas expressément si cet examen doit nécessairement avoir lieu *avant* le vote de la loi d'autorisation. L'article 18 de l'Ordonnance n° 58.1255 du 19 décembre 1958 portant loi organique sur le Sénat de la Communauté ne précise pas non plus ce point. Il se borne, quant à lui, à disposer que le Sénat, pour « examiner » lesdits traités, doit être saisi par le Président de la Communauté. De toutes façons, la compétence « d'examen » est d'une nature qui ne se prête à aucune équivoque, elle est purement consultative (16).

Tel est le régime général de l'autorisation préalable. Il confirme en principe les règles antérieures de compétence et de procédure. En effet, sous la III^e et la IV^e République, dans tous les cas où l'autorisation était requise, le Pouvoir législatif détenait *exclusivement* la compétence d'accorder cette autorisation. En outre, il exerçait cette compétence selon la procédure législative ordinaire, c'est-à-dire que l'autorisation,

(16) En ce sens, voir J. CHATELAIN, *La nouvelle Constitution et le régime politique de la France*, 1959, p. 339.

comme les lois ordinaires, dépendait de la volonté souveraine du parlement. La Constitution de 1958 qui se veut à la fois démocratique et parlementaire ne pouvait répudier ces solutions.

B. — LES ACCORDS NON SOUMIS A RATIFICATION

La détermination des éléments caractéristiques de cette seconde procédure pose un double problème. D'abord, comme elle est nécessairement différente de la première, il faut la définir par rapport à celle-ci, c'est-à-dire au traité. Cependant il existe, on le sait, une forme d'accord non prévue par les Constitutions antérieures mais largement utilisée dans la pratique, les « accords en forme simplifiée », auxquels les nouveaux accords reconnus par la Constitution font penser inévitablement. Quels peuvent être les incidences de ceux-ci sur ceux-là ? En d'autres termes, il faut aussi confronter la nouvelle notion constitutionnelle avec la notion extra-constitutionnelle existante.

On envisagera donc :

1^o Accords non soumis à ratification et traités.

2^o Accords non soumis à ratification et accords en forme simplifiée.

1^o Accords non soumis à ratification et traités.

a) Les bases constitutionnelles de la distinction de l'accord et du traité sont assez étroites. L'accord ne se différencie du traité ni par son contenu, ni par une autorité juridique inférieure, ni par sa procédure de conclusion, mais seulement du point de vue des compétences respectives du chef de l'État et du Gouvernement.

D'abord, au point de vue matériel, la Constitution ne précise nulle part qu'il existe des domaines interdits aux accords et exclusivement réservés aux traités ou inversement. Il ressort des articles 53 et 54 que les matières les plus importantes peuvent être réglées indifféremment par le moyen des traités ou par celui des accords.

En second lieu, l'article 55, par la généralité de ses termes, n'établit, nous le verrons, aucune hiérarchie entre traité et accord. Les accords reçoivent une force juridique identique à celle des traités dans l'ordre interne. Les conditions d'acquisition de cette force sont également les mêmes pour les uns et pour les autres.

En ce qui concerne la procédure, la conclusion des accords comporte nécessairement, comme dans celle des traités, les deux phases classiques

inhérentes à la formation de tout engagement international, à savoir la négociation et la signature. Mais, pour les accords, la phase finale d'acceptation définitive est-elle également nécessaire comme pour les traités ?

A première vue, on pourrait en douter puisque l'article 52, alinéa 2, qualifie expressément cette seconde procédure « d'accord non soumis à ratification ». La ratification de l'accord n'est donc pas requise. Cependant, il résulte des articles 53, 54 et 55 que l'accord doit être soumis à « approbation ». Nulle part, la nécessité de l'approbation n'est affirmée sous la forme d'une règle explicite, spécialement rédigée à cet effet, mais elle n'en est pas moins certaine au regard des articles précités qui mettent constamment côte à côte « la ratification » des traités et l'*approbation* des accords. Cette nécessité est, par ailleurs, *générale* à tous les accords puisque l'approbation est mentionnée aussi à l'article 55 qui ne fait aucune distinction entre les accords des articles 53 et 54 et les autres (17).

Or, quelle est la *nature* de cette approbation ? Celle-ci est-elle une formalité rentrant dans le cadre de la « conclusion » de l'accord, sans laquelle celui-ci ne sera pas *parfait* ? Dans ce cas, elle produira un *effet international* et aura une nature semblable à celle de la ratification, elle constituera une variété de procédure d'acceptation définitive des conventions internationales ; l'accord, comme le traité, ne pourra pas être considéré comme définitif dès sa signature. Ou bien, l'approbation est-elle seulement un *acte interne* différent par nature de la ratification, dont le seul effet est de rendre un accord qui est déjà internationalement valable dès sa signature, obligatoire dans l'ordre interne ?

Il n'existe pas d'arguments sérieux en faveur de la seconde solution. L'identité entre « approbation » et « ratification » ne souffre pas de contestation. La différence de vocabulaire ne peut créer aucune équivoque. La pratique a recours, pour assurer le caractère définitif des engagements internationaux à des procédures aux appellations diverses librement établies par les règles constitutionnelles. C'est ainsi que l'article 7 du projet de Convention sur le droit des traités établi par la Commission du droit international des Nations Unies les a englobées toutes dans le terme général « d'acceptation ».

De son côté, l'article 53, alinéa 2, affirme avec force, nous l'avons vu, que les traités et accords « ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés ». Ce texte met évidemment sur un pied d'égalité

(17) Pour l'approbation au sens de l'article 55, voir aussi *infra*, p. 539.

ratification et approbation. La « prise d'effet » des traités devant nécessairement se situer sur le plan international en raison de la fonction classique de la ratification, la « prise d'effet » des accords assurée par l'approbation ne peut avoir un autre sens et doit comporter aussi cette même portée internationale. D'autre part, si l'approbation ne produit pas d'effet international, il faudrait admettre qu'un engagement international de l'article 54, contraire à la Constitution, mais conclu par la procédure de l'accord et non par le moyen du traité, peut être parfait et définitif, dès sa signature, avant toute révision de celle-ci. Cette thèse est évidemment insoutenable dans le cadre de la Constitution actuelle (18).

En ce qui concerne la procédure interne de l'approbation des accords, l'autorisation parlementaire préalable à l'approbation des accords est aussi prévue, dans son principe et dans ses modalités par les articles 53 et 54 comme dans la matière de la ratification des traités, sous cette réserve que la liste de l'article 53 ne comporte pas les « accords de paix » et les « accords de commerce ».

Finalement, l'accord ne se distingue plus du traité que par l'étendue des pouvoirs respectifs du chef de l'État et du Gouvernement dans les diverses phases de sa conclusion.

C'est dans la phase des négociations des accords qu'à ce sujet la différence est la plus sensible. Celle-ci ressort avec une parfaite évidence de l'article 52 qu'il est utile, pour cette confrontation, de rappeler ici intégralement :

« Le Président de la République négocie et ratifie les traités.

« Il est tenu informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification. »

La formule de cet alinéa 2 est, avec des modifications minimales qui sont sans importance, la reproduction de celle de l'article 31, alinéa 1^{er}, de la Constitution de 1946. Son sens est donc celui de cet article 31 que la pratique de la IV^e République a largement confirmé (19). Le Président de la République qui est le titulaire de la compétence de négociation des traités, cède cette compétence, quand il s'agit de la conclusion des accords, au Gouvernement. Celui-ci n'a que l'obligation de l'informer des pourparlers. Le Chef de l'État, dans le cas des accords,

(18) Voir *infra*, p. 542.

(19) Voir *supra*, p. 521.

joue donc un rôle moins actif, il devient le *conseiller* du Gouvernement auquel il appartient de prendre des décisions.

Comme pour les traités, la Constitution actuelle est muette sur la *compétence* de signature des accords. On peut en déduire qu'elle la confère implicitement à l'autorité chargée des négociations, c'est-à-dire non au chef de l'État mais au Gouvernement, au Premier Ministre ou même au Ministre des Affaires étrangères, ou même, le cas échéant, à tout Ministre intéressé.

Mais à qui revient la compétence d'approbation ? Alors que l'article 52, alinéa 1^{er}, dispose explicitement que c'est le Président de la République qui détient la compétence de ratification des traités, dans le domaine des accords la seule certitude est que la Constitution réserve la compétence d'approbation au Pouvoir exécutif. Cette solution résulte évidemment des articles 53 et 54 qui ne prévoient l'intervention parlementaire que pour *autoriser* l'approbation. Mais les textes ne disent pas, fût-ce de façon implicite, si cette compétence d'approbation est dévolue au chef de l'État ou au Gouvernement. Il faut donc, devant ce silence, conclure que cette compétence peut être exercée indifféremment par l'un ou l'autre. Pratiquement, il est probable que la ratification du traité étant déjà accomplie par lui, le chef de l'État laissera au Gouvernement le soin d'approuver les accords. Peut-être aussi, l'esprit dans lequel ont été consacrés les accords, nous le verrons, militera en faveur de l'abandon au Gouvernement de cette compétence. Mais, encore une fois, l'exclusivité de celle-ci ne lui est pas juridiquement reconnue.

Enfin, signalons dès à présent que les pouvoirs que lui confère l'article 11 de demander au corps électoral d'autoriser directement la ratification d'un traité, le chef de l'État ne peut plus les exercer à propos de l'approbation des accords (20).

En résumé, la distinction entre traité et accord, selon la Constitution, se définit essentiellement par rapport aux pouvoirs du Président de la République. Au renforcement exceptionnel de ses compétences dans la conclusion des traités s'oppose leur limitation très sensible dans la procédure des accords. Le chef de l'État ne conduit plus effectivement la négociation des accords, il est presque certain qu'il ne les signe plus, il est probable qu'il renonce à exercer à leur égard son droit d'approbation. Par contre, les pouvoirs du Gouvernement qui doivent s'effacer devant l'autorité présidentielle dans le déroulement de la procédure des

(20) V. *infra*, p. 546.

traités, retrouvent leur effectivité totale à toutes les phases de la conclusion des accords.

b) Mais quelle peut être la portée d'une distinction entre traité et accord établie sur de telles bases ? Elle est considérable.

Le Gouvernement qui reçoit, dans le cadre de la conclusion des accords, des pouvoirs équivalents à ceux du Président de la République en matière de traités, équivalence à la fois quantitative et qualitative, apparaît véritablement comme un second « treaty-making-power » à côté du Président de la République. Ce second treaty-making-power peut réaliser par les accords exactement tout ce que le premier, de son côté, peut accomplir par les traités.

Or, cette dualité correspond strictement à la structure nouvelle du pouvoir étatique. Elle est la projection dans l'ordre international du caractère mi-présidentiel, mi-parlementaire du régime interne. En effet, si le déroulement de la procédure des traités, par les pouvoirs importants et effectifs du chef de l'État, est compatible avec l'aspect « présidentiel » du régime, il contredit en même temps l'aspect « parlementaire » qui exige que le Gouvernement ait des pouvoirs propres pour « déterminer et conduire la politique de la Nation ». Justement, l'autonomie gouvernementale qui est reconnue dans le cadre de la procédure des accords apparaît comme la concession faite au parlementarisme. Ce qui le confirme, c'est que l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, dans ce domaine des accords, doit se développer suivant les règles classiques du régime parlementaire. C'est dans ce dessein que la disposition sur la négociation des accords évoque fidèlement celle de l'article 31 de la Constitution de 1946. De même, si l'article 11 qui permet au Président de dessaisir le Parlement, en cas de ratification des traités, ne s'applique pas à l'approbation des accords, c'est parce que dans cette hypothèse où il ne s'agit uniquement que de rapports entre le Gouvernement et les Chambres, il est normal que le Chef de l'État n'apporte pas, par son initiative, des entraves au contrôle parlementaire de l'action gouvernementale.

Il s'ensuit la possibilité d'une certaine souplesse dans le fonctionnement des institutions. Prenons l'hypothèse d'un chef de l'État actif qui s'entend avec son Premier Ministre. S'il le désire, il utilisera fréquemment la procédure des traités, le Gouvernement lui accordera avec complaisance le contreseing. Ou bien, il préférera ne paraître que lors des circonstances exceptionnelles, à propos des négociations fondamentales ; dans les périodes calmes, au contraire, il laissera le parle-

mentarisme se développer normalement en abandonnant au Gouvernement la direction des affaires internationales sous le contrôle effectif du Parlement. Quant à lui, il se contentera du rôle de conseiller, conseiller forcément écouté, que le Gouvernement tiendra à informer de tous ses projets, c'est-à-dire de tout ce qui sera fait et non de ce qui a été fait. S'il s'agit d'un Président qui ne désire jouer qu'un rôle discret, il favorisera, comme nous l'avons dit, l'application parlementaire de l'article 52, alinéa 1^{er}. Ou bien il se réfugiera tranquillement dans l'article 52, alinéa 2, et se conduira comme son prédécesseur dans la IV^e République. Peut-être, n'existe-t-il pas dans la Constitution d'autres textes qui permettent, autant que cette dernière disposition, le cas échéant, la réalisation effective et intégrale du parlementarisme selon le « système » de 1946.

Mais que se passera-t-il si le Président et le Premier Ministre appuyé par le Parlement sont également actifs et ne s'entendent pas ? Dans ce cas, il n'est peut-être pas sans intérêt de noter que la concession au parlementarisme par le moyen de la procédure des accords ne sera pas purement théorique. Alors que le Président risque de se voir refuser le contreseing dont il ne pourra régulièrement se passer que s'il jette dans la balance sa qualité de Président de la Communauté, le Gouvernement, lui, sous la seule réserve de l'obligation de l'informer, pourra entièrement se dispenser du concours du chef de l'État en mettant uniquement en œuvre la procédure des accords dans laquelle il détient des pouvoirs équivalents à ceux du Président. En même temps, les affaires de l'État ne seront pas paralysées. Mais ce remède constitué par les accords, et là est le risque, pourra prolonger et aggraver le désaccord qui divise les deux branches de l'Exécutif.

2^o Accords non soumis à ratification et accords en forme simplifiée.

a) Le premier problème est de savoir si les accords non soumis à ratification correspondent entièrement aux accords en forme simplifiée dont ils seraient simplement la qualification constitutionnelle ? Dans l'affirmative, à côté de sa portée politique qui vient d'être dégagée, la consécration de ces accords aura en outre, sur le plan technique et juridique, pour effet de mettre en harmonie le droit constitutionnel avec la pratique internationale.

Bien des raisons paraissent militer en faveur de cette thèse.

D'abord, on sait que toutes les Constitutions antérieures passaient sous silence les accords en forme simplifiée. Ce mutisme rendait la

tâche difficile aux tribunaux qui avaient à examiner les conditions de leur application dans l'ordre interne. Les hésitations et les contradictions qui se manifestaient à ce sujet étaient d'autant plus regrettables qu'en fait 30 0/0 des engagements internationaux de la France étaient conclus par le moyen de ces accords (21). La constitutionnalisation de ceux-ci se justifierait ainsi par la nécessité de combler cette lacune, nécessité que les conditions spéciales de la procédure de révision constitutionnelle auraient permis aux Services juridiques du Quai d'Orsay de faire prendre en considération.

En second lieu, l'accord non soumis à ratification et l'accord en forme simplifiée comportent bien des traits communs. Sans doute, la notion d'accord en forme simplifiée n'est pas une, elle varie suivant les pratiques nationales. Mais cet aspect changeant ne concerne que les formes « internes ». Par contre, au point de vue des formes « internationales » cette notion retrouve son unité car les accords en forme simplifiée sont *tous* des accords qui ne sont pas soumis à ratification et qui, ainsi, se concluent dans des formes « internationales » moins solennelles que celles observées pour les traités. Or, précisément, ici les règles constitutionnelles paraissent épouser celles de la pratique : dans l'un et l'autre cas, les accords sont dispensés de la ratification.

Par ailleurs, même au point de vue des formes « internes », les accords réglementés par la Constitution présentent des ressemblances avec les accords en forme simplifiée qui sont façonnés par la pratique française. Comme les premiers, les seconds sont aussi exclusivement négociés par le Gouvernement — ce qui, rappelons-le au passage, était une règle normale, sous la IV^e République, du moins. Ces derniers sont aussi assimilés aux traités quant à l'absence de toute limitation d'ordre matériel et à la nécessité du contrôle parlementaire lorsqu'ils portent sur des matières importantes. Enfin, après certaines hésitations de la part des tribunaux (22), les accords en forme simplifiée sont aussi soumis à la formalité de l'approbation.

(21) Voir Claude CHAYET, Les accords en forme simplifiée, *Annuaire français de Droit international*, 1957, p. 3.

(22) Voir notamment : Cass., ass. plénière, 11 mars 1953, *Gambino*, D. 1953, 297, et surtout les conclusions de M. l'Avocat général Blanchet ; Cass., 4 février 1936, D. H. 1936, p. 145, *Zumkeller* ; pour une vue d'ensemble de la jurisprudence judiciaire, cf. Jacques BENOIST, La force obligatoire pour les tribunaux des accords diplomatiques en forme simplifiée, *J. C. P.*, 1952, 1, Doctrine 992 ; pour la jurisprudence administrative, voir LAURENT, Conclusions sous C. E., 16 novembre 1956, *Villa*, cette *Revue*, 1957, p. 123.

Toutefois, c'est à propos de cette approbation que les accords de la Constitution se différencient fondamentalement de ceux de la pratique. En effet, pour les accords en forme simplifiée, la dispense de ratification signifie qu'ils sont parfaits et définitifs dès leur signature et n'ont plus besoin pour « prendre effet » d'aucune autre « forme » internationale. L'approbation de ces derniers accords est, dès lors, une formalité purement interne. Ce qui le prouve, c'est qu'elle résulte toujours d'un acte interne, *lois* qui n'autorisent pas l'approbation mais qui approuvent directement elles-mêmes, ou *décrets* d'approbation. L'examen des termes de quelques décrets d'approbation est particulièrement instructif à cet égard.

Le décret du 16 avril 1933 approuvant l'accord interprétatif de la Convention franco-espagnole du 7 janvier 1862, accord qui résultait d'un échange de lettres des 17 et 28 février 1933, était ainsi libellé :

« L'accord interprétatif... résultant des lettres échangées les 17 et 28 février 1933 entre l'Ambassadeur d'Espagne et le Ministre des Affaires étrangères, lettres dont la teneur suit, est approuvé pour produire son plein effet. »

Il s'agit là d'une formule semblable à celle de la *promulgation* des traités sous le régime de la Constitution de 1875. Encore plus nets dans le même sens sont le décret du 6 septembre 1948 relatif à l'approbation et à l'application de l'accord norvégien du 16 juillet 1947 et le décret du 28 mars 1950 concernant l'approbation de la Convention signée le 21 novembre 1949 entre le Gouvernement français et la Confédération helvétique, relative aux modalités d'indemnisation des intérêts suisses dans les entreprises de gaz et d'électricité nationalisées. Selon l'article 1^{er} du premier décret : « L'accord signé le 16 juillet 1947 et qui est entré en vigueur à cette date, est approuvé et sera publié au *Journal Officiel*. » Dans l'article 1^{er} du deuxième décret, on retrouve la même formule : « La convention signée le 21 novembre 1949 qui est entrée en vigueur à cette date, est approuvée. » Il est irréfutable, d'après ces textes, que la prise d'effet international desdits accords date du jour de leur « entrée en vigueur », laquelle est *antérieure* à leur approbation ; celle-ci est bien, non pas un élément de validité internationale de l'accord, mais seulement une condition de l'application de l'accord dans l'ordre interne.

Parfois même, à propos d'accords en forme simplifiée, intervient une « ratification ». Mais, là encore, il ne s'agit que d'une prétendue ratification à usage interne car elle résulte simplement, sans aucun échange d'instruments de ratification avec les puissances étrangères, d'un « décret de ratification ». Ainsi en est-il de l'accord « Bidault-Benzoni »

du 17 mai 1946, qui a été « ratifié » par un décret du 25 août 1947 (J. O. du 27 août 1947) décret auquel le Conseil d'État a accepté de donner sa pleine valeur car la Haute Assemblée n'a envisagé que ses effets internes tandis que, dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Laurent lui avait fort justement dénié toute nature d'acte international (23).

Or, le régime de l'approbation des accords prévu par la Constitution de 1958 est entièrement différent. Cette approbation est substituée à la ratification, nous l'avons vu. Elle est un élément de la validité internationale de ces accords sans lequel ceux-ci ne seraient parfaits ni au point de vue international ni, à plus forte raison, au point de vue interne. En un mot, ils ne sont pas définitifs dès la signature alors que les accords en forme simplifiée le sont.

b) Mais alors, à défaut de cet effet d'absorption complète, quelles peuvent être les incidences véritables des « accords non soumis à ratification » sur les « accords en forme simplifiée » ?

Il est évident que la constitutionnalisation des « accords » ne pourra pas, non plus, produire l'effet radical inverse d'interdire désormais la conclusion des engagements internationaux par la procédure des « accords en forme simplifiée ». La pratique extra-contractuelle, compte tenu des besoins particuliers des relations internationales, continuera. Néanmoins, elle recevra une certaine réglementation résultant *implicitement* des nouvelles dispositions constitutionnelles.

D'abord, le domaine matériel des « accords en forme simplifiée » sera sérieusement limité. En effet, ils ne pourront plus porter sur les matières de l'article 53. L'alinéa 2 de cet article dispose impérativement que tout accord relatif à ces matières ne peut « prendre effet » — effet international, on l'a vu — qu'après avoir été approuvé, ce qui exclut donc toute « prise d'effet » dès la signature. Avant 1958, tout accord ayant les mêmes objets était sans doute soumis aussi à approbation parlementaire mais celle-ci, répétons-le, était seulement exigée comme condition de sa « validité interne » ; par contre, rien n'empêchait qu'il fût « internationalement » un accord en forme simplifiée, c'est-à-dire définitif dès sa signature.

En second lieu, la généralité des termes de l'article 55, on le verra, exige que tous les accords, qu'ils soient en forme simplifiée ou non,

(23) Voir LAURENT, *op. cit.* Quant à M. J. Benoist, dans son article précité, il souligne nettement : « La ratification des accords en forme simplifiée est nécessaire ; elle est un élément de validité interne de l'accord ; elle doit s'accomplir dans le respect de la procédure constitutionnelle. »

soient approuvés pour acquérir force exécutoire dans l'ordre interne. Mais vis-à-vis des accords en forme simplifiée, et d'eux seulement, cette notion d'approbation présentera un caractère *purement interne*.

Finalement, les « accords non soumis à ratification », loin d'être la consécration pure et simple d'un modèle préexistant quelconque, constituent une véritable *création* de la Constitution de 1958. Ils se juxtaposent aux catégories antérieures. Désormais il existe pour la diplomatie française une *triple procédure* d'élaboration du droit conventionnel : les *traités*, les *accords non soumis à ratification* qui sont toutes les deux des procédures *solennelles* et ne se distinguent les uns des autres que par les compétences respectives des organes exécutifs, et les *accords en forme simplifiée* qui se différencient plus largement des deux premiers, à la fois aux points de vue organique, formel et matériel.

À cet égard, la nouvelle Constitution française peut être utilement comparée à la Constitution des Pays-Bas révisée en 1953. Celle-ci, dans son article 60, utilise la seule expression d'accord, mais cette disposition établit, comme en France, la distinction entre les accords qui « exigent » la ratification et ceux qui ne « l'exigent » pas. Le deuxième alinéa du même texte est ainsi libellé : « Les accords sont communiqués aussitôt que possible aux États généraux ; ils ne sont ratifiés ni n'entrent en vigueur qu'après avoir été approuvés par les États généraux ». Ainsi, pour les accords soumis à ratification, l'approbation équivaut à l'autorisation de ratifier, tandis que pour les accords non soumis à ratification, leur « entrée en vigueur » est aussi subordonnée à approbation. Certes, pour ces derniers accords, le texte des Pays-Bas confère la compétence d'approbation au Pouvoir législatif, ce qui le différencie des règles françaises. Mais la nature de l'approbation aux Pays-Bas est également internationale car celle-ci est expressément requise comme la condition même de leur « entrée en vigueur ». C'est ainsi qu'une voix autorisée a formellement déclaré qu'en vertu de cet article 60, « les organes investis du treaty-making-power ne peuvent désormais conclure un accord sous quelque dénomination que ce soit, que sous réserve de l'approbation parlementaire » (24). Cependant, l'article 62 prévoit des matières à propos desquelles l'approbation est supprimée. Dans ces conditions, lorsqu'une convention qui « n'exige » pas la ratification porte au surplus sur ces matières dispensées de l'approbation parlementaire, elle constitue

(24) Voir Jonkheer H. F. VAN PANHUYS, La révision récente des dispositions constitutionnelles relatives aux relations internationales. Cette *Revue*, 1955, p. 337.

bien une troisième catégorie d'accord, parfait dès sa signature, c'est-à-dire un « accord en forme simplifiée ».

Au terme de ces développements relatifs aux « accords non soumis à ratification » de la nouvelle Constitution française, on est peut-être en état de hasarder une hypothèse sur les raisons qui ont motivé leur création. Initialement, celles-ci ont pu être d'ordre technique : il s'agissait de normaliser la notion d'accord en forme simplifiée. On l'a vu, il en est resté quelque chose. Cependant, la politique s'est complètement emparée de l'occasion pour façonner un instrument nouveau des relations internationales qui est à la mesure exacte du régime et qui traduit, il faut le dire, un certain souci d'assurer l'équilibre des pouvoirs.

II. — La création de procédures particulières d'acceptation de certains engagements.

Ces procédures particulières sont au nombre de deux. La première résulte de l'article 54 qui prévoit la nécessité d'une *révision* préalable pour l'acceptation des engagements contraires à la Constitution. La seconde est établie par l'article 11 qui permet au Président de la République de solliciter directement du peuple, par voie de *referendum*, l'autorisation de ratifier certains traités importants mais non contraires à la Constitution.

A. — ACCEPTATION SUBORDONNÉE A LA RÉVISION PRÉALABLE DE LA CONSTITUTION

Aux termes de l'article 54 « Si le Conseil Constitutionnel, saisi par le Président ou par le Premier Ministre ou par le Président de l'une ou l'autre Assemblée, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

Ce texte est applicable à la fois aux traités et aux accords car il emploie le terme général « d'engagement international » et se réfère expressément soit à l'autorisation de *ratifier*, soit à celle d'*approuver*. Quant au mécanisme prévu par cette disposition, il se décompose sans difficultés. Au départ, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de tout projet d'engagement afin qu'il le confronte avec le texte de la Constitution. Conformément à l'article 18 de l'Ordonnance n° 58.1067 du 7 novembre

1958 sur le Conseil Constitutionnel, l'une des quatre autorités prévues à l'article 54 qui prendra cette initiative avisera immédiatement les trois autres. Le Conseil prendra une décision sous forme de déclaration motivée publiée au *Journal Officiel* (art. 20 de l'Ordonnance). Si, d'après cette déclaration, le projet est contraire, en tout ou en partie, à la Constitution, le vote de la loi d'autorisation sera subordonné à une *révision préalable* de la Constitution. Rappelons que la ratification ou l'approbation elle-même, sera toujours, comme dans la procédure générale, l'œuvre de l'Exécutif.

De prime abord, la limitation qui est ainsi apportée à la compétence d'autorisation du Parlement ne paraît toucher qu'à la *liberté d'exercice* de celle-ci. En fait, l'atteinte est plus grave car le Parlement est pratiquement *dessaisi*. Si la révision de la Constitution n'est pas réalisée, il ne pourra pas donner l'autorisation ; si elle est réalisée, l'autorisation qu'il accordera aura le caractère d'une simple formalité.

En tous les cas, la restriction des pouvoirs du Parlement affectera uniquement la situation de l'Assemblée nationale car, d'après l'article 89 de la Constitution, le Sénat reçoit des pouvoirs renforcés dans le cadre de la procédure de révision. Quant au Président de la République, en cette même circonstance, il jouit des prérogatives importantes mises à sa disposition par le même texte.

Certes, ces répercussions de l'article 54 ne déplaisent pas aux Constituants, mais la cause déterminante de l'adoption de cette disposition se trouve ailleurs. On peut la situer sans hésitation. Il suffit de se référer aux conflits entre les autorités politiques et aux controverses entre les juristes, qui avaient surgi, tant en France que dans les autres États européens à propos de la ratification du traité instituant la Communauté Européenne de Défense. Il n'est nul besoin d'y revenir plus amplement. Signalons seulement l'important discours prononcé par M. Michel Debré au Conseil de la République à ce sujet, dans lequel il soutenait avec force que ce traité était contraire à la Constitution et ne pouvait, de ce fait, être ratifié sans une révision préalable de la Constitution. Il stigmatisait notamment l'article 38 dudit traité, « cet article incroyable, inconstitutionnel au premier chef » qui prévoyait le transfert aux autorités supranationales des compétences conférées expressément par le pouvoir constituant aux autorités nationales et préfigurait une « organisation fédérale » de l'Europe.

L'article 54 est donc la traduction constitutionnelle de la volonté de *résister* au fédéralisme institutionnel, volonté qui est, on l'a vu, tout à fait dans la ligne générale des fondateurs de la V^e République. Sans doute, un engagement international peut entrer en contradiction avec les dis-

positions de fond de la Constitution de différentes manières, mais il est hors de doute que les auteurs de l'article 54 ont eu surtout en vue ce phénomène « d'intégration de souverainetés ».

Quoi qu'il en soit, en instituant cette procédure exceptionnelle, ils se séparent une fois de plus de leurs prédécesseurs de 1946.

Nous sommes, en effet, de ceux qui estiment que la Constitution de 1946 ne subordonnait pas la ratification des traités qui lui étaient contraires, à sa révision préalable. La possibilité de conclure des engagements comportant des « limitations de souveraineté » était prévue dans son Préambule — lesquelles pouvant englober tout transfert de souveraineté — tandis qu'elle n'établissait nulle part une procédure d'autorisation de ratifier les traités autre que celle de l'article 27 (25).

Le seul moyen susceptible de retarder la ratification de tels traités était de soumettre la loi autorisant la ratification, une fois qu'elle était votée et avant sa promulgation, au Comité Constitutionnel. Toutefois, l'accord du Président de la République étant nécessaire pour que celui-ci pût être saisi, pratiquement ce moyen ne pouvait être mis en œuvre parce que le Gouvernement, auteur du traité, n'eût jamais appuyé une telle initiative présidentielle qui, au demeurant, restait soumise à la règle du contreseing. D'ailleurs, la prétendue procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois, sous la IV^e République, était organisée de telle manière qu'à supposer que cette loi d'autorisation fût déclarée contraire à la Constitution — parce que le traité l'était — cette déclaration n'eût entraîné d'autre conséquence que celle de rendre la révision de la Constitution nécessaire, c'est-à-dire en fin de compte de déclencher le mécanisme régulier de la « mise au pas » de la Constitution. Aucune de ces déductions n'était incompatible avec l'inspiration de base de la Constitution de 1946 qui était nettement internationaliste.

Il n'est pas superflu cependant de préciser que la Constitution nouvelle ne s'oppose pas irréductiblement à celle de 1946 en ce qu'elle interdit l'approbation ou la ratification d'un projet d'engagement qui entre en conflit avec elle. Au contraire, un des résultats certains de l'article 54 — et ceci n'est pas sans importance — est qu'il autorise implicitement les négociateurs à aller *au-delà* de la Constitution. L'effet du nouveau mécanisme est uniquement de rendre plus laborieux, dans cette hypothèse, l'acceptation définitive de leurs projets. Entre 1946 et 1958, il existe sans doute une différence de taille, mais, *explicitement*, elle ne concerne qu'une question de *procédure*. Or, on sait que les

Constitutions nationales règlent librement les modalités par lesquelles sont définitivement acceptées les conventions internationales.

Par sa complexité, la procédure de l'article 54 peut être jugée internationalement inopportune mais elle ne crée aucun obstacle insurmontable. Elle prévoit seulement l'intervention de l'autorité étatique qui est vraiment la plus haute, à savoir l'autorité constituante dont la décision de révision équivaut à l'autorisation de ratifier. En raison de la nature de ses dispositions de fond, le traité ou l'accord doit être conclu suivant les formes des plus solennelles. De même que la ratification des projets modifiant les lois internes doit être soumise à l'autorisation du pouvoir législatif, de même l'adoption définitive de ceux qui modifient la Constitution doit-elle être subordonnée à l'agrément du pouvoir constituant. Si la révision est réalisée, le projet pourra « passer ». Sinon, on ne dira rien de plus que le *treaty-making-power* a refusé de l'accepter, ce qui pourra être regrettable mais nullement illicite. D'ailleurs, d'autres pays ont aussi forgé des « résistances » aux « traités d'intégration ». Au Danemark et aux Pays-Bas, les majorités qualifiées des 5/7 et des 2/3 sont respectivement requises pour l'acceptation des traités contraires à la Constitution (26).

Au point de vue de la politique interne, la procédure nouvelle est même susceptible de comporter une certaine contrepartie. On se souvient de l'embarras causé au Gouvernement — et qui le paralysait totalement — par les accusations de « violation » de la Constitution, dirigées contre le traité de la C. E. D. Cette impasse démontrait que tant que l'élaboration de la législation internationale reste réservée aux autorités nationales, politiquement, celles-ci éprouvent toujours des scrupules à avouer qu'en exerçant cette activité elles ont méconnu la loi fondamentale qui règle le fonctionnement de l'État. Dans un sens, le jeu de l'article 54 permettrait d'éliminer les controverses sans fin entre l'Exécutif et le Législatif sur la compatibilité ou l'incompatibilité entre un projet de traité ou d'accord et la Constitution. Désormais, quand un conflit de ce genre surgira, le Gouvernement pourra l'aborder avec plus de sérénité, tandis que l'opposition ne pourra plus combattre la ratification ou l'approbation pour le seul motif « d'inconstitutionnalité ». Le Conseil Constitutionnel statuera et, éventuellement, la procédure exceptionnelle sera mise en œuvre.

Cependant, s'il est normal que la faculté de saisir le Conseil Constitu-

(26) Pour les Pays-Bas, art. 63 de la Constitution révisée. Pour le Danemark, art. 20. Voir Jacques ROBERT, *La Constitution du Danemark* du 5 juin 1953, cette *Revue*, 1954, p. 64.

(25) Voir Roger PINTO, *Éléments de Droit constitutionnel*, 1948, p. 334.

tionnel soit ouverte aux Présidents des deux Chambres qui représentent le Pouvoir législatif en la circonstance, et au Président de la République en sa double qualité de gardien de la Constitution et de représentant de l'Exécutif, la reconnaissance simultanée au Président de la République et au Premier Ministre de cette même faculté présente un risque. Elle est de nature à favoriser l'étalement au grand jour d'un désaccord entre ces deux autorités. Le Premier Ministre pourrait tenter de retarder la ratification de tout traité conclu par le chef de l'État — nous savons que celui-ci dirige effectivement les négociations — en déclenchant le mécanisme de l'article 54. Inversement, le Chef de l'État adoptera la même attitude à l'égard d'un accord signé malgré lui et qui pourra être approuvé, on l'a vu, sans son concours. Si l'entente règne entre les deux branches de l'Exécutif ou si le Président de la République laisse agir le Gouvernement en se bornant à un rôle de conseiller, cette éventualité ne se concrétisera pas. Mais un Président et un Premier Ministre également actifs se heurteront inévitablement.

Enfin et surtout, au point de vue juridique, l'article 54 crée une équivoque sur un point fondamental : la primauté du droit conventionnel sur la Constitution est-elle encore vérifiée, ou bien, est-elle désormais remplacée par un principe contraire ? Ce grave problème sera examiné dans la deuxième partie sur l'application des traités dans l'ordre interne (27).

B. — ACCEPTATION SUBORDONNÉE A UN CONSENTEMENT POPULAIRE

D'après l'article 11 de la Constitution :

« Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au *Journal Officiel*, peut soumettre au referendum tout projet de loi... tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. »

Le texte ajoute :

« Lorsque le referendum a conclu à l'adoption du projet, le Président de la République le promulgue dans le délai prévu à l'article précédent » (délai de 15 jours) (28).

(27) Voir *infra*, p. 549.

(28) Sur ce texte, en général, cf. J. CHATELAIN, *op. cit.*, p. 104.

Il s'agit d'un dessaisissement de droit. L'autorisation de ratifier n'est plus donnée par le Parlement, elle émane directement, dans ce cas, de la souveraineté populaire. Précisons que le referendum favorable n'équivaut qu'à une autorisation. Le Chef de l'État conserve sa pleine liberté de ratifier ou de ne pas ratifier.

Dans quelles conditions le Président de la République peut-il recourir au referendum ? Il se peut que ce soit à la demande même des deux Chambres qui composent le Parlement. Celui-ci renonce volontairement à ses prérogatives dans le cas où, par exemple, en l'absence de majorité utile il ne parviendrait pas à prendre une décision. L'importance du traité étant telle qu'il juge alors préférable de ne pas prolonger l'attente des autres États partenaires de la France, et de s'en remettre à la volonté du corps électoral. Mais, dans la pratique, cette éventualité se produira difficilement. L'article 11 exige, en effet, une proposition conjointe non des deux Présidents mais des deux Assemblées elles-mêmes. Or, divisées sur le fond, celles-ci pourraient-elles encore se prononcer sur une proposition aussi délicate ?

Vraisemblablement, le recours au referendum n'aura lieu que dans la seconde hypothèse prévue au texte, c'est-à-dire sur proposition du Gouvernement. L'initiative présidentielle permettra au Parlement de sortir de l'impasse précédente. Ou encore, elle sera prise s'il s'élève un conflit entre le Gouvernement et le Parlement sur l'opportunité de la ratification. C'est ce conflit qui sera ainsi soumis à l'arbitrage du suffrage universel. Sans doute, le recours ne doit pas être décidé dans l'intervalle des sessions du Parlement. Mais il reste vrai que malgré cette précaution, il s'agira d'un dessaisissement *imposé* au Parlement.

Cependant, un point est essentiel : dans l'une ou dans l'autre hypothèse, l'appel au peuple résulte d'une décision personnelle du Président de la République. Il la prend sans être soumis au contreseing ministériel (art. 19). Mais alors, pour ne parler que du problème de la conclusion des traités internationaux, ce pouvoir propre du Président est le couronnement de l'édifice de la Constitution. Celui-ci devient parfaitement cohérent, selon une logique implacable. Le chef de l'État conserve la maîtrise totale de l'action diplomatique depuis ses débuts jusqu'à son terme. C'est lui qui conduit effectivement la « partie internationale », et si cette partie est bien jouée parce que « l'indépendance nationale » est sauvegardée tandis que des problèmes importants ont pu être réglés par le projet de traité, afin que l'adoption définitive de celui-ci ne soit pas compromise, le cas échéant, il doit pouvoir demander au peuple de l'appuyer directement. On comprend ainsi pourquoi, même sans conflit avec les Chambres, le Président peut aussi recourir à l'article 11 si,

quaient aux deux problèmes distincts relatifs respectivement au mode d'introduction de la convention dans l'ordre interne et à l'autorité juridique qu'elle doit y recevoir.

A. — L'INTRODUCTION AUTOMATIQUE DU TRAITÉ OU DE L'ACCORD DANS L'ORDRE INTERNE

L'article 26 de la Constitution de 1946 disposait que « les traités régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi ».

Pour bénéficier de ces effets, il suffisait que le traité fût régulièrement ratifié et publié. A notre avis, l'article 26 pouvait même se dispenser de souligner la condition de la publication, qui allait de soi, car, pour le traité comme pour toute norme juridique, la publication est une opération nécessaire sans laquelle il ne serait pas possible d'opposer aux intéressés l'axiome « nul n'est censé ignorer la loi ».

L'introduction du traité dans l'ordre interne était donc automatique, selon les enseignements de la doctrine moniste.

Expliquant cette disposition de l'article 26, Niboyet déclare effectivement : « le traité est intégré d'office dans l'ordre interne sans que soit nécessaire une autre formalité. Ainsi, notre droit diffère profondément de celui des pays où, comme en Grande-Bretagne, le traité doit être coulé en forme d'une loi interne pour que son application se réalise, ce qui a bien des inconvénients » (30).

Le Professeur de Visscher qui exprime une même opinion, écrit de son côté :

« Le système français dont s'est inspiré le projet de révision constitutionnelle néerlandais, constitue à l'heure actuelle le système le plus progressif dans le domaine qui nous intéresse et l'on remarquera notamment que la Constitution italienne, si progressiste à d'autres égards, est restée fidèle en matière de traité au procédé classique de la réception spéciale. »

Se référant à la formalité de publication, il ajoute :

« La nécessité de la publication constitue le dernier frein qui soit de nature à retarder l'applicabilité des traités dans l'ordre juridique interne. Un système plus parfait que le système français pourrait résulter de l'inscription dans la Constitution de l'obligation constitutionnelle imposée à l'Exécutif de publier les traités régulièrement publiés » (31).

(30) La Constitution nouvelle et certaines dispositions de Droit international, *Dalloz*, 1946, Chronique, p. 89.

(31) Les tendances internationales des Constitutions modernes, *Recueil*

En réalité, ce « système parfait » a été réalisé postérieurement à la Constitution de 1946. L'obligation de publier le traité, une fois sa ratification effectuée, a été consacrée par l'article 3 du décret du 14 mars 1953 sur la ratification et la publication des engagements internationaux souscrits par la France (*J. O.* du 15 mars 1953, p. 2436). Ce décret a même adopté une solution encore plus libérale en décidant que, sous certaines conditions, une publication faite par un organisme international dispenserait le Gouvernement français de l'accomplissement de cette formalité.

Malgré son laconisme, l'article 55 règle aussi et d'abord ce même problème de l'introduction du traité dans l'ordre interne. Il le fait, sinon dans des termes semblables, du moins de la même manière. En effet, si « dès sa publication » un traité ou un accord régulièrement ratifié ou approuvé a une autorité supérieure à celle de la loi, ce résultat suppose évidemment et *a fortiori*, qu'une fois ces deux conditions remplies, l'un ou l'autre acquiert immédiatement force obligatoire dans l'ordre interne. La solution de l'introduction automatique est ainsi confirmée.

La nouvelle rédaction paraît même meilleure que celle de l'article 26. D'abord, la contradiction souvent signalée entre les articles 26 et 28 a été évitée. D'autre part, l'expression « dès sa publication » met mieux en évidence cette idée moniste qu'aucune autre formalité ne sera nécessaire, qu'il s'agisse de « réception » de la convention ou de sa « transformation » en droit interne. En même temps, elle rend inutile cette précaution de l'article 26 : « ... sans qu'il soit besoin, pour en assurer l'application, d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification ».

Quant au décret de 1953 sur la publication, étant toujours en vigueur, il complètera, comme par le passé, les prescriptions constitutionnelles.

B. — LA PRIMAUTÉ DU TRAITÉ OU DE L'ACCORD SUR LES LOIS INTERNES

En ce qui concerne le problème de l'autorité juridique du traité ou de l'accord dans l'ordre interne, l'article 55 s'y consacre explicitement en proclamant la primauté de la règle conventionnelle sur la loi.

Cette primauté comporte nécessairement un double sens. En premier

des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1952, I, p. 558. Signalons que le projet de révision néerlandais auquel l'auteur a fait allusion, a été adopté, en 1953, et est devenu l'article 66 de la Constitution révisée : « Les accords engagent chacun pour autant qu'ils aient été publiés. »

lieu, étant supérieur à la loi, le traité ou l'accord modifie automatiquement « dès sa publication » les lois contraires antérieures. Ce qui correspond à cette formule de l'article 26 : « ... dans le cas même où ils seraient contraires à des lois internes françaises ». Celle-ci constituait une précision supplémentaire que, sans doute, les Constituants de 1946 avaient cru devoir apporter pour éliminer toute controverse sur le sens des solutions entièrement neuves qu'ils venaient d'adopter.

En raison de cette même primauté, en second lieu, il ne peut être porté atteinte au traité ou à l'accord de quelque manière que ce soit, par une loi postérieure. Or, telle est l'hypothèse prévue et réglée déjà par l'article 28 de la Constitution de 1946.

Probablement, la même préoccupation d'écarter toute difficulté d'interprétation avait encore amené les auteurs de cet article à souligner expressément que les dispositions des traités régulièrement ratifiés et publiés « ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues qu'à la suite d'une dénonciation notifiée par la voie diplomatique ». Mais ici, également, cette rédaction ne vise rien de plus qu'une conséquence logique de la primauté du traité. Reconnue comme texte inférieur, la loi ne peut, évidemment, aller à l'encontre du traité qui lui est supérieur. Seul un autre acte situé au même degré de la hiérarchie que le traité, c'est-à-dire un acte international, pourrait produire ce résultat. M. Donnedieu de Vabres affirmait avec raison que « si l'article 28 ne signifie pas cela, il ne signifie rien » (32).

L'adoption du monisme à primauté du droit international a-t-elle pour effet d'autoriser le juge, en cas de conflit entre la convention et une loi postérieure, à le trancher en faveur de l'acte international ?

Cette question a été déjà soulevée au lendemain de la Constitution de 1946. A l'époque, l'opinion affirmative s'est appuyée sur les termes catégoriques de ses articles 26 et 28. Elle a été confirmée par la jurisprudence qui, sans aller jusqu'à annuler la loi contraire au traité, en a cependant accepté d'en écarter l'application (33). Cette solution nous paraît difficilement contestable. Néanmoins, elle a été combattue.

A son encontre, on a également invoqué la Constitution de 1946 en tant qu'elle n'a pas reconnu aux juges le pouvoir de contrôler la consti-

(32) La Constitution de 1946 et le Droit international, *Dalloz*, Chronique, 1948, p. 6.

(33) Voir DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.* ; NIBOYET, *Revue critique*, 1948, p. 283 ; Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Sirey, 1952, p. 47-48, et la jurisprudence citée. Pour une opinion dans le même sens, mais exprimée de façon plus prudente, cf. Paul REUTER, *Droit international public*, 1958, p. 21.

tutionnalité des lois alors que la loi contraire à un traité antérieur est, par là même, contraire à l'article 28 de cette Constitution et, par conséquent, *inconstitutionnelle*. Les partisans de cette thèse négative ont donc conclu que les juges de 1946 n'avaient reçu aucun pouvoir nouveau et qu'ils devraient tout simplement, comme avant 1946, essayer de concilier le traité et la loi contraire. Le seul effet pratique des articles 26 et 28 était de les mettre à l'aise, le cas échéant, pour « prêter » au législateur l'intention de ne pas déroger au traité. Mais si la contrariété entre la loi et le traité était trop manifeste, ils devraient, comme pour le passé, accorder la préférence au texte interne (34).

Même, si l'on ne partageait pas ce dernier raisonnement, on ne pourrait nier qu'il existait, sur cette question, des divergences sérieuses. En principe, les termes de la nouvelle Constitution n'apportent aucun élément nouveau de solution. Les partisans de l'une ou de l'autre thèse pourront continuer à s'affronter. Les divergences antérieures survivront sans doute à la Constitution de 1946.

Il reste un dernier problème. Est-ce que la primauté du traité ou de l'accord sur la loi doit s'étendre aussi à la loi constitutionnelle ? En règle générale, nous estimons, avec les auteurs monistes, qu'il faut y répondre par l'affirmative. La reconnaissance du monisme à primauté du droit international équivaut à l'adoption d'un système juridique homogène avec tous les éléments qui le composent.

Rien dans la Constitution de 1946 ne contredisait cette opinion. Mais celle-ci serait-elle encore compatible avec les termes de l'article 34 de la Constitution nouvelle ?

Il faut avouer qu'il est facile de répondre, d'abord, que la tendance générale de celle-ci qui est basée sur la nécessité du maintien de l'indépendance, sur « l'attachement au principe de la souveraineté nationale » milite en faveur de la thèse de la supériorité de la Constitution. Dans le même sens, on peut encore soutenir que c'est justement cette supériorité qui impose la procédure de l'article 54.

Ainsi, pour ceux qui croient à la nécessité d'assurer la supériorité de l'ordre juridique international sur le droit étatique, cette procédure est des plus contestables. Les Constituants auraient pu atteindre le même but de « résister » aux engagements internationaux qu'ils redoutent en créant une autre procédure, qui aurait pu être plus laborieuse

(34) BATTIFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1949, p. 40-42. R. PINTO, *op. cit.*, p. 333. Le P^r REUTER (*op. cit.*, *ibid.*) signale aussi les avis émis dans le même sens à la Commission de réforme du Code civil.

mais qui, cependant, n'aurait pas soulevé cette question de principe. Les nouvelles Constitutions du Danemark et des Pays-Bas, on l'a vu, ont aussi prévu chacune une procédure particulière d'acceptation des engagements internationaux qui leur sont contraires, laquelle est peut-être plus difficile à réaliser que la procédure actuelle de révision constitutionnelle en France. Pourtant, dans ces deux États, cette procédure *ad hoc* ne se prête à aucune équivoque quant à la primauté du droit conventionnel car, quelle que soit sa difficulté, elle ne comporte pas une obligation de révision de la Constitution *avant* toute acceptation.

Il n'en reste pas moins que, pour une question aussi grave, une solution implicite n'est pas convaincante. Il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit, en tout état de cause, que d'une procédure d'acceptation des *projets* de convention. Les conventions elles-mêmes ne sont pas directement en cause. Or, il est possible que les Constituants aient seulement voulu instituer, pour une fin déterminée, une procédure particulière sans aucune prise de position préalable de caractère systématique. On pourrait donc encore s'en tenir, malgré l'article 54, aux termes généraux de l'article 55 qui sont semblables à ceux de l'article 28 de 1946. D'autre part, nous avons vu aussi que l'article 54 a pour effet d'autoriser les négociateurs à aller au-delà de la Constitution. Juridiquement, la question peut être posée, dès lors, de savoir si cette autorisation était encore possible dans le cadre d'un système qui reconnaîtrait réellement la supériorité de la Constitution sur les règles conventionnelles, car le respect de cette supériorité devrait s'imposer aux autorités étatiques dès la phase de la négociation.

Le problème, toutefois, ne présente plus désormais qu'un intérêt théorique. Pratiquement, la procédure de l'article 54 éliminera tout conflit entre traité ou accord à venir d'une part, et Constitution, de l'autre. Quant aux conventions antérieures à la Constitution de 1958 qui comportent une clause contraire à celle-ci, elles continueront à s'imposer à la France, tant qu'elles demeureront en vigueur. Même si la solution de la primauté de la Constitution était réellement admise, elle ne pourrait être rétroactive.

II. — La réserve de réciprocité.

Sans nul doute, la réserve incluse dans la deuxième moitié de l'article 55 a suscité et suscitera encore de nombreux commentaires. En l'absence de publication des travaux préparatoires, l'interprétation de ce texte s'expose nécessairement au risque d'être sujette à erreur.

Il s'agit d'une « réserve de réciprocité ». Le Professeur Reuter écrit fort justement :

« L'article 55 de la Constitution de 1958 réaffirme en termes plus sobres des principes déjà posés par les articles 26 et 28 de celle de 1946, *tout en soulignant l'exigence de réciprocité* » (35).

La réciprocité est donc la condition de la réalisation effective dans l'ordre interne français des principes monistes auxquels s'est ralliée la Constitution nouvelle. Mais comment se définit exactement cette réciprocité ? Qui vérifie qu'elle existe ? Que se passera-t-il si elle fait défaut ?

A. — LA DÉFINITION DE LA RÉCIPROCITÉ

Initialement, l'article 50 de l'avant-projet gouvernemental était ainsi rédigé :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, dans chaque cas, de réciprocité. »

L'expression « dans chaque cas » permettait sans doute de conférer déjà à la notion un caractère spécifique. L'exigence paraissait ainsi plus rigoureuse que celle contenue dans le préambule de 1946 relative aux « limitations de souveraineté », qui se prêtait à une interprétation souple et qui excluait certainement une réciprocité absolue pour chaque cas particulier (36). Pourtant, rien, dans cet avant-projet, n'indiquait explicitement l'objet de la réciprocité requise.

L'incertitude a entièrement disparu avec le texte remanié qui résultait des discussions au sein du Comité consultatif constitutionnel dont voici les termes :

« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois.

« La disposition qui précède ne peut être opposée par les États étrangers qui ne respectent pas ce principe. »

Cette proposition apportait, semble-t-il, toute la clarté désirable à la matière. La réciprocité exigée — définie à son second alinéa — consiste

(35) *Op. cit.*, p. 19.

(36) Georges SCELLE, De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités, cette *Revue*, 1952, p. 1019.

en ce que l'État cosignataire du traité ou de l'accord respecte, lui aussi, le principe affirmé au 1^{er} alinéa. En d'autres termes, cet État étranger doit reconnaître, lui aussi, dans sa propre législation, le principe du monisme à primauté du droit international.

La condition ainsi émise ne s'apprécierait plus en fonction de chaque situation prévue au traité ou à l'accord. Elle épouserait les contours d'une véritable « réciprocité législative », qui notamment, lorsque les États y ont recours dans l'établissement du statut des étrangers, est jugée plus souple et plus libérale que la stricte « réciprocité diplomatique ».

Naturellement, l'exigence de cette condition, même limitée à une réciprocité législative, était de nature à restreindre sensiblement la portée de la solution de principe adoptée. Celle-ci n'apparaissait pas comme un régime définitif, mais une simple *proposition* aux États étrangers. Par là, elle perdait le caractère d'avant-garde que présentait à ce sujet la Constitution de 1946. Cependant, s'il n'était plus permis d'admirer la beauté d'un geste désintéressé, du moins ne pouvait-on pas non plus condamner le réalisme de la nouvelle position qui était en tout point conforme à l'égalité juridique entre les États. Peut-être même, la réciprocité exigée inciterait-elle les États qui, encore nombreux, appliquent des solutions traditionnelles d'inspiration dualiste, à modifier leurs systèmes nationaux respectifs afin de bénéficier des avantages du monisme que leur offre conditionnellement la France.

L'article remanié du C. C. C. ne contredisait pas ouvertement la lettre du texte de l'avant-projet gouvernemental qui était, nous l'avons dit, insuffisamment explicite. Il est cependant évident, maintenant, que la position du C. C. C. ne correspondait nullement à la volonté du Gouvernement, car dans le projet définitif soumis au referendum, non seulement celui-ci a rejeté la rédaction du C. C. C. mais encore il a apporté des retouches à son texte initial afin de dissiper tout malentendu sur la situation véritable qu'il désirait, lui, envisager.

Effectivement, selon la deuxième partie de l'article 55, la portée de la réciprocité est désormais clairement déterminée. D'abord, le caractère spécifique de la réciprocité est appuyé avec plus de vigueur encore car l'expression « dans chaque cas » se trouvant dans le texte de l'avant-projet est remplacée par celle : « pour chaque traité et accord ». En second lieu et surtout, la réciprocité doit porter sur « l'application » de chaque traité ou accord par l'autre partie. Il s'agit donc d'une réciprocité dans l'exécution qui correspond à l'exigence d'une équivalence strictement matérielle.

Dès lors, pour que chaque État cosignataire puisse se prévaloir de la

solution libérale de principe, il ne suffira plus, comme le demandait le C. C. C., qu'en droit et d'une manière générale, son ordre juridique interne consacre la même solution. Il faudra encore qu'en fait et dans chaque cas particulier, il se conforme au traité ou à l'accord en l'exécutant fidèlement. En cas d'inexécution, le monisme de principe reconnu à l'article 55 cessera de s'imposer à la France.

La réserve de réciprocité apparaît dès lors sous un jour particulier. Son jeu aboutit à une sorte de *sanction* — la privation des garanties du monisme — que la France appliquerait contre un État cosignataire avec elle d'un traité ou d'un accord, et qui lui porterait préjudice en n'exécutant pas les engagements pris envers elle. Inévitablement, on pense à l'exception *non adimpleti contractus* des contrats synallagmatiques du droit civil.

Est-il besoin de souligner qu'on se trouve en présence d'un mécanisme inédit sans précédent, tant dans l'histoire constitutionnelle française que dans les constitutions étrangères ? Sans doute, en raison des conditions d'élaboration du texte constitutionnel, on ne peut déterminer avec exactitude les raisons pour lesquelles ses auteurs l'ont adopté. Des faits ont pu être pris en considération relatifs aux attitudes de certains États et qui auraient été incompatibles avec leurs obligations internationales souscrites envers la France (37). Une référence peut être utilement faite, ici, à un passage du discours précité de M. Michel Debré au Conseil de la République. Réfutant un argument émis en faveur de la constitutionnalité du traité de la C. E. D., il s'exprima : « On présente alors un deuxième argument : le Préambule de notre Constitution autorisait les limitations de souveraineté. C'est exact, mais à plusieurs conditions. La première est capitale. « Sous réserve de réciprocité ». C'est si important que notre Constitution met cette phrase incidente au début de l'article 15 (du Préambule)... Or, cette réciprocité n'existe pas avec Bonn puisque le futur gouvernement central de l'Allemagne unifiée pourrait remettre en cause toutes les décisions de Bonn ». De toutes façons, il n'est pas douteux que, dans son ensemble, le nouveau régime s'explique toujours par cette préoccupation générale, constamment présente à l'esprit des Constituants de 1958, de maintenir « l'indépendance nationale ».

Les caractères spécifiques de ce régime poussent évidemment le commentateur à de nouvelles méditations. Il s'interroge sur son aspect pratique, c'est-à-dire sur les modalités de sa mise en œuvre.

(37) Voir notamment cette *Revue*, 1958, p. 955.

B. — LA VÉRIFICATION DE LA RÉCIPROCITÉ

Le mécanisme de la « réalisation conditionnelle » de la solution de principe repose entièrement sur une question *inéluctable* : l'autre partie a-t-elle ou n'a-t-elle pas exécuté le traité ou l'accord en cause ? Dans chaque cas d'espèce, la réciprocité doit être vérifiée conformément au texte de l'article 55. La réponse, selon qu'elle est positive ou négative, conditionne l'application ou la non-application de tout le régime adopté en principe. C'est en cela que réside l'originalité de cette disposition.

Il est évident que seul, le Gouvernement, et essentiellement le Ministre des Affaires Étrangères, est en mesure de procéder à cette vérification. Grâce aux contacts qu'il entretient avec les Puissances étrangères et aux informations précises dont il dispose, le Gouvernement pourra seul établir si tel État a ou n'a pas exécuté tel traité ou accord par lequel il s'est engagé envers la France. Au surplus, il ne s'agit rien moins que d'une *qualification* de l'attitude de la puissance intéressée. Cette opération suppose une interprétation du traité ou de l'accord, laquelle relève d'une compétence que se réserve traditionnellement le Gouvernement et que, d'ailleurs, les tribunaux ne lui ont jamais contestée (38). Il faut également s'attendre à une appréciation d'ordre politique, à laquelle les tribunaux ne peuvent se livrer directement, sur l'importance relative des stipulations car il est probable que le Gouvernement ne prendra en considération que les mesures prises par la Puissance intéressée concernant des clauses jugées comme essentielles.

La première conséquence pratique du jeu de l'article 55 sera, dès lors, d'imposer aux tribunaux, quand ils seront saisis d'un procès relatif à l'application d'un traité ou d'un accord, l'obligation, dans chaque cas, et à propos de chaque traité ou accord en cause, de solliciter un avis du Ministre des Affaires Étrangères qui leur apporteront la solution de cette question sans laquelle ils seront dans l'impossibilité de statuer. Cette question revêt ainsi les caractères d'une véritable question

(38) Précédant le décret du 16 avril 1933 (*J. O.* du 21 avril 1933) relatif à l'approbation de l'accord interprétatif de la Convention franco-espagnole du 7 janvier 1862, accord résultant des échanges de lettres des 17 et 28 février 1933, un rapport au Président de la République précisait : « S'il y a un conflit d'interprétation entre les États signataires sur le sens du traité, il y a un conflit diplomatique, que le Gouvernement seul a qualité pour résoudre. Il est évident, en effet, qu'ayant, en vertu de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, pouvoir de négocier et ratifier les traités, il y a celui de les interpréter, que ce soit dans le domaine du droit public ou du droit privé. »

préjudicielle. Peu importe que ce traité ou cet accord soit postérieur ou antérieur à la Constitution de 1958 car il est incontestable que, dans le cadre de celle-ci, la règle nouvelle doit avoir une *portée rétroactive*.

Si déjà, dans le passé, les tribunaux n'hésitaient pas à s'adresser au même Ministre pour recueillir son point de vue concernant les difficultés qui leur étaient soumises, ce recours, cependant, n'avait lieu qu'en cas de nécessité. Le changement réalisé apparaît ainsi de façon sensible. Désormais, ce recours sera à la fois automatique et obligatoire, à l'occasion de chaque procès.

Parallèlement, par rapport à la situation antérieure, le rôle et l'autorité du Ministre des Affaires Étrangères dans le déroulement de cette procédure d'application du traité ou de l'accord dans l'ordre interne, sont considérablement renforcés. Non seulement, son intervention sera nécessaire mais encore, l'avis qu'il émettra sera, dans tous les cas, *déterminant*. Peut-être, ces nouveaux pouvoirs conférés au gouvernement destinés à le mettre à même de contrôler entièrement l'application interne des traités et accords n'ont-ils pas été totalement étrangers aux objectifs poursuivis par les Constituants.

Il ne faudrait pas cependant en tirer une conclusion hâtive sur une position de principe quelconque de la Constitution à l'égard de l'indépendance de la magistrature. On se trouve ici dans le domaine délicat de la politique étrangère du Gouvernement où la discrétion et la discipline des tribunaux sont de règle dans tous les pays. Aux États-Unis, elles sont même poussées à un degré tel que certains auteurs ont été amenés à déplorer la « docilité » des juges américains à l'égard du Département d'État (39).

Cependant, la dépendance des juges vis-à-vis du Gouvernement restera limitée, en l'espèce, à la solution de la « question préjudicielle ». Ils retrouveront leur pleine autonomie quant à la détermination des conséquences juridiques exactes, au regard de l'article 55, de ce « fait-condition » établi par le Ministre, à savoir, selon le cas, l'exécution ou l'inexécution de l'accord ou du traité par l'autre partie. En effet, à ce stade de la procédure, il ne s'agira plus que de l'interprétation et de l'application d'une règle de droit interne. Si l'exécution par l'autre partie est reconnue, le monisme de principe deviendra une réalité ; dans ce cas, il n'y aura pour le juge d'autres problèmes que celui, déjà évoqué, de savoir s'il peut ou non, en vertu de ce monisme, faire pré-

(39) Voir notamment JESSUP, Has the Supreme Court abdicated one of its functions ? *American Journal of International Law*, 1946, p. 168.

valoir effectivement la convention sur une loi postérieure contraire. Mais, que se passera-t-il s'il y a inexécution par l'autre partie, c'est-à-dire, dans le cas où la réciprocité exigée fait défaut ?

C. — LES CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE RÉCIPROCITÉ

Dans ce cas, les solutions de base ne s'imposeront plus ; mais lesquelles s'appliqueront à leur place ? La Constitution ne le dit pas et son silence à ce sujet est tout à fait regrettable. Car, c'est le sort du traité ou de l'accord qui est véritablement en cause. En effet, l'article 55 résout à la fois le problème de la force exécutoire de la convention et celui du degré de son autorité juridique. L'hésitation serait permise car on pourrait se demander si la non-application de cet article concerne uniquement le deuxième point ou si elle doit même affecter le caractère obligatoire du traité ou de l'accord litigieux.

Le problème est grave. Si le traité ou l'accord perdait jusqu'à sa force obligatoire — sa « force de loi » — il cesserait de s'imposer non seulement au législateur interne mais encore à l'administration active et aux tribunaux. Ceux-ci devraient s'incliner aussi devant les actes administratifs contraires. La convention serait complètement *mise en échec*. Tout se passerait comme si, initialement introduite dans l'ordre interne, elle en était sortie sans y laisser aucune trace. Par contre, si la sanction n'atteignait que l'autorité juridique du traité ou de l'accord par rapport à la loi, l'inexécution de la convention par l'autre partie, le défaut de réciprocité, ne paralyserait que la réalisation effective du principe de sa primauté sur la loi. Sa force exécutoire demeurerait. Seule une loi pourrait y déroger. Mais, tant que le législateur n'aurait pas pris une telle décision, les autres autorités étatiques inférieures devraient continuer à l'observer. Et même, les lois antérieures contraires resteraient abrogées.

La solution radicale s'appuyerait sur le domaine même de l'article 55 puisque aussi bien celui-ci englobe l'ensemble de l'opération d'application des règles conventionnelles. En sa faveur militerait aussi l'esprit de la Constitution. Le retrait pur et simple de la force exécutoire du traité ou de l'accord serait le meilleur moyen de sauvegarder « l'indépendance nationale » et d'éviter une situation inégalitaire qui ne manquerait pas de se produire si la convention demeurait obligatoire dans l'ordre français — surtout s'il s'agissait de stipulations créant de lourdes obligations — tandis qu'elle serait délibérément méconnue par l'autre partie.

Toutefois cette solution, si elle est admise, ne sera valable qu'au

regard de l'ordre interne. La « mise en échec » du traité ou de l'accord ne saurait être confondue avec sa « caducité » *au regard de l'ordre international*.

On peut, en effet, présumer que, quelle que soit sa tendance générale, la Constitution nouvelle n'a pas voulu, sauf preuve contraire, aller à l'encontre du droit international commun. Les objectivistes diront même que, de toutes manières, il est interdit à l'État de violer ce droit. Or, celui-ci comporte une règle certaine, à savoir que l'inexécution par l'autre partie ne met pas automatiquement fin au traité. Aucun auteur ne range cette inexécution parmi les causes d'extinction des engagements internationaux. La seule question qui se pose dans l'ordre international est de savoir si, dans cette hypothèse d'inaccomplissement par l'autre partie, l'État victime est autorisé à *dénoncer* la convention, ce qui est une chose différente.

Certes, il s'agit là d'une question encore obscure. Mais les auteurs qui l'étudient et qui lui donnent une réponse affirmative précisent nettement que cette dénonciation sera nécessaire pour mettre fin à la convention. La caducité de celle-ci ne sera qu'une « vocation » mais elle ne sera jamais de droit. Aussi longtemps que l'État victime de son inexécution n'aura pas accompli cette procédure de la dénonciation, la convention demeurera obligatoire à son égard.

C'est en ce sens que s'est nettement exprimé Anzilotti : « La volonté de s'obliger à la prestation promise existe en vue de la contre-prestation ; il est, par suite, logique d'admettre que l'État n'a pas voulu s'obliger, même pour l'hypothèse où la contre-prestation vient à manquer. Naturellement, la preuve d'une volonté différente est toujours possible. Mais l'extinction du traité n'a pas lieu de droit, le contractant a simplement le droit de déterminer cette extinction en se déclarant délié de l'obligation d'observer le traité ; il peut pourtant préférer le laisser subsister, en exigeant de l'autre partie l'exécution et éventuellement la réparation du préjudice subi (40).

Signalons aussi que certaines décisions nationales confirment pleinement ces vues doctrinales (41).

Dans ces conditions, si la convention en cause n'est pas dénoncée, l'article 55 ne pourra produire aucun effet valable *au regard de l'ordre international*. Conformément à la règle qu'un État ne peut invoquer une disposition de sa Constitution nationale pour se soustraire à l'exécution

(40) ANZILOTTI, *Cours de Droit international*, p. 465-466.

(41) Voir, dans ARNOLD D. MCNAIR, *Terminaison et dissolution des traités, Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1928, II, p. 519 et s.

de ses engagements internationaux, tous les actes pris en vertu de l'article 55, fussent-ils législatifs, engageront, le cas échéant, la responsabilité internationale de la France (42).

Il n'en est pas moins vrai que, même limitée à l'ordre interne, la « mise en échec » du traité ou de l'accord constituerait un événement grave. Dès lors, on est d'autant plus désireux de réduire encore la portée de l'article 55, qu'après tout, les risques d'aller à l'encontre des intentions réelles et précises des auteurs de la Constitution sur ce point n'existent pas parce que celles-ci demeurent inconnues.

Or, nous avons vu que la convention litigieuse, à défaut d'une dénonciation expresse, ne cesse d'être en vigueur. Au regard du droit international, l'obligation de l'exécuter continuera de peser internationalement sur la France. Il faudra donc interpréter l'article 55 de telle manière qu'il puisse se concilier avec cette règle positive. On n'y parviendra qu'en soutenant que la défaillance de l'autre partie n'aura pas pour effet d'éteindre cette obligation d'exécuter, elle n'affectera que les *moyens* destinés à assurer le respect de cette obligation, ce qui constitue un résultat tout à fait licite parce que ces moyens sont laissés par le droit international à la libre appréciation de l'État souverain.

Si cette interprétation était retenue, aux termes de l'article 55 ainsi compris, en cas d'inexécution par l'autre partie, la convention ne serait pas mise en échec mais simplement, à titre de sanction, elle serait privée des garanties et des avantages qui résulteraient d'une observation stricte du principe de sa primauté sur les lois internes. N'étant pas caduque, elle continuerait d'engager l'État français mais, en ce qui concerne son autorité juridique dans l'ordre interne, elle baisserait

(42) Il faut cependant tenir compte des modalités de la procédure internationale pour mettre en cause la responsabilité étatique qui comportent des conversations diplomatiques préliminaires. Or, il est probable que si l'autre partie a pleinement conscience de l'inexécution qui lui est reprochée, elle s'abstiendra de prendre toute initiative et, si l'on peut s'exprimer ainsi, l'action unilatérale de la France à l'encontre du traité ou de l'accord en cause aura simplement pour effet de « régulariser » une situation de fait. Elle rencontrera la volonté de l'autre partie sinon de laisser la convention tomber en désuétude, tout au moins de la maintenir en veilleuse jusqu'au jour où les deux parties accepteront de l'exécuter à nouveau. Il n'y aurait vraiment différend que s'il s'élevait une divergence d'interprétation sur les prestations mutuelles, c'est-à-dire, finalement, sur la *qualification* des faits pris en considération. Si, dans cette dernière hypothèse, le juge international était saisi, il pourrait peut-être trouver une excellente occasion pour statuer dans cette matière si peu explorée de la sanction de l'inexécution d'un engagement international où la règle de droit demeure encore bien incertaine.

désormais d'un degré dans la hiérarchie, elle ne serait plus que l'égale de la loi. Seule, la *manière* de l'exécuter serait modifiée. En conséquence, l'inexécution d'un traité ou accord par l'autre partie aurait uniquement pour effet pratique d'autoriser le juge français à faire prévaloir sur lui toute loi postérieure.

Ramenée à cette proportion, la réserve de réciprocité incluse dans cet article serait moins préoccupante. Car, en somme, il ne s'agirait d'aucune répudiation unilatérale d'une convention en dehors des formes régulières, mais d'un simple retour à un système qui avait été déjà pendant longtemps, avant 1946, le système appliqué par la France et qui est encore celui suivi par de nombreux pays à l'heure actuelle. Au surplus, si les vieilles pratiques étaient ainsi rétablies, elles ne le seraient que conditionnellement, dans des circonstances déterminées. Sans doute, dans le régime de 1875, selon la règle générale, en cas de conflit entre un traité et la loi postérieure contraire, le juge interne tentait toujours de concilier d'abord les deux textes. Mais n'oublions pas que si cette tentative de conciliation était impossible, tellement la volonté législative de déroger au traité paraissait évidente, il devait finalement donner la préférence au traité. Or, la situation ne serait guère différente désormais puisque, par hypothèse, en présence de l'inexécution par l'autre partie, la volonté du législateur de déroger au traité serait manifeste. Il serait inutile de tenter une conciliation impossible. Le juge fera prévaloir immédiatement la loi contraire sur le traité ou l'accord.

On pourrait alors caractériser le système général de l'article 55 par les deux propositions suivantes : confirmation de principe du monisme, retour conditionnel au dualisme.

Grâce à cette interprétation, l'exigence de la réciprocité produirait même un résultat inattendu et bénéfique à la fois. Elle permettrait de trancher la querelle sur la portée réelle du principe de la primauté du droit conventionnel sur les lois. On a vu qu'il existe une thèse selon laquelle, malgré la consécration constitutionnelle de ce principe, les tribunaux ne reçoivent pas le pouvoir de faire prévaloir la règle conventionnelle sur une loi postérieure, en cas de conflit entre elles. On dirait aux partisans de cette thèse que si celle-ci était vraiment exacte, si la loi postérieure contraire devait dans tous les cas, en vertu d'une règle générale, l'emporter sur le traité, on ne verrait plus pourquoi l'article 55 a pris la peine d'établir cette distinction entre l'hypothèse de l'exécution de l'engagement par l'autre partie et l'hypothèse de l'inexécution du même engagement. Cette distinction qui est la pièce maîtresse du régime nouveau, n'aurait de raison d'être que si elle entraînait une différence pratique réelle entre ces deux hypothèses. En réalité, si, dans le cas

d'inexécution, le juge recevait le droit d'accorder la préférence à la loi contraire, c'est parce que, quand ce défaut de réciprocité est vérifié, la Constitution ordonne expressément la suspension de l'application du principe de la primauté de la convention sur la loi ; inversement, dans le cas d'exécution, où ce principe doit s'appliquer normalement, il devrait produire rigoureusement toutes ses conséquences, et le juge aurait le devoir, cette fois, de faire prévaloir le traité ou l'accord sur la loi qui le contredit. Ce raisonnement est la suite logique de l'interprétation « restrictive » proposée tout à l'heure.

* *

Quelle appréciation d'ensemble doit-on réserver aux dispositions contenues dans la Constitution de 1958 et qui viennent d'être analysées ? Laissons les partisans farouches du régime présidentiel et ceux du régime parlementaire qui ne sont pas satisfaits exprimer, à leurs plans respectifs, leurs déboires. On répondra seulement ici que toutes celles qui, du point de vue de leur portée internationale, remettent en cause les « conquêtes » de 1946 sont infiniment regrettables.

Certes, la profonde transformation du climat international a pu jouer un rôle considérable. En 1946, la guerre venait d'être gagnée. « La victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine » était aussi la victoire de la coopération internationale. Dans un optimisme général, tous les peuples souhaitaient sincèrement l'édification d'un ordre nouveau dans le monde. Celui-ci venait d'ailleurs de se réaliser, l'année précédente, à la Conférence de San Francisco, par la création de l'Organisation des Nations Unies qui renfermait les premiers éléments d'un superétatisme naissant. Par contre, en 1958, les auteurs de la Constitution nouvelle ont opéré dans un monde inquiet, déçu par la faillite de ses espérances, divisé depuis de longues années déjà par les rivalités entre les grandes puissances et qui menace de s'installer dans sa division. L'Organisation des Nations Unies subsiste, mais son organe essentiel, le Conseil de Sécurité, est voué à l'impuissance. D'autre part, elle a tendance à devenir une simple tribune où s'affrontent des thèses irréductibles qui n'ont d'autre effet que d'accroître le désarroi.

Il n'en est pas moins vrai qu'il faut se garder de confondre les circonstances avec les principes. La Constitution est « une affaire de principe ». Quelle que soit la dureté des temps, elle doit demeurer un acte de foi dans l'avenir de la communauté internationale.