

Note sous C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*.

Dix neuf ans après avoir contrôlé le protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>, le Conseil constitutionnel est de nouveau face à l'interdiction de la peine de mort avec le protocole n° 13 à la même Convention et le deuxième protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques<sup>2</sup>. Comme en 1986 avec le protocole n° 6, la ratification du protocole n° 13 n'imposera pas de révision de la Constitution, alors qu'une telle procédure devra être mise en oeuvre s'il existe une volonté de ratifier le deuxième protocole additionnel au Pacte de 1966.

Depuis le protocole n° 6 du 28 mars 1983, le droit international conventionnel a cependant évolué, et même incontestablement progressé. Il s'agit désormais d'interdire la peine de mort en toute circonstance, ce qui est, au seul niveau national, le fait de la loi du 9 octobre 1981<sup>3</sup>. Ce constat est vrai pour le protocole n° 13 signé à Vilnius le 3 mai 2002 dont l'intitulé est explicite en ce sens<sup>4</sup>. La comparaison avec le protocole n° 6 est éclairante. Les deux textes, dans des termes équivalents, abolissent la peine de mort, écartent l'application de l'article 15 de la Convention, stipulation qui permet des dérogations aux droits consacrés par la Convention en cas d'urgence, et, enfin, font obstacle à la formulation de réserves au protocole. Le protocole n° 13 ne reprend pas, là est le progrès, la possibilité offerte à un Etat de « prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ». Grâce au protocole n° 13, le droit à la vie, reconnu par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, devient un véritable droit intangible. A être pointilleux, on remarquera cependant, qu'à l'instar du protocole n° 6, le protocole n° 13 autorise des « réserves territoriales » d'application : « tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent protocole ». L'« intangibilité » du droit à la vie est susceptible de varier en fonction des différentes portions du territoire d'un Etat signataire. Il n'en demeure pas moins que, par rapport au protocole n° 6, le protocole n° 13 marque un seuil supérieur dans la volonté abolitionniste des Etats membres du Conseil de l'Europe.

Au regard de cette évolution « européenne », le deuxième protocole additionnel au Pacte de 1966, adopté à New-York le 15 décembre 1989, expression large de la communauté internationale, est plus proche en substance du protocole n° 6 que du protocole n° 13. En effet, le protocole additionnel, tout en interdisant la peine de mort, admet un cas dans lequel un Etat peut formuler

---

<sup>1</sup> C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, RJC-I, p. 224.

<sup>2</sup> C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, JORF, 20 octobre 2005, p. 16609.

<sup>3</sup> Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981, *Loi portant abolition de la peine de mort*, JORF, 10 octobre 1981, p. 2759.

<sup>4</sup> Protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances.

une réserve. Les Etats peuvent ainsi prévoir la peine de mort « en temps de guerre à la suite d'une condamnation pour un crime de caractère militaire, d'une gravité extrême, commis en temps de guerre ». Sur le fond, cette possibilité de mettre en œuvre la peine de mort est similaire à celle qui était prévue par le protocole n° 6 ; sur la forme, contrairement à ce dernier, elle exige qu'une réserve soit émise lors de la ratification ou de l'adhésion. Il ne s'agit pas d'une exception « automatique » comme dans le protocole n° 6. En revanche, les dérogations à l'interdiction de la peine de mort, telles qu'elles pourraient être instituées en application de l'article 4 du Pacte de 1966 en cas de « danger public exceptionnel » menaçant « l'existence de la nation », sont proscrites par le deuxième protocole additionnel. Sur ce point, le deuxième protocole se rapproche des protocoles n° 6 et 13 qui écartent l'application de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi présentés, les deux textes déferés au Conseil constitutionnel par le Président de la République sur le fondement de l'article 54 de la Constitution donnent lieu à une décision du Conseil constitutionnel assez ramassée. Le juge constitutionnel rappelle tout d'abord la portée de chacun des textes examinés. Du côté du protocole additionnel au Pacte de 1966, il insiste sur le fait qu'il ne peut être dérogé à l'interdiction de la peine de mort dans les circonstances prévues par le protocole que par l'intermédiaire d'une réserve formulée au moment de la ratification et seulement s'il existe une législation en vigueur prévoyant la peine de mort dans les circonstances visées par le protocole. La haute juridiction rappelle ensuite les normes de référence classiques du contrôle des engagements internationaux, quelque peu redondantes on le sait : la Constitution, les droits et libertés constitutionnellement garantis et les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Pour le lecteur étranger, il convient de préciser que les droits et libertés « constitutionnellement » garantis sont bien contenus dans la « Constitution » dans un sens large, et que les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » peuvent être déduites de la Constitution. Le Conseil écarte toute contrariété des actes contrôlés avec la Constitution et avec les droits et libertés constitutionnels. Sous cet angle, on ne pourra que se féliciter de l'inexistence dans la Constitution d'un « droit à la peine de mort » qui se serait heurté, le cas échéant, au protocole n° 13 et au deuxième protocole additionnel au Pacte de 1966. Le juge constitutionnel se concentre en revanche sur l'une des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale qui, pour la première fois, est formulée sous la forme explicite d'un principe général : « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent » à la souveraineté nationale « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de » celle-ci<sup>5</sup>. Si le protocole n° 13 ne méconnaît pas cette exigence, le deuxième protocole s'y heurte de manière directe. Le cœur de la souveraineté étatique est ici mis en avant : la souveraineté dans le sens premier tel qu'il a été mis en lumière par CARRE DE MALBERG, en tant que « *caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante* »<sup>6</sup>. L'Etat, sous peine de renoncer à sa qualité d'Etat,

<sup>5</sup> C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, précitée*, Considérant n° 5.

<sup>6</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome premier*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920, réimpression aux Editions du C.N.R.S., 1962, p. 79.

ne peut abandonner son pouvoir suprême, il doit disposer du dernier mot. Sur le fond, cette limite suscite un certain nombre de réflexions, notamment au regard du mécanisme de l'article 54 de la Constitution (II). Sur la forme, la brièveté de la décision du Conseil constitutionnel est trompeuse dans la mesure où elle exige la lecture d'autres éléments pour être pleinement comprise. A cet égard, une certaine fragmentation de la décision, préjudiciable à une lisibilité satisfaisante, doit être déplorée (I).

## **I – Sur la forme, une fragmentation préjudiciable de la décision**

La seule lecture de la décision ne permet pas d'apprécier l'ensemble du raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel pour répondre à la question qui lui est soumise. Il est vrai que, dans le cadre de l'article 54 de la Constitution, si le contrôle du juge est intégral, il n'est pas en tout point explicite. Faut-il pour autant que l'implicite devienne explicite dans les commentaires aux *Cahiers du Conseil constitutionnel*<sup>7</sup> ? Cette mise à jour du non-dit « grâce » aux commentaires aux *Cahiers* (c.C. ci-après), qualifiable de « doctrine du Conseil constitutionnel », semble marquer une volonté de maîtrise du processus d'interprétation, dont on peine d'ailleurs à trouver clairement qui en est à l'origine, des décisions du Conseil constitutionnel (A). Ces non-dits révélés témoignent en l'espèce de l'articulation des différents textes internationaux pertinents pour résoudre la question posée au Conseil constitutionnel. En conséquence, une reconstruction de la décision s'impose (B).

### **A – La combinaison imposée de la décision et de la doctrine du Conseil constitutionnel**

La pratique n'est pas nouvelle, elle semble se consolider : la lecture de la seule décision du Conseil constitutionnel ne suffit pas pour appréhender et connaître le raisonnement retenu par le juge. Contentons-nous de rappeler que, dans la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004, ce qui est une « disposition constitutionnelle expresse »<sup>8</sup> doit être entendu, selon les c.C. comme une « disposition constitutionnelle expresse et propre »<sup>9</sup>. Dans la décision commentée, si le procédé est moins significatif, dans la décision de 2004 la précision conditionnait en effet l'application de la jurisprudence posée, il n'en est pas moins problématique.

---

<sup>7</sup> Disponibles également en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc20/jurisp524525.htm>

<sup>8</sup> C.C., 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, JORF, 22 juin 2004, p. 11182, Considérant n° 7.

<sup>9</sup> Commentaire sous une décision ultérieure, C.C., n° 2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Loi relative à la Bioéthique*, JORF, 7 août 2004, p. 14077 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp498.htm>.

Selon les c.C., le Conseil constitutionnel aurait en premier lieu apprécié la conformité des textes contrôlés à l'article 16 de la Constitution, le « coup d'Etat permanent », qui avait obligé la France à émettre une réserve à la Convention européenne des droits de l'homme au moment de sa ratification en 1974<sup>10</sup>. Sur cette question, les c.C. ont une double portée. Dans le passé, ils éclaircissent la décision du 22 mai 1985<sup>11</sup> en confirmant ce qui n'avait été qu'implicite alors : le Conseil constitutionnel a procédé à l'examen de la conformité du protocole n° 6 à l'article 16 de la Constitution<sup>12</sup>. La référence dans cette décision au « devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation »<sup>13</sup> peut être comprise comme une référence implicite aux conditions d'application de l'article 16<sup>14</sup>, plutôt que comme une déclinaison des « conditions essentielles d'exercice... », selon une analyse qui avait été proposée<sup>15</sup>. Dans le présent, pour la décision commentée, les c.C. indiquent qu'il y a bien eu appréciation de la conformité des protocoles à l'article 16 de la Constitution. En revanche, aucun élément en ce sens, même implicite, voire elliptique, n'est présente dans la décision. Pourtant, si l'on en croit les c.C., « le Conseil constitutionnel n'a pas (...) estimé que le recours à la peine de mort constituait un moyen nécessaire au Président de la République pour rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics dans le cadre de l'article 16 de la Constitution ». Si le Conseil constitutionnel « estime », pourquoi ne trouve-t-on pas sa position dans la décision qu'il adopte mais dans les commentaires qui sont rendus par ses services ? Ne doit-on désormais lire les décisions du Conseil constitutionnel qu'à la lumière des c.C. ? Quelle lisibilité, en particulier pour le citoyen non initié, des décisions du Conseil constitutionnel qui seules sont publiées au *Journal officiel de la République française* ? Que sont, d'un point de vue statutaire, les c.C.<sup>16</sup> ? Ces différentes interrogations convergent toute autour d'une question fondamentale : quelle place la doctrine constitutionnelle doit-elle accorder aux c.C. et, plus largement d'ailleurs, à l'ensemble de la doctrine du Conseil constitutionnel, englobant celle produite par le personnel de l'institution qui commente ses décisions en son nom propre, c'est-à-dire en une autre qualité que celle de

<sup>10</sup> Selon cette réserve, les dérogations prévues par l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'urgence doivent s'entendre comme pouvant s'appliquer lors de l'utilisation de l'article 16 de la Constitution, sans restreindre par ailleurs le pouvoir du Président de la République de prendre « les mesures exigées par les circonstances ».

<sup>11</sup> C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6, précité*.

<sup>12</sup> Voir pour l'évocation de la difficulté concernant la conformité du protocole n° 6 avec l'article 16 de la Constitution dans la presse et l'examen implicite auquel aurait procédé le Conseil constitutionnel : L. FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 1985, respectivement p. 869 et p. 874.

<sup>13</sup> C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6, précité*, Considérant n° 2.

<sup>14</sup> La mise en œuvre de l'article 16 peut intervenir « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ».

<sup>15</sup> Voir notamment : pour une lecture critique, L. FAVOREU, « La décision du Conseil constitutionnel du 22 mai 1985 relative au protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme », *précité*, p. 873 ; B. GENEVOIS, « Chronique constitutionnelle », *A.I.J.C.*, 1985, p. 432

<sup>16</sup> Sur cette question, la doctrine hésite. Sous la décision du 13 octobre 2005, il a pu être fait référence au « commentaire officieux/officiel des Cahiers du Conseil constitutionnel » (D. SIMON, F. MARIATTE, « Le Conseil constitutionnel et l'abolition définitive de la peine de mort : oui et non... », *Europe*, n° 12, décembre 2005, p. 4). Plus largement, à propos de la doctrine issue du Conseil constitutionnel, c'est la formule d'« éminent commentateur » qui a été retenue pour J.-E. SCHOETTL et son commentaire sous la décision (B. MATHIEU, « Examen de la compatibilité à la Constitution de deux protocoles additionnels concernant l'abolition de la peine de mort », *Semaine juridique*, Ed. G., n° 49, 2005, p. 2270).

personnel de l'institution<sup>17</sup> ? Quelle place accorder à cette doctrine rédigée par l'institution ? La place de cette doctrine « officielle » semble devoir être proportionnelle à l'intérêt qui lui est accordé par le reste de la doctrine. Une seule position doit être tenue : la doctrine officielle n'est qu'une doctrine parmi d'autres, discutabile et critiquable comme toutes les autres. En d'autres termes, la doctrine du Conseil constitutionnel n'est rien d'autre que de la doctrine. Par la qualité de ceux qui la produisent, le « Conseil constitutionnel » pour les c.C. et le personnel de l'institution pour la doctrine du Conseil constitutionnel dans un sens large<sup>18</sup>, elle témoigne dans une certaine mesure de la volonté présumée de l'institution et fournit à ce titre des éléments d'appréciation pour l'interprète des décisions. Cette doctrine ne doit pourtant pas être considérée, selon une approche rigoureuse de l'interprétation, comme établissant la seule interprétation valable d'une décision du Conseil constitutionnel. Point de vérité dans le domaine juridique, que des possibles. D'autant qu'à sombrer dans la paraphrase des c.C., rien ne permet d'affirmer qu'il s'agit de la « véritable » interprétation du Conseil constitutionnel que l'on y trouvera. Les c.C., comme la doctrine du Conseil constitutionnel, ne sont pas, selon toute vraisemblance, visés par les membres de l'institution et peuvent ne refléter, en conséquence, que la perception de la volonté de l'institution par l'auteur de cette doctrine. Entre cette perception et la volonté véritable de l'institution, on peut penser que la prétendue réalité est susceptible de se perdre. Ainsi, même à entrer dans une *école de droit constitutionnel doctrinal*, qui reste à inventer, la pertinence d'une telle démarche est sujette à discussion.

En second lieu, les c.C. nous éclaire sur un autre point lui aussi absent de la décision, y compris des visas, l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Plus précisément, le juge constitutionnel a appliqué l'article 56 de cette Convention. Cette stipulation prévoit qu'en cas d'absence de clause expresse de dénonciation dans un traité, il n'est que deux cas dans lesquels un Etat peut le dénoncer : en raison de l'intention des parties ou en fonction de la nature du traité. Sans qu'il soit ici besoin de remarquer que la Convention de Vienne n'a pas été ratifiée par la France mais que cette dernière peut être considérée comme liée par certaines des normes qui y sont contenues en temps que coutume internationale, les c.C. précisent que le Conseil constitutionnel a « vérifié si l'une et l'autre de ces

---

<sup>17</sup> Cette coquetterie, qui consiste à signer les commentaires des décisions non en qualité de personnel du Conseil constitutionnel mais en son nom propre, est susceptible d'être entendue comme un aveu. Elle tend en effet à confirmer la pertinence d'une interprétation *a fortiori* du principe du secret des délibérations, fixé par l'article 3 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, et du devoir de réserve, posé par l'article 1<sup>er</sup> du décret du 13 novembre 1959, qui, même s'ils ne concernent *stricto sensu* que les membres du Conseil constitutionnel, doivent être interprétés comme s'appliquant également au personnel de l'institution susceptible d'être concerné. Il pourra être objecté, ce qui n'est pas discutable, qu'il est parfaitement possible de commenter de l'extérieur des décisions qu'y ont été vécues de l'intérieur. Il n'en est pas moins discutable que l'exercice est périlleux, et la frontière entre le regard extérieur et la connaissance de l'intérieur ténue. Dans cet exercice délicat, il est indéniable que certains y ont mieux réussi que d'autres.

<sup>18</sup> En tout état de cause, c'est bien le personnel de l'institution qui rédige les c.C. comme les commentaires des décisions parus dans les différentes revues juridiques. Il est néanmoins possible de distinguer une doctrine du Conseil constitutionnel « véritable » car émise en son nom propre, et une doctrine du Conseil constitutionnel « dérivée » fruit du personnel de l'institution se prononçant en leur nom propre. Cette distinction pourra en pratique paraître artificielle au regard des similitudes de structure, d'analyse et de formules qu'il est parfois possible de constater entre ces deux doctrines. Sous la décision commentée, la comparaison entre les c.C. et le commentaire de J.-E. SCHOETTL (Note sous C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, *Gazette du Palais*, 20-22 novembre 2005, pp. 15-20) est parfois édifiante.

deux exceptions pouvaient être invoquées en l'espèce ». Pourquoi, encore une fois, une telle argumentation ne se retrouve-t-elle pas dans la décision ? En outre, alors que le Conseil a jugé en définitive qu'une telle argumentation ne devait pas être contenue dans la décision, pourquoi alors la retrouver dans les c.C. ?

Ces éléments ajoutés à la connaissance du lecteur, il est possible de procéder à une reconstruction de la décision à partir de la combinaison des différents textes internationaux.

## **B – La reconstruction nécessaire de la décision à partir des différents textes internationaux pertinents**

Pour apprécier la solution retenue par le Conseil constitutionnel du côté des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et, plus précisément, de l'interdiction des engagements irrévocables, il y a lieu de reconstruire l'enchevêtrement des stipulations conventionnelles pertinentes.

Pour ce qui concerne le protocole n° 13, la situation est simple. Son article 5 règle la question des rapports entre le protocole et la Convention européenne des droits de l'homme. Les articles 1 à 4 du protocole sont ainsi qualifiés d'« articles additionnels à la Convention ». En conséquence, « toutes les dispositions de la Convention s'appliquent ». Ce principe d'application des stipulations de la Convention au protocole permet au Conseil constitutionnel de réitérer la jurisprudence élaborée en 1986 pour constater l'absence de contrariété à la Constitution : au même titre que la Convention elle-même, le protocole peut être dénoncé dans les conditions prévues par l'article 58. La position du Conseil constitutionnel est toutefois plus souple qu'en 1985. Alors que dans la décision du 13 octobre 2005, la seule possibilité de dénonciation du protocole n° 13 suffit pour garantir la conformité à la Constitution<sup>19</sup>, dans la décision du 22 mai 1985, s'ajoutait la possibilité pour l'Etat de prévoir la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre<sup>20</sup> pour parvenir au même résultat.

Avec le deuxième protocole additionnel au Pacte de 1966, la situation est plus complexe. Le raisonnement suivi est parfaitement synthétisé dans les c.C. Ce protocole ne prévoit rien quant aux possibilités de dénonciation. De son côté, le Pacte sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966 aurait pu envisager des stipulations en ce sens, éclairant de la sorte les possibilités de dénonciation du protocole. Or, pas plus que le protocole, le Pacte ne contient une telle clause. En conséquence, les règles générales du droit international public s'appliquent. L'instrument privilégié de formalisation de ces règles concernant le droit des traités est la Convention de

---

<sup>19</sup> C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, précitée, Considérant n° 6.

<sup>20</sup> C.C., n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, précitée, Considérant n° 1.

Vienne déjà évoquée. L'article 56 envisage en particulier les possibilités de dénonciation dans la situation en cause, c'est-à-dire en cas de silence des stipulations conventionnelles. Dans un tel cas, la dénonciation est admise, d'une part s'il est établi « qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait » ou, d'autre part, si « le droit de dénonciation ou de retrait » peut « être déduit de la nature du traité ». Le Comité des droits de l'homme, compétent pour adresser aux Etats « toutes observations générales qu'il jugerait appropriées » en vertu de l'article 40.4 du Pacte de 1966, s'est prononcé sur la question de la dénonciation du Pacte de 1966 et du deuxième protocole dans l'observation générale n° 26 du 8 décembre 1997<sup>21</sup>, à laquelle se réfèrent les c.C. Le Comité examine, au regard de l'article 56 de la Convention de Vienne, si une dénonciation du Pacte est possible. Selon cette institution, le silence concernant la dénonciation résulte de la *volonté des parties* et il doit être compris comme interdisant une telle possibilité. A cet égard, si les Etats parties ont introduit une clause de dénonciation pour le premier protocole additionnel au Pacte (article 12), adopté le même jour que celui-ci, ils ne l'ont fait ni pour le Pacte lui-même ni pour le deuxième protocole additionnel. Du côté de la *nature du traité*, le Comité ne retient aucune possibilité de dénonciation. Le Pacte sur les droits civils et politiques, avec la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels de 1966, forment ce qui est parfois qualifié de « Charte internationale des droits de l'homme », qui n'a aucune vocation à la précarité. Le Comité en conclut que « le droit international n'autorise pas un Etat qui a ratifié le Pacte (...) à le dénoncer ou à s'en retirer ». Au regard de cette observation, comme d'ailleurs au regard de la doctrine sur la question, même si elle n'est pas unanime, la solution du Conseil constitutionnel ne semble pas critiquable. La démarche du Conseil constitutionnel consistant à utiliser la Convention de Vienne doit même être saluée. Pour être pleinement satisfaisante, encore aurait-il fallu qu'une telle utilisation soit explicite.

Une autre stipulation de la Convention aurait cependant pu être évoquée à l'appui de la possibilité de dénonciation, même si elle est implicitement rejetée par le Comité des droits de l'homme<sup>22</sup>. L'article 54 de la Convention de Vienne prévoit le retrait d'une partie à un traité par consentement de toutes les parties. Il ne s'agit pas, comme avec l'article 56, d'une dénonciation unilatérale mais d'une modification du traité écartant l'une des parties, subordonnée à l'accord unanime des Etats parties. Dans cette perspective, avec la décision du 25 juillet 1991, le Conseil constitutionnel n'avait-il pas jugé qu'en l'absence de clause de dénonciation expresse le fait que la modification du traité imposa l'accord de tous les membres suffisait à garantir le respect de la

---

<sup>21</sup> Observation n° 26 du 8 décembre 1997, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1, disponible sur internet : <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/Documentsfrsetfr?OpenFrameSet>.

Voir sur la possibilité de dénonciation d'un traité de protection des droits de l'homme en général et sur l'observation n° 26 du Comité des droits de l'homme en particulier : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., 7<sup>ème</sup> édition, 2005, § 52.

<sup>22</sup> Dans l'observation n° 26 du 8 décembre 1997 précitée, le Comité a en effet précisé, sans se référer à l'article 54 du traité de Vienne, que « le droit international n'autorise pas un Etat qui a ratifié le Pacte (...) à le dénoncer ou à s'en retirer » (souligné par nous).

Constitution<sup>23</sup>. Il est toutefois compréhensible que le Conseil constitutionnel ne se soit pas engagé sur cette voie dans la décision de 2005 au regard de la fragilité de l'argumentation retenue en 1991<sup>24</sup>.

Le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel, éclairée par les c.C., est remarquable du côté du droit international. En dernière analyse, c'est bien le respect du droit international qui impose de déclarer le deuxième protocole additionnel au Pacte de 1966 contraire à la Constitution. Le respect de ce Pacte, comme des règles de la Convention de Vienne, en tant que coutume internationale, imposent à l'Etat son caractère irrévocable. Les internationalistes se féliciteront d'une telle application des règles du droit international public par le juge constitutionnel, en éveillant la jalousie des communautaristes victimes de la jurisprudence du 10 juin 2004. Que ces derniers ne perdent pas pour autant espoir, le Conseil constitutionnel vient de censurer une loi qui faisait obstacle à un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ayant condamné la France par la voie d'un recours en manquement. Ce n'est certes pas le motif de la censure, mais la référence à cet arrêt est contenue dans les motifs de la décision<sup>25</sup>.

Ainsi reconstruite, la décision mérite d'être encore appréhendée sur le fond, sous l'angle de la souveraineté dans son sens originel et de l'affirmation selon laquelle : « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent » à la souveraineté nationale « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de » celle-ci.

## **II – Sur le fond, les réflexions suscitées autour de la souveraineté, en tant que puissance suprême de l'Etat**

Le caractère irrévocable d'un engagement international semble devoir toucher au cœur de la souveraineté étatique dans son sens originel et premier. Du côté de l'affirmation de l'interdiction des traités irrévocables, la décision du Conseil constitutionnel est susceptible de recevoir plusieurs interprétations (A). Plus largement, du côté de la portée de cette interdiction, il est tentant de s'attarder à nouveau sur les conséquences d'une atteinte au caractère suprême de la puissance étatique (B).

### **A – Les diverses interprétations possibles de l'interdiction de l'irréversibilité d'un engagement international**

---

<sup>23</sup> C.C., n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, RJC-I, p. 455, Considérants n° 57 et 58.

<sup>24</sup> Voir *infra*, § II, A.

<sup>25</sup> C.C., 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*, JORF, 31 décembre 2005, p. 20730, Considérant n° 6.



La jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant l'existence ou l'absence de clause de dénonciation dans un traité n'avait jamais été tout à fait convaincante, elle ne le sera pas forcément plus avec cette décision.

Dans un certain sens, une clarification est toutefois bienvenue. Le Conseil a posé une règle générale claire lorsqu'un engagement international est irrévocable et qu'il intervient dans un domaine inhérent à la souveraineté de l'Etat. Dans une telle situation, il y a atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et donc violation de la Constitution. La règle était jusqu'alors implicite. Il était possible de la déduire *a contrario* de la décision du 22 mars 1986 dans la mesure où l'existence d'une possibilité de dénonciation du protocole n° 6, notamment<sup>26</sup>, semblait préserver ce dernier d'une déclaration de contrariété à la Constitution. C'est d'ailleurs en se fondant sur cette décision qu'en 1991 les requérants dénonçaient devant le Conseil constitutionnel l'absence de clause de dénonciation dans la Convention d'application de l'accord de Schengen (Accords de Schengen ci-après). Dans la décision du 25 juillet 1991, le juge constitutionnel examinera le moyen pour le rejeter au fond<sup>27</sup>. L'ambiguïté naît cependant de la formule selon laquelle « l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté »<sup>28</sup>. Il est néanmoins possible d'interpréter cette formule en conformité avec la règle posée dans la décision du 13 octobre 2005 dans la mesure où c'est l'*irrévocabilité* d'un engagement international qui est contraire à la Constitution et non la seule *absence de clause de dénonciation*. L'approche de l'irrecevabilité dépasse le seul constat de la présence ou de l'absence d'une clause de dénonciation. Le juge constitutionnel laisse ainsi la voie ouverte à l'existence d'autres moyens que la clause de dénonciation pour parvenir au même résultat, au premier titre desquels se trouve l'article 56 de la Convention de Vienne.

Il reste que dans la décision du 25 juillet 1991 le moyen envisagé est discutable. Le Conseil constitutionnel semble avoir été piégé par le principe qu'il avait dégagé en 1986. Pour désamorcer le conflit potentiel, le Conseil retient une interprétation plutôt surprenante. L'absence de clause de dénonciation ne soulève pas de problème d'ordre constitutionnel au regard « des procédures de modification » prévues par les Accords de Schengen. Selon ces modalités, toute adhésion d'un nouvel Etat, comme toute modification de la Convention, imposent l'accord unanime des Etats membres. Pour être pertinente, une telle argumentation, comme on l'a vu, doit être rattachée à l'article 54 de la Convention de Vienne, qui prévoit, en substance, que l'accord unanime des Etats parties autorise que l'un d'entre eux soit dégagé de ses obligations conventionnelles. Le raisonnement du Conseil constitutionnel aurait été le suivant : en l'absence de clause de dénonciation, la possibilité de modification de la Convention par l'accord unanime des Etats

---

<sup>26</sup> ... à laquelle il convient d'ajouter la possibilité de prévoir la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre.

<sup>27</sup> C.C., n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen, précitée*, Considérants n° 56 et s.

<sup>28</sup> *Loc. cit.*, Considérant n° 58.

parties, notamment en cas de retrait d'un Etat partie, suffit à garantir la souveraineté de l'Etat. Une telle argumentation n'est cependant pas satisfaisante. Si souveraineté il y a, elle consiste pour l'Etat à se dégager « seul », c'est-à-dire de manière unilatérale, de ses obligations conventionnelles. Cette faiblesse de la décision de 1991 explique peut-être qu'une telle conception de l'irrévocabilité a été abandonnée dans la décision de 2005. L'approche qui y est retenue n'emporte pas pour autant totalement la conviction.

La règle posée par le Conseil est claire. L'atteinte aux conditions essentielles se réalise lorsqu'un engagement international est irrévocable dans un domaine inhérent à la souveraineté. En l'espèce, le droit de vie et de mort de l'Etat sur ses citoyens, la formule est désuète mais c'est bien de cela dont il s'agit, constitue un domaine inhérent à la souveraineté puisque c'est l'abolition de la peine de mort qui est envisagée. La règle posée trouve donc bien à s'appliquer pour les deux engagements internationaux contrôlés. Le juge constitutionnel dispose en conséquence d'une alternative : soit le protocole est irrévocable et il est contraire à la Constitution ; soit il ne l'est pas et il n'est pas contraire à la Constitution. Ce qui compte c'est que l'Etat ne pourra plus, une fois engagé, récupérer sa liberté d'action dans un domaine inhérent à sa souveraineté. La puissance de l'Etat, dans une acception traditionnelle, n'est plus absolue, elle est limitée de manière irrémédiable. Or, si pour le protocole n° 13 le Conseil constitutionnel s'en tient à ce schéma en constatant l'existence d'une dénonciation possible et donc l'absence de contrariété à la Constitution, avec le deuxième protocole additionnel au Pacte de 1966, il suit une autre voie. Il juge en effet que le protocole « lierait irrévocablement la France *même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation* ; qu'il porte dès lors atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »<sup>29</sup>. Déjà, en elle-même, une telle référence au « danger exceptionnel » est peu probante si elle est confrontée aux règles prévues par l'article 58 de la Convention européenne des droits de l'homme, applicables pour dénoncer le protocole n° 13. Alors qu'un danger exceptionnel commande vraisemblablement une action rapide, le délai imposé pour pouvoir dénoncer le protocole n° 13 est de six mois. Il n'est donc pas certain que la clause de dénonciation garantisse de manière efficace la récupération par l'Etat de son pouvoir au « *cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation* ». A propos du deuxième protocole, cette incise introduit encore une incertitude susceptible de recevoir au moins trois interprétations<sup>30</sup>.

Il est d'abord possible de la neutraliser, en considérant qu'elle est surabondante, qu'elle ne sert qu'à illustrer par un exemple les conséquences fâcheuses de l'irrévocabilité. Sans doute y trouvera-t-on l'interprétation la plus raisonnable. Selon une telle orientation, l'expression « *même dans le cas où...* » doit être interprétée comme signifiant « *notamment dans le cas où...* ». Difficile pourtant de résister à la tentation de proposer d'autres interprétations qui donneraient une portée

---

<sup>29</sup> C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, précitée, Considérant n° 7 (souligné par nous).

<sup>30</sup> Voir pour un doute émis quant à la signification de la règle posée par le Conseil constitutionnel en raison de cette incise : D. SIMON, F. MARIATTE, « Le Conseil constitutionnel et l'abolition définitive de la peine de mort : oui et non... », *précité*, p. 4.

à cette précision du juge constitutionnel. Si l'incise a un sens, il est possible d'en retenir, d'un côté, une interprétation cohérente avec la règle générale posée en matière d'irrévocabilité et, de l'autre, une interprétation plus problématique.

Pour retenir une interprétation cohérente, la référence au « danger exceptionnel... » matérialiserait le domaine inhérent à la souveraineté. On sait que l'irrévocabilité d'un engagement international n'est contraire à la Constitution que si elle touche à un domaine inhérent à la souveraineté. Ce domaine ne serait pas constitué par le seul droit de vie et de mort sur les citoyens, mais par la possibilité de disposer de ce droit en cas de danger exceptionnel. Ce qui est inhérent à la souveraineté, c'est le pouvoir d'instituer la peine de mort en cas de danger exceptionnel.

Pour évoquer enfin une interprétation problématique, il convient de lier les deux membres de phrase de manière indissoluble en considérant que c'est parce qu'un traité international engage irrévocablement la France dans le cas d'un danger exceptionnel menaçant l'existence de la Nation que les « conditions essentielles... » sont méconnues. On peut alors en déduire, par une interprétation *a contrario*, que l'irrévocabilité du protocole n'aurait pas été contraire à la Constitution si avait été réservée, au profit de l'Etat, une dérogation en cas de danger exceptionnel menaçant l'existence de la Nation. L'irrévocabilité n'est problématique d'un point de vue constitutionnel que parce que l'Etat ne peut retrouver pleinement sa liberté d'action dans une situation exceptionnelle. A l'appui d'une telle interprétation, on notera que le Conseil constitutionnel constate implicitement, ce qui est d'ailleurs confirmé par la doctrine unanime du Conseil constitutionnel<sup>31</sup>, que la France serait dans l'impossibilité pratique d'émettre une réserve dans la mesure où le deuxième protocole impose l'existence d'une législation en vigueur<sup>32</sup>. Il est vrai qu'une telle législation n'existe pas à l'heure actuelle. L'interdiction de la peine de mort posée en 1981 est générale. Il n'en demeure pas moins que, pour que la France puisse émettre une réserve, il « suffirait » qu'elle adopte, avant la ratification, une législation instituant la peine de mort dans la situation couverte par l'article 2 du deuxième protocole en temps de guerre. L'impossibilité des réserves n'est alors pas pratique, elle est politique. La tendance dégagée par le Chef de l'Etat s'oriente, on le verra, plutôt vers une inscription dans la Constitution de l'interdiction de la peine de mort en toute circonstance, que vers l'adoption d'une mesure d'exception à la loi de 1981.

Cette dernière interprétation, liant l'irrévocabilité et le danger exceptionnel, garantirait également, de manière rétrospective, la conformité « effective » à la Constitution et non plus seulement présumée, du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966. S'il ne contient pas de clause de dénonciation, il comporte une stipulation, l'article 4, qui autorise l'Etat à déroger sous certaines conditions aux droits reconnus dans le Pacte en cas de « danger public exceptionnel [menaçant]

---

<sup>31</sup> Voir les c.C. et J.-E. SCHOETTL, Note sous C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, précitée*, p. 17.

<sup>32</sup> C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort, précitée*, Considérant n° 2.

l'existence de la nation ». L'incise du Conseil constitutionnel renvoie d'ailleurs, en tout état de cause, à la formule utilisée par l'article 4 du Pacte des droits civils et politiques de 1966<sup>33</sup>, article, rappelons-le, qui ne peut être invoqué à l'encontre du deuxième protocole<sup>34</sup>.

Face à cette pluralité d'interprétations, la doctrine du Conseil constitutionnel peut être utile à la doctrine constitutionnelle. A la seconde de déterminer le champ *des* possibles, à la première de donner les éléments permettant d'identifier *le* possible que le juge a entendu retenir. En l'espèce, la doctrine du Conseil constitutionnel n'est en l'occurrence pas utilisable pour tenter de trancher. Les c.C. sont silencieux, alors que le commentaire de l'un des plus éminents conseillers d'Etat de la rue Montpensier paraît retenir deux interprétations. D'un côté, irrévocabilité et danger imminent sont liés : « les protocoles porteraient atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale s'ils liaient irrévocablement la France *dans des cas où* un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation »<sup>35</sup> ; de l'autre, le danger imminent est neutralisé, puisque « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international portant sur un domaine inhérent à celle-ci »<sup>36</sup>. A moins qu'il faille lire de manière croisée ces deux formules, et on retombe alors sur la deuxième interprétation proposée : le domaine inhérent à la souveraineté se matérialise dans le pouvoir dont doit disposer l'Etat en cas de danger exceptionnel menaçant l'existence de la Nation.

Quelle que soit l'interprétation à retenir de la formule utilisée par le Conseil constitutionnel, il convient de revenir sur les conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur le caractère suprême du pouvoir étatique dans le cadre de l'article 54 de la Constitution.

## ***B – La relecture tentante des conséquences d'une déclaration d'inconstitutionnalité fondée sur le caractère suprême de la puissance étatique***

Le mécanisme de l'article 54, tant pis pour le lieu commun, permet de résoudre de manière préventive tout conflit susceptible de se nouer entre un engagement international en vigueur et la Constitution. Aussi, toute déclaration d'inconstitutionnalité d'un engagement international

---

<sup>33</sup> Selon l'article 4.1 du Protocole de 1996 : « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ».

<sup>34</sup> Selon son article 6.2 : « Sans préjudice de la possibilité de formuler la réserve prévue à l'article 2 du présent Protocole, le droit garanti au paragraphe 1 de l'article premier du présent Protocole ne peut faire l'objet d'aucune des dérogations visées à l'article 4 du Pacte ».

<sup>35</sup> J.-E. SCHOETTL, Note sous C.C., n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *précitée*, p. 18 (souligné par nous).

<sup>36</sup> *Loc. cit.*, p. 20.

constatée *a priori* par le Conseil constitutionnel implique-t-elle que pour pouvoir ratifier celui-ci une révision constitutionnelle préalable est nécessaire. A plusieurs reprises, le pouvoir de révision constitutionnelle est intervenu pour permettre la ratification d'engagements internationaux touchant à la souveraineté de l'Etat dans son sens premier. La banalisation des révisions constitutionnelles nécessaires à la ratification d'engagements internationaux a fini par éloigner la réflexion sur la question des atteintes au caractère suprême de la puissance étatique et sur la capacité du pouvoir de révision constitutionnelle à les couvrir. Ont été ainsi admis les transferts/dépossession de compétences étatiques<sup>37</sup> y compris dans des domaines régaliens tels que la monnaie<sup>38</sup> ainsi que la perte du pouvoir de blocage de la France dans le processus décisionnel communautaire, la France pouvant en conséquence se voir imposer des décisions en dehors de sa volonté<sup>39</sup>. Dans une certaine mesure c'est bien le pouvoir suprême de l'Etat auquel il a été porté atteinte, le pouvoir de révision constitutionnelle venant ensuite valider une telle atteinte. Dans la décision du 13 octobre 2005, alors qu'un degré supplémentaire d'atteinte au pouvoir suprême de l'Etat est franchi, l'Etat est définitivement engagé<sup>40</sup>, il est possible de revenir sur la lecture de la souveraineté dans son sens originaire.

En effet, dans ce premier sens, identifié par CARRE DE MALBERG, le terme de souveraineté entend désigner le caractère absolu et suprême de cette puissance. Le pouvoir souverain est ainsi « illimité et non limitable »<sup>41</sup>. La souveraineté est « cet attribut de la volonté de se décider par elle-même »<sup>42</sup>. Selon la formule particulièrement synthétique du Doyen VEDEL, la souveraineté signifie « à l'intérieur du territoire un pouvoir qui n'a point d'égaux, mais seulement des subordonnés ; à l'extérieur un pouvoir qui ne peut être lié que de son propre consentement »<sup>43</sup>. C'est dans ce premier sens que le terme de souveraineté est le plus discuté du côté du droit international. Il ne saurait traduire que l'*indépendance* de l'Etat au niveau international et en aucun cas un pouvoir absolu de celui-ci. La souveraineté de l'Etat doit être en effet combinée avec celle des autres Etats. Selon une orientation moniste dans l'appréhension des rapports entre les ordres juridiques, l'ordre juridique international sert ensuite à coordonner entre eux les ordres juridiques nationaux. D'un point de vue extérieur, on ne peut admettre la souveraineté de l'Etat « qu'en supposant que l'Etat est l'égal d'autres Etats, donc il est compris dans un ordre qui détermine les

<sup>37</sup> Dans un deuxième sens, le terme de « souveraineté » est synonyme de « compétences ». Voir R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, Tome premier, op. cit.*, p. 79.

<sup>38</sup> Le deuxième sens du terme souveraineté, « compétence », rejoint ici le premier, « caractère suprême de la puissance étatique ».

<sup>39</sup> On citera à titre d'illustration, sans qu'il soit besoin de développer, l'épisode du traité de Maastricht du 7 février 1992.

<sup>40</sup> Tel est également le cas des traités communautaires originaires, conclus à l'exception du Traité de Maastricht avant la Constitution du 4 octobre 1958, mais qui bénéficient d'une présomption de conformité à la Constitution. Ils n'ont donc pu être appréciés sous cet angle par le Conseil constitutionnel. Remarquons que de manière nouvelle, avec le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, un droit de retrait était prévu.

<sup>41</sup> G. JELLINECK, *L'Etat moderne et son droit, Deuxième partie : Théorie juridique de l'Etat*, traduction française de G. FARDIS, Giard et Brière, Bibliothèque internationale de droit public, 1913, p. 127.

<sup>42</sup> G. SCHELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Les éditions Domat-Montchrestion, 1943, p. 77.

<sup>43</sup> G. VEDEL, « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 27.

rappports réciproques des Etats, qui assigne à chacun d'eux sa place dans le cadre d'un seul et même système »<sup>44</sup>, c'est-à-dire l'ordre juridique international. Il en résulte que « l'Etat n'est dit souverain que de façon toute relative, dans la mesure où en dehors de l'ordre juridique international, aucun ordre n'est supérieur à l'ordre juridique étatique : *l'Etat n'est directement soumis qu'au seul droit international* »<sup>45</sup>. La souveraineté étatique ne peut être que relative, « au sens théorique, il n'y a (...) qu'un seul ordre souverain (*souverain*), c'est-à-dire le droit international public ; au sens du droit international public les Etats sont souverains (*souverains*), mais aucun Etat n'est *souverain* »<sup>46</sup>. Au moins dans sa manifestation externe, il apparaît antinomique de reconnaître une souveraineté *absolue* mais *limitée*, comme il l'est tout autant de concevoir une souveraineté *relative*. En ce sens, la notion de souveraineté relative recèle une certaine contradiction<sup>47</sup>.

La contradiction est tout aussi importante si l'on entend reconnaître des prolongements en droit positif au terme souveraineté entendu dans ce premier sens. Le seul fait pour un Etat de conclure un traité international avec un ou plusieurs Etats, par lequel il s'engage à agir d'une certaine manière, tout en ayant pour origine la volonté de l'Etat, n'en constitue pas moins une limitation de son pouvoir absolu une fois le traité entré en vigueur. Un traité en vigueur limite par définition l'action de l'Etat et le consentement de ce dernier n'enlève rien au caractère obligatoire du traité. La volonté de l'Etat n'est nécessaire que dans le processus de production d'une norme internationale conventionnelle, une fois régulièrement intervenue, cette norme est valide et obligatoire pour l'Etat. La traduction juridique du premier sens de la souveraineté ne peut être qu'absolue : soit elle signifie qu'un Etat ne peut conclure aucun engagement international, soit elle ne signifie rien. Un cas limite est susceptible toutefois de se rattacher de manière inéluctable à la souveraineté dans son sens le plus absolu : la disparition de l'Etat qui, par exemple, serait absorbé dans un Etat fédéral. Aucune révision constitutionnelle ne permettrait alors de lever l'obstacle, un nouvel acte constituant serait exigé.

Face à ces contradictions latentes autour du premier sens du terme de souveraineté, il est possible de retenir la définition proposée par S. RIALS, proche de celle du Doyen VEDEL, selon laquelle

<sup>44</sup> H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, Tome IV, 1926, p. 260.

<sup>45</sup> H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1945, traduit par B. LAROCHE et V. FAURE, Bruyant, L.G.D.J., 1997, p. 430 (souligné par nous).

<sup>46</sup> O. PFERSMANN, « Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de la décentralisation : le cas de la supranationalité », *Revue d'Allemagne et des Pays de langue allemande*, n° 2, 1996, p. 178.

<sup>47</sup> Aussi, G. SCALLE a-t-il pu préférer à l'expression souveraineté relative, celle de « *compétence discrétionnaire* » ou de « *compétence exclusive* ». Il estime en effet que la souveraineté est forcément absolue, soit elle est, soit elle n'est pas. En conséquence, « si elle est limitée ; elle ne subsiste qu'à l'état résiduel, dans les cas de *compétence discrétionnaire* » (*Manuel élémentaire de droit international public*, Domat-Montchrestien, Paris, 1943, p. 77 ; pour une utilisation dans le même sens du terme « *compétence exclusive* » en tant que « *compétence discrétionnaire* » : « Pouvoir étatique et droit des gens (Réponse à une négation de l'Ordre juridique international) », *R.D.P.*, 1943, p. 204). Dans le même sens, L. DUBOIS admet « que la souveraineté n'est pas seulement une qualité de l'Etat mais le titre à l'*exercice discrétionnaire de compétences* » (« Le juge français et le conflit norme constitutionnelle et norme européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 216, souligné par nous).

Voir également sur la théorie du domaine réservé ou de compétence exclusive de l'Etat : A. ROSS, *A textbook of international law. General part*, Longmans, Green and Co., London - New-York - Toronto, 1993, p. 46.

« le pouvoir souverain n'est pas en effet celui qui n'obéit à aucune règle, c'est celui qui ne se peut voir imposer de règles en dehors de son consentement »<sup>48</sup>. Pour ce qui concerne l'irrévocabilité d'un engagement international, et également la possibilité pour l'Etat de se trouver lié dans le cadre d'une organisation internationale par une décision de celle-ci qu'il n'a pas acceptée, la problématique peut être résumée de la manière suivante. Si l'irrévocabilité d'un engagement international porte atteinte à la liberté de l'Etat, il est pourtant de la liberté même de l'Etat que de choisir de souscrire à un tel engagement international. La puissance de l'Etat consiste précisément à pouvoir choisir n'importe quoi, y compris d'être lié de manière irrévocable. Une telle problématique théorique est, en quelque sorte, accompagnée de manière juridique sous la V<sup>ème</sup> République. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et conformément au mécanisme institué par l'article 54 de la Constitution, un tel acte de volonté d'atteinte au caractère suprême du pouvoir étatique doit être juridiquement établi sous la forme de la révision constitutionnelle.

Dans un tel contexte, et parce que des interrogations sont toujours possibles, la question de la formulation de l'énoncé de la révision constitutionnelle se pose alors qu'il s'agit de ratifier un engagement international irrévocable. Cette question de l'énoncé de la révision constitutionnelle est d'autant plus pertinente que si l'on sait que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas directement une loi de révision constitutionnelle<sup>49</sup>, il vérifie néanmoins de manière indirecte à l'occasion du contrôle d'un texte, loi ou engagement international, pour lequel est intervenue spécifiquement une loi de révision constitutionnelle, si cette dernière a bien autorisé l'adoption de ce texte<sup>50</sup>. Le juge constitutionnel veille ainsi à ce qu'une loi constitutionnelle « d'habilitation » a bien rempli son rôle. Un tel contrôle indirect du caractère opératoire de la loi de révision s'est produit à plusieurs reprises : dans la deuxième décision *Maastricht*<sup>51</sup>, dans la troisième décision *Quota par sexe*<sup>52</sup>, dans les décisions rendues à propos des lois organiques sur la Nouvelle-Calédonie<sup>53</sup>, sur l'expérimentation par les collectivités territoriales<sup>54</sup> et sur le statut d'autonomie de la Polynésie française<sup>55</sup> et, enfin, dans la décision sur la *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*<sup>56</sup>. La première de ces décisions, *Maastricht II*, est la plus explicite de l'exercice d'un tel contrôle. Alors que le Conseil constitutionnel se prononce une nouvelle fois sur la question de la conformité à la Constitution du traité de Maastricht, mais après la modification du texte suprême,

---

<sup>48</sup> S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V<sup>ème</sup> République », *R.D.P.*, 1984, p. 598.

<sup>49</sup> C.C., n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, *J.O.R.F.*, 29 mars 2003, p. 5570, Considérant n° 2.

<sup>50</sup> Voir cette *Revue*, n° 59, 2004, pp. 595-617, spéc. p. 611 et s.

<sup>51</sup> C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, *RJC-I*, p. 506.

<sup>52</sup> C.C., n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Quotas par sexe III*, *J.O.R.F.*, 7 juillet 2000, p. 8564.

<sup>53</sup> C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II*, *RJC-I*, p. 812 et s.

<sup>54</sup> C.C., n° 2003-478 DC, 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, *J.O.R.F.*, 2 août 2003, p. 13302.

<sup>55</sup> C.C., n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, *J.O.R.F.*, 2 mars 2004, p. 4220.

<sup>56</sup> C.C., n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, *JORF*, 17 août 2004, p. 14648.

la portée de son contrôle est limitée par l'autorité de chose jugée de la première décision sur le même traité. Aussi, ne s'autorise-t-il un contrôle, notamment, que « s'il apparaît que la Constitution, une fois révisée, demeure contraire à une ou plusieurs stipulations du traité »<sup>57</sup>. Il apprécie donc bien si la révision constitutionnelle d'habilitation a bien rempli sa fonction. Dans le même sens, dans la décision *Quota par sexe III*, le Conseil juge que la révision constitutionnelle intervenue a eu « pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel dans les décisions » antérieures<sup>58</sup>. Imaginons une seconde saisine du Conseil constitutionnel - voire une deuxième saisine, pourquoi pas - après qu'une révision est intervenue, visant à apprécier la conformité du deuxième protocole additionnel à cette dernière. Il s'agira bien de mesurer le caractère opératoire de la révision constitutionnelle autorisant une atteinte à la souveraineté en tant que puissance suprême de l'Etat.

La révision serait indubitablement opératoire en cas d'habilitation constitutionnelle explicite de ratifier le deuxième protocole au Pacte de 1966, à l'instar de ce qui avait été fait pour le traité de Rome sur la Cour pénale internationale<sup>59</sup>. Sous réserve des développements ultérieurs, ce n'est pas la voie qui a été annoncée par le Président de la République lors de ses vœux au Conseil constitutionnel. Selon son allocution, il a décidé d'engager une révision constitutionnelle afin de permettre la ratification du deuxième protocole au Pacte de 1966. Dans ce but, il entend inscrire « solennellement dans notre Constitution que la peine de mort est abolie en toutes circonstances »<sup>60</sup>. En ces termes, et alors qu'aucun projet de révision constitutionnelle n'a encore été déposé<sup>61</sup>, la pertinence d'un tel énoncé pour autoriser la ratification du deuxième protocole est discutable. Soit, il est possible d'estimer que le pouvoir de révision constitutionnelle, en se prononçant en faveur de l'abolition de la peine de mort en toute circonstance, désamorce le conflit avec le deuxième protocole, surtout s'il est possible d'identifier une volonté en ce sens. L'obstacle est levé car le texte suprême reprend en substance le contenu d'un engagement international qui est de la sorte neutralisé. Soit, on peut considérer qu'une telle formule dans la Constitution ne résout en rien la difficulté constitutionnelle liée à l'irrévocabilité du deuxième protocole. Le problème d'ordre constitutionnel n'est pas l'abolition de la peine de mort en elle-même, mais bien la ratification d'un engagement international irrévocable. Cas d'école, c'est indéniable, d'autant plus que l'intérêt pour la France, autre que symbolique, à ratifier le deuxième protocole additionnel à la Convention est minime. Avec une plus grande économie de moyen, il est possible de parvenir au même résultat en ratifiant le protocole n° 13 à la Convention européenne des droits de l'homme. En tout état de cause, le contrôle du caractère opératoire d'une loi de révision est un contrôle minimum du juge constitutionnel. Pour lui, le pouvoir de

---

<sup>57</sup> C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II, précitée*, Considérant n° 5.

<sup>58</sup> C.C., n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Quotas par sexe III, précitée*, Considérant n° 6.

<sup>59</sup> Article 53-2 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 : « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998 ».

<sup>60</sup> Voir : [http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours\\_et\\_declarations/2006/janvier/allocution\\_du\\_president\\_de\\_la\\_republique\\_lors\\_de\\_la\\_presentation\\_des\\_voeux\\_du\\_conseil\\_constitutionnel.37481.html](http://www.elysee.fr/elysee/francais/interventions/discours_et_declarations/2006/janvier/allocution_du_president_de_la_republique_lors_de_la_presentation_des_voeux_du_conseil_constitutionnel.37481.html).

<sup>61</sup> Au 20 janvier 2006, date à laquelle cette chronique a été achevée.



révision constitutionnelle est libre « d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée » et, qu'en particulier, « rien ne s'oppose à ce qu'il introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à une règle ou à un principe de valeur constitutionnelle ; que cette dérogation peut être aussi bien expresse qu'implicite »<sup>62</sup>.

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Perpignan

---

<sup>62</sup> C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, précitée, Considérant n° 19.