

LE DROIT INTERNATIONAL CONSTITUTIONNEL

par Jean-Charles Jobart
attaché temporaire d'enseignement et de recherche
en droit public à l'Université des sciences sociales de
Toulouse (IDETCOM-IEID).

Le droit international peut-il constituer un nouvel objet de droit constitutionnel? Sans doute pas et il est de tradition qu'une constitution nationale détermine certaines compétences quant à la négociation et à la ratification des traités ainsi que la valeur juridique de ces traités. C'est là une partie du droit constitutionnel que le doyen Favoreu proposa de dénommer « droit constitutionnel international », c'est-à-dire le droit constitutionnel relatif au droit international¹. Ce droit, bien que traditionnel, est appelé à se développer de façon exponentielle. « L'évolution actuelle des rapports internationaux et de la technique des traités démontre de la façon la plus claire qu'il n'y a plus de domaine dans lequel le droit international ne puisse pénétrer : ce qui demeure aujourd'hui encore réservé au droit interne ne l'est que provisoirement² ». En 1999, sur 117 lois publiées au *Journal officiel*, 57 portaient autorisation de la ratification d'un accord international. En effet, alors que la France ne concluait que 4 accords bilatéraux par an de 1881 à 1918, elle en concluait 80 par an entre 1950 et 1959 pour en conclure environ 200 chaque année depuis 1990³. Ainsi, le droit constitutionnel international prend-il une importance croissante. Selon le décompte de Jean-François Lachaume, « depuis 1959 jusqu'au mois de juillet 2002, le Conseil constitutionnel a rendu une

¹ L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *RGDIP* 1993, p. 41.

² M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin, Problèmes de Droit des Gens*, Pedone, 1964, p. 491.

³ CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, p. 19.

cinquantaine de décisions au titre des articles 61 et 54 dans lesquelles le droit international se trouvait en cause. [...] Il apparaît ainsi que le droit international est présent dans plus de 11 % des décisions¹ ».

Mais l'évolution n'est pas seulement quantitative : elle est aussi qualitative en ce que les rapports du droit international public et du droit constitutionnel se transforment. « Le texte d'origine de la constitution du 4 octobre 1958 n'a pas pu résister à l'influence du droit international qui en a érodé les arêtes² » : cette mutation peut se saisir au travers de la notion de « droit international constitutionnel » à laquelle nous allons nous attacher.

En effet, malgré l'importance du droit constitutionnel international, il n'est guère utile de revenir dessus pour redire ce qui a déjà été dit avec talent³. Précisons simplement que le Conseil constitutionnel ne contrôle pas la régularité procédurale de la conclusion d'un traité bien qu'il ait déjà précisé les modalités de ratification des traités⁴. Une telle tâche revient donc au juge ordinaire⁵. En revanche, le Conseil constitutionnel contrôle *a priori* la constitutionnalité des traités, ce à quoi se refuse le juge ordinaire⁶. C'est ce contact entre droit international et droit constitutionnel

¹ J.-Fr. LACHAUME, *Droit international et Conseil constitutionnel*, Rép. Internat. Dalloz, 2003, p. 3.

² Cl. LECLERCQ, « La constitution de 1958 face au défi international », in *L'internationalité dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey*, Pedone, p. 1.

³ Nous renvoyons aux ouvrages CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français, op. cit.* ; P. GAIA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Economica, 1991 ; E. ZOLLER, *Droit des relations internationales*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992.

⁴ Par exemple, le Conseil a précisé les engagements internationaux soumis à l'article 53 par le critère de la « nature législative » des matières dans lesquelles ces traités interviennent : n° 70-39 DC du 19 juin 1970.

⁵ Une telle mission est ainsi pleinement accomplie par le juge administratif depuis la décision du CE, Ass. 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, Rec. p. 483. Le juge peut ainsi contrôler les exigences du publicité (CE 5 février 1926, *Dame Caraco*, Rec. p. 125) ou de l'article 53 (CE, Ass. 5 mars 2003, *M. Aggoun*) et la condition de réciprocité par le renvoi préjudiciel au ministre des Affaires étrangères (CE, Ass. 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, Rec. p. 115, jurisprudence condamnée par la CEDH 13 février 2003, *Chevrol c/ France*, req. n° 4963/99).

⁶ CE 8 juillet 2002, *Commune de Porta*.

Le droit international constitutionnel

devant le juge constitutionnel que nous tenterons d'éclairer. Cela nécessite d'abord de concevoir un cadre théorique général des rapports entre droit international public et droit constitutionnel. L'idée clef est que le droit international ne s'applique pas en droit interne : le juge ne fait application que d'un droit interne d'origine internationale. Ce dualisme permet la compréhension d'un rapport complexe entre droit international et droit constitutionnel : la suprématie de la constitution dans l'ordre interne mais sous la contrainte de la suprématie du droit international dans l'ordre international.

On retrouve ici le classique « pont aux ânes » de la controverse entre monisme et dualisme. Faisons à ce propos un rapide rappel.

Le monisme considère que le droit interne et le droit international ne forment qu'un seul corps. Il suffira que le traité, conclu dans l'ordre international par un Etat, obéisse aux procédures de ratification ou d'adoption établies dans l'ordre interne pour que, les mesures de publicité de l'acte étant par ailleurs satisfaites, les normes qu'il comporte soient intégrées à la légalité interne. Cette unité du droit n'est pas fortuite : les sujets de droit sont identiques (des individus), la source de tout droit réside dans l'Etat et l'objet est toujours la réglementation d'un rapport social. La monisme s'appuie en général sur la primauté du droit international¹ mais aboutit à un paradoxe : il existe en fin de compte autant de droits internationaux que d'Etats, donc plus de droit international du tout².

Le dualisme, lui, établit une cloison étanche entre les ordres juridiques interne et international. Il en résulte une indifférence réciproque du droit international et du droit interne et donc l'impossibilité de penser en termes de validité de l'un à l'autre : rien n'est condamnable en droit international au nom du droit interne et inversement. Cette rupture résulte du fait que ces droits n'ont pas les mêmes sujets (les Etats et non les individus), pas les mêmes objets (comportements des Etats et non des individus), et pas les mêmes sources (traités et coutume et non constitution et lois)³. Ainsi, un traité n'est destiné qu'aux organes de l'Etat en charge des relations

¹ H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, », *RCADI*, 1926-IV, p. 227-331 ; G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, t. II (1934), CNRS, 1984, p. 345-366.

² S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 179.

³ Sur ces définitions, D. ALLAND, *Droit international public*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, chap. 8.

internationales et non aux particuliers pour lesquels il n'établit directement ni droits ni obligations¹. A cette fin, une procédure spéciale de « réception » est nécessaire : les normes conventionnelles ne pourront pénétrer dans l'ordre interne que si leur substance se trouve transmutée en droit interne par une norme nationale. Il y a donc deux sphères impénétrables, deux ordres juridiques parfaitement distincts.

Le droit positif est évidemment plus complexe que la simple alternative monisme ou dualisme. Il consacre l'autonomie de chacun des ordres en même temps que leur interdépendance². D'une part, il appartient aux ordres internes de déterminer la place exacte qu'occupent en leur sein les règles internationales à la réserve près que seules les clauses d'un traité peuvent définir le champ d'application territorial de ce traité³. En contrepartie, les règles internes contraires à un engagement international ne peuvent être invalidées dans l'ordre interne par une instance internationale mais sont seulement inopposables. D'autre part, le droit international repose sur les engagements internationaux des Etats dont la formation comme l'application relèvent largement du droit interne. Mais aussi bien leurs conditions d'existence que leur régime juridique sont nécessairement encadrés par des règles internationales communes.

Tout dépend donc de choix constitutionnels dans chaque Etat. La constitution française du 9 octobre 1958 est réputée afficher à son article 55 une claire option moniste : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois ». La tradition moniste aurait été inaugurée par les articles 26 et 28 de la constitution du 27 octobre 1946 et l'alinéa 14 de son préambule. Un très grand nombre de textes constitutionnels contemporains comportent aussi l'engagement général de se conformer aux « règles du droit international public »

¹ H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit international et le droit interne », *RCADI*, 1923-I, p. 73-121 ; D. ANZILOTTI, *Cours de droit international* (1928), t. 1 : Introduction. Théorie générale, Sirey, 1929.

² M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges Rolin*, Pédone, 1964, p. 488-505. Voir aussi B. BEIGNIER et S. MOUTON, « La constitution et la convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction », *D.* 2001, chron. p. 1636 ; G. TEBOUL, « Ordre juridique international et ordre juridique interne », *RDP* 1999-3, p. 697.

³ N° 88-247 DC du 17 janvier 1989 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991.

Le droit international constitutionnel

(alinéa 14 du préambule de 1946)¹. L'application directe des traités par l'effet de dispositions constitutionnelles se retrouve aussi à l'article 25 bis de la constitution belge de 1970 ou à l'article 20 § 1 de la constitution danoise². La constitution des Pays-Bas, révisée en 1983, prévoit à son article 65 que les accords « qui, selon leur contenu, sont de nature à lier les personnes, ont cet effet obligatoire à partir de leur publication ». La Loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 est plus ambiguë. Son article 25 dit que « les règles générales du droit international font partie intégrante du droit fédéral ». Mais la Cour constitutionnelle fédérale a affirmé le caractère dualiste du système allemand en déclarant que la loi autorisant la ratification d'un traité avait aussi pour fonction de réaliser son insertion dans l'ordre juridique allemand³. La constitution des Etats-Unis affirme à son article 6 l'appartenance des traités au droit fédéral⁴. La Cour suprême affirma même dans un arrêt de 1829, *Foster and Elam v. Neilson* que les traités étaient directement applicables, sans qu'il fût nécessaire qu'une législation interne, adoptée par le Congrès, en reprenne le contenu⁵. De leur côté, les constitutions espagnole du 29 décembre 1978 (art. 96) ou algérienne du 19 novembre 1976 se contentent de déclarer que les traités valablement conclus seront parties intégrantes de l'ordre juridique interne. Mais toutes ces formulations sont ambiguës.

C'est que lorsqu'une constitution prévoit que les traités ont une certaine autorité juridique en droit interne, elle opère une sorte de

¹ Bien des Etats acceptent de se conformer aux « règles généralement reconnues du droit international » (art. 10 de la constitution italienne du 27 décembre 1947), aux « règles du droit international généralement acceptées » (art. 28 de la constitution grecque du 9 juin 1975) ou aux « normes et principes du droit international général ou commun » (art. 8 § 1 de la constitution portugaise du 21 avril 1976).

² Cf. Ch. VALLEE, « Note sur les dispositions relatives au droit international dans quelques constitutions récentes », *AFDI* 1979, p. 255, CONSEIL D'ETAT, *La norme internationale en droit français, op. cit.*, p. 25-35.

³ Cour constitutionnelle 9 juin 1971. Les traités ont donc valeur législative : CC 26 mars 1957.

⁴ Cela fut confirmé par Cour Suprême 1937, *Etats-Unis c/ Belmont* : Les « executive agreements », faisant partie du droit fédéral, ont une valeur supérieure aux lois des Etats.

⁵ La Cour a cependant posé certains critères de l'acte directement applicable : l'intention des parties, le caractère suffisamment précis des dispositions, la nécessité ou non de mesures d'exécution.

réception générale et par avance, ce qui permet de considérer le monisme comme une « modalité du dualisme¹ ». D'où la question : est-ce le droit international que les autorités étatiques appliquent directement dans l'ordre juridique interne ou sont-ce des normes internes, décisions de justice, lois ou décrets, qui exécutent dans l'ordre interne les obligations contractées par l'Etat dans l'ordre international ?

Certaines constitutions consacrent clairement la théorie dualiste. Ainsi, selon la constitution irlandaise, les normes internationales n'ont de valeur juridique qu'au plan des rapports interétatiques et ne font pas partie du droit interne. Dans beaucoup de pays, les normes internationales n'acquièrent valeur juridique qu'après transposition dans l'ordre interne. Ainsi en va-t-il à Malte, en Italie, en Finlande, au Danemark, en Islande, en Suède ou en Norvège. Au Royaume-Uni, les traités, en revanche, ne valent que pour autant qu'ils sont repris par un acte législatif². C'est cet acte de droit interne qui va « transformer » le traité international, changer sa nature en en faisant un élément de la légalité interne. Mais le Parlement peut aussi voter une loi déclarant en bloc un traité applicable dans l'ordre interne comme cela fut le cas avec le « European Communities Act » du 17 octobre 1972.

Selon Denis Alland, le juge étatique n'applique pas le droit international mais un droit interne d'origine internationale³. Il a alors une conception matérielle : s'applique une norme interne reprenant le contenu d'une norme internationale. Ronny Abraham y répond que le juge national applique en fait un droit international d'origine interne, c'est-à-dire des traités ou règles coutumières qu'il applique sur un fondement interne. La base première de l'application de ce droit international est en effet un ordre que le constituant adresse au juge⁴. Il en résulte que le juge n'applique ces normes que dans la stricte mesure de l'ordre qui lui en est donné par le constituant. Il s'agit alors

¹ S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 180.

² House of Lords 1937, *Attorney General for Canada V. Attorney General for Ontario*.

³ D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », in P.-M. DUPUY (dir.), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée de Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Ed. Panthéon-Assas, 2001, p. 47.

⁴ R. ABRAHAM, « Intervention », in *idem*, p. 71.

Le droit international constitutionnel

d'une conception formelle : une norme internationale va s'appliquer dans l'ordre interne du fait d'une norme nationale.

Jean Combacau conclut que « ce que nous voyons à l'œuvre dans l'ordre juridique interne ne serait pas du droit international substantiel mais quelque chose qui en a pris l'apparence, qui ne fait que l'y représenter ; ce à quoi les juridictions françaises donnent effet, ce ne sont pas des règles internationales mais les prescriptions formelles étatiques, résultant exclusivement du droit français, concernant le traitement des prescriptions substantielles internationales »¹. Parce que ce sont des organes étatiques qui sont chargés de réaliser le droit international, c'est leur « point de vue » sur le droit international qui s'y déploie et non le droit international lui-même. Les juges nationaux assurent l'application du droit international dans le droit interne mais ils le font avec des instruments qui sont ceux du droit interne lui-même. La constitution elle-même cherche à assurer l'efficacité interne du droit international opposable à la France. Les juges obéissent au bout du compte non au droit international mais à des prescriptions internes qui tendent à réaliser les règles du droit international : si leur « source matérielle » est dans cet ailleurs que constitue l'ordre juridique international, leur « source formelle » est bien ici, dans l'ordre juridique national. Ce que Olivier Gohin résume en parlant de la primauté matérielle du droit international public mais de suprématie formelle de la constitution².

Alors, « il faut bien conclure que la constitution de la Ve République n'est pas moniste »³. N'organise-t-elle pas d'ailleurs des procédures substantielles pour assurer l'introduction des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne ? On ne peut comprendre le droit positif qu'en raisonnant dans un cadre dualiste, un « dualisme souple » selon l'expression de Gérard Teboul⁴. Dans l'ordre international, le droit international prime sur les droits nationaux alors que dans l'ordre interne, la constitution prime sur tout et donc même sur les normes d'origine internationale. Il faut alors tenter de concevoir une cohérence entre ces deux ordres : c'est la fonction de la responsabilité internationale des Etats. L'Etat est libre de ne pas affirmer la supériorité du droit international : la seule chose

¹ J. COMBACAU, « Conclusions », in *idem*, p. 89.

² O. GOHIN, « La constitution française et le droit d'origine externe », *RFDA* 1999, p. 77.

³ D. ALLAND, « La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997, p. 1670.

⁴ G. TEBOUL, art. cit, p. 699.

exigée est qu'il se conforme à ses obligations internationales. Ce qui importe est l'effectivité donnée au droit international et non son rang hiérarchique interne. Si l'Etat ne respecte pas ses engagements, il commet dans l'ordre international un acte internationalement illégal susceptible d'engager sa responsabilité internationale. D'ailleurs, l'arrêt *Sarran*¹, s'il affirme la suprématie de la constitution sur les traités dans l'ordre interne, n'exclut pas que la responsabilité de la France soit recherchée sur le plan international.

Le droit international constitutionnel est au cœur de cette tension entre ces deux ordres juridiques. Malgré la supériorité interne de la constitution, le droit international peut définir des obligations concernant les normes constitutionnelles d'un Etat. En réponse, afin d'éviter d'engager la responsabilité de l'Etat, le droit constitutionnel doit parfois reprendre des normes internationales afin d'éviter les contrariétés. C'est sous cet angle double que sera étudié le « droit international constitutionnel » : d'une part comme le droit international contraignant le droit constitutionnel national et d'autre part comme les normes constitutionnelles internationales qui en résultent, c'est-à-dire des normes internationales constitutionnalisées.

I - L'internationalisation de normes constitutionnelles

Le principe de hiérarchie des normes en droit interne est celui de la suprématie de la constitution sur toutes les autres normes, y compris le droit international qui ne saurait avoir valeur constitutionnelle. Pourtant, dans l'ordre juridique international, le principe est inverse : le droit international prime sur toute norme nationale, y compris constitutionnelle. Cette dernière affirmation n'est pas que théorique : le droit international exerce aujourd'hui une véritable contrainte sur les constituants nationaux.

A – La soumission du droit international au droit constitutionnel

En principe, le droit constitutionnel n'a pas à se conformer au droit international. Cela résulte d'abord de l'indifférence traditionnelle du droit international à l'égard de la forme politique ou constitutionnelle du gouvernement. Ce principe est clairement exprimé dans la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 24 octobre 1970 portant déclaration sur les principes régissant les relations pacifiques entre Etats : « tout Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans

¹ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, RFDA 1998, p. 1091 et concl. Ch. Mangüé.

Le droit international constitutionnel

aucune forme d'ingérence de la part d'un autre Etat ». De même, « chaque Etat a le droit de choisir et de développer librement son système politique, social, économique et culturel ». La constitution étant donc indifférente à l'ordre juridique international, le droit international est en principe indifférent au contenu d'une constitution.

La Cour internationale de justice affirme le même principe quand elle dit qu'« aucune règle de droit international n'exige que l'Etat ait une structure déterminée comme le prouve la diversité des structures étatiques qui existent actuellement dans le monde¹ ». Ainsi, selon le juge international, « l'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international »². Il s'agit là de ce que le professeur Amor nomme l'« autonomie constitutionnelle », c'est-à-dire cette souveraineté du pouvoir constituant face aux institutions étrangères ou internationales³. Ainsi une constitution constitue-t-elle un système autonome tant d'un point de vue formel, car ne dépendant d'aucune norme juridique, que d'un point de vue matériel, la théorie de l'Etat faisant elle-même partie du système constitutionnel⁴. La constitution d'un Etat ne concerne donc que celui-ci et n'a pas de portée internationale. Dans l'ordre international, les traités ont une autorité supérieure à celle des constitutions, mais parce que celles-ci n'en ont aucune. Les constitutions, normes de droit interne, sont inapplicables dans l'ordre international et ne sont pas opposables aux autres Etats⁵.

Une telle indifférence du droit international doit se comprendre au vu des circonstances qui régissaient alors les relations internationales : guerre froide et souveraineté des Etats. Face à deux systèmes politiques opposés, cette indifférence réalisait une sorte de *statu quo* où chacun était libre de son organisation, à l'abri des critiques d'un autre Etat. Mais la situation nouvelle créée par l'effondrement du bloc soviétique au début des années 1990 et l'émergence de nouveaux

¹ CIJ, avis, 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, Rec. 1975, p. 43-44.

² CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* (fond), Rec. 1986, p. 133.

³ A. AMOR, « rapport introductif », in *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui*, IVe Journées franco-tunisiennes de Droit constitutionnel, 21 et 22 février 2001 à l'Université Toulouse I.

⁴ M. TROPER, « La constitution comme système autonome », in *Idem*.

⁵ CPJI 14 septembre 1872, *Alabama*.

acteurs internationaux (organisations régionales, institutions internationales, ONG,...) rendent moins nécessaire une telle indifférence et pourraient annoncer un renouveau au niveau international du principe de « légitimité démocratique ».

Or le droit français, lui, est resté ferme dans ces principes : le droit international ne saurait avoir valeur constitutionnelle. Cette hiérarchie s'illustre particulièrement lors de la procédure de ratification d'un traité où peut être mis en œuvre un contrôle de constitutionnalité du traité par le biais des articles 54 ou 61 : il y a alors bien soumission du droit international au droit constitutionnel.

1 - Le refus de constitutionnalisation des traités internationaux

Ce refus relève d'une théorie et d'une pratique. D'une part, l'ordre juridique étatique repose sur la suprématie de la constitution sur toute autre norme, y compris internationale ; ce qui explique, d'autre part, le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conformité d'une loi à une norme conventionnelle au cours du contrôle de constitutionnalité de la loi.

a - La supériorité de la constitution sur le droit international

Dans l'ordre international, la question du rapport entre traités et constitutions ne se pose pas : la constitution n'y a aucune autorité, aucune force juridique. Il n'est même pas de confrontation au droit international : ce dernier domine seul son ordre. A l'inverse, dans l'ordre interne, le problème se pose bien en termes de hiérarchie. Qui du traité ou de la constitution doit l'emporter ? La logique du droit interne nous fournit une réponse claire.

Dans l'ordre interne, tout procède de la constitution. Toutes les autorités publiques tiennent leur existence et leurs compétences de la constitution. Toutes les règles juridiques applicables sur le territoire de l'Etat procèdent d'elle. Sa suprématie dans l'ordre juridique interne est donc une vérité première et incontournable. Peut-on même imaginer qu'il en aille autrement et qu'elle puisse placer des normes juridiques au-dessus d'elle ? Une constitution peut-elle valablement placer une norme, le droit international, au-dessus d'elle ? Le principe de la supériorité d'une norme saurait-elle dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur qui renoncerait ainsi à sa suprématie ? Une norme peut-elle tirer sa validité d'une norme qui lui est inférieure et donc non contraignante ? La logique normativiste répond non¹.

¹ Cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, édition de 1960, § 6 c et § 34.

Le droit international constitutionnel

En France, c'est l'article 55 qui détermine les conditions de validité des traités et leur rang hiérarchique au sein de l'ordre juridique interne. Sur la base de l'article 54 de la constitution, le Conseil constitutionnel peut subordonner la ratification ou l'approbation d'un traité non conforme à la constitution à une révision préalable de celle-ci. Cette précaution fut prise afin d'écartier le risque de voir le Parlement autoriser la ratification de traités attentatoires à la souveraineté nationale¹. L'intention des auteurs de l'article 54 était claire : montrer la défiance du constituant de 1958 à l'égard du droit international et de l'Europe.

La sanction d'une contrariété entre traité et constitution consiste non dans la mise en conformité du traité avec la constitution, mais de la constitution avec le traité. Pourtant, il ne s'agit pas d'un contrôle de conformité de la constitution au traité. S'il existait une obligation de réviser la constitution, cela serait effectivement le cas. Or, à l'évidence, une telle obligation n'existe pas : la véritable sanction est que le traité inconstitutionnel ne peut pas être ratifié. Ainsi en a-t-il été pour la charte européenne des langues régionales et minoritaires du 7 mai 1999, jamais ratifiée par la France du fait de son inconstitutionnalité déclarée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 juin 1999. Le dernier mot appartient alors au pouvoir constituant qui décidera de modifier la constitution, puisque le traité ne peut l'être, afin de rendre les deux normes compatibles. Le parallèle est évident avec le contrôle de constitutionnalité des lois : une loi peut être déclarée conforme à la constitution sous réserve du respect des interprétations du Conseil constitutionnel. A l'inverse, si une loi est déclarée non conforme à la constitution, le Président de la République ne peut pas la promulguer. Si la constitution est révisée à cette fin, rien ne s'opposera plus à ce que la Parlement adopte à nouveau la même loi et à ce que le Président la promulgue. Pour autant, on ne saurait dire que la constitution s'est soumise à la loi !

Par l'article 61, le Conseil constitutionnel peut être aussi amené à connaître de la question de savoir si une loi de ratification d'un traité n'est pas en opposition avec la constitution². Cependant, une fois le

¹ NGUYEN QUOC DINH, « La constitution de 1958 et le droit international », *RDP* 1959, p. 516.

² Le Conseil a admis cette voie de recours lors de sa décision n° 76-71 DC des 29 et 30 décembre 1976, cons. 4 : « toutes transformations ne pourraient résulter que d'une nouvelle modification des traités, susceptible de donner lieu à l'application tant des articles figurant au titre VI que de l'article 61 de

Jean-Charles Jobart

traité entré en vigueur, sa constitutionnalité ne saurait être remise en cause. Aucune constitution nationale ne confère en effet aux juges nationaux la compétence pour invalider ou valider un traité ou le modifier unilatéralement par l'interprétation de ses dispositions, ce qui ne serait guère compatible avec le principe de la primauté du droit international et reviendrait à provoquer leur dénonciation par simple effet de la jurisprudence.

Le résultat est cependant bien là : la validité du traité dans l'ordre juridique interne est soumise à sa conformité à la constitution. Ainsi, si l'article 55 affirme l'autorité supra-législative des traités, ceux-ci n'ont pas pour autant valeur constitutionnelle.

b - Le refus du Conseil de contrôler la conventionnalité d'une loi

La décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 a refusé d'assimiler purement et simplement la valeur supra-législative des traités à celle de la constitution. Le juge a fondé sa solution sur la différence de nature des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité : le contrôle de constitutionnalité des lois revêt un caractère absolu et définitif alors que la supériorité des traités sur les lois est relative et contingente.

Cette supériorité est contingente du fait de la condition de réciprocité posée par l'article 55. Elle est relative car, si la déclaration d'inconstitutionnalité l'est à titre définitif, l'application d'une loi contraire à un traité n'est que suspendue. La loi peut s'appliquer à nouveau si les effets du traité cessent, soit du fait du non respect de la condition de réciprocité, soit du fait de sa caducité. Une loi peut être inapplicable parce que contraire à un traité dans telle situation et parfaitement applicable dans telle autre situation parce que le traité ne concerne pas le même champ d'application. Ainsi, le conflit de normes ne peut être que partiel dans l'hypothèse où le champ d'application de la loi est plus étendu que celui du traité¹. De là, le Conseil constitutionnel conclut qu'« une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la constitution ».

Sans doute y avait-il là un certain opportunisme de la part du Conseil qui a voulu jouer la prudence après l'audace de l'extension du bloc de constitutionnalité qu'il réalisa en 1971 et l'extension de sa saisine en 1974. Il était libre d'interpréter l'inconventionnalité d'une loi comme une inconstitutionnalité soumise à son contrôle du fait de

la constitution ». Il a justifié de façon explicite cette position dans sa décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980.

¹ CE 8 juillet, 1998, *Ministre du Travail c/ Abatchou, RFDA* 1998, p. 1074.

Le droit international constitutionnel

la violation de l'article 55 ; il ne l'a pas fait. L'article 55 de la constitution n'oblige-t-il pas le législateur français à respecter les engagements internationaux régulièrement souscrits par la France ? Une loi qui méconnaît un tel engagement ne méconnaît-elle pas par là-même la hiérarchie des normes instituée par l'article 55, n'est-elle donc pas contraire à la constitution, à son article 55 ? Le Conseil constitutionnel ne l'a pas compris ainsi. Certes, cela allait contre les intentions initiales des constituants mais l'interprétation d'un article de la constitution ne peut être immuable et contraignant pour l'avenir et un tel argument n'a pas arrêté le Conseil en 1971. On a pu évoquer le poids immense qu'aurait représenté le droit international dans sa tâche de contrôle des lois¹. Mais là aussi, seuls quelques textes internationaux seraient pertinents et les saisines pourraient préciser les textes invoqués à fin d'inconventionnalité². Mais ces quelques conventions peuvent poser des problèmes d'interprétation, nécessiter des recherches quant au respect de la condition de réciprocité voire amener à trancher un conflit entre normes internationales contradictoires.

Cette jurisprudence fut largement confirmée³ et affirmée de manière très nette dans la décision du 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration* : la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre « ne saurait être tirée [...] de la conformité de la loi avec les stipulations de conventions internationales mais résulte

¹ Au 15 juin 1999, la France était partie à plus de 6000 traités dont 80 % d'accords bilatéraux auxquels s'ajoutent 300 accords conclus par les Communautés européennes et, au 1^{er} mars 2000, 46 843 règlements, 2 420 directives et 19 474 décisions du Conseil ou de la commission. Cf. CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 18-19.

² D. de BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la constitution) », *RFDA* 1998, p. 237.

³ N° 77-83 DC du 20 juillet 1977, n° 77-92 DC du 18 janvier 1978, n° 95 DC du 27 juillet 1978, n° 116 DC du 17 juillet 1980, n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, n° 91-293 DC du 23 juillet 1991, n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, n° 93-325 DC du 13 août 1993, n° 94-335 DC du 21 janvier 1994, n° 96-375 DC du 9 août 1996, n° 98-399 DC du 5 mai 1998, 98-398 du 19 décembre 1998, n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, n° 99-416 DC du 13 juillet 1999, décision du 13 décembre 2001, portant sur une requête de Monsieur Stéphane Hauchemaille.

de la confrontation de celle-ci avec les seules exigences de caractère constitutionnel » (cons. 2).

Cette jurisprudence fut et est encore très critiquée. Le caractère relatif du traité est un faux problème : soit le traité et la loi ont des champs d'application différents et il est alors très simple de dire que la loi ne méconnaît pas le traité ; soit le traité et la loi ont un même objet et la conciliation est impossible. De même, le traité, en tant que norme de référence, a-t-il vraiment un contenu variable dans le temps et dans l'espace face à une constitution immuable ? Tout dépend ici des révisions constitutionnelles dont la fréquence a justement fortement augmenté ces dernières années. La constitution ne devient-elle pas alors plus contingente que bien des traités¹ ? Bien des traités sont plus stables que notre constitution et leur dénonciation pour la France peut parfois s'avérer quasi impossible².

Mais outre les fondements, ce sont les conséquences de cette jurisprudence qui sont critiquées. Cette solution fut suivie par les juges ordinaires qui se sont reconnus compétents pour faire primer les traités sur les lois³. Même dans le silence de la loi, il appartient « aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application [des] conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » (n° 86-216 DC du 3 septembre 1986). « Dans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de veiller à l'application des conventions internationales », et à cet égard « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la constitution de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (n° 89-268 DC du 29 décembre

¹ G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 95.

² Par exemple, J.-Fr. FLAUSS, « De la dénonciation partielle de la convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, t. II, p. 1253.

³ Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Sté des Cafés Jacques Vabre*, *J.C.P.*, 1975, II, 18180 bis, concl. A. TOUFFAIT ; CC, 21 octobre 1988, 5^e circonscription du Val-d'Oise ; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Leb.* 190, *J.C.P.*, 1989, II, 21371, concl. P. FRYDMAN. La même solution vaut pour les directives communautaires : le respect d'une directive par la loi ne relève pas du contrôle du Conseil constitutionnel (n° 98-405 DC du 29 décembre 1998) mais du juge ordinaire (n° 98-402 DC du 25 juin 1998).

Le droit international constitutionnel

1989, cons. 79). Le Conseil constitutionnel est gardien de l'article 55¹ mais non chargé de son application. Or, « cet examen « ordinaire » de conventionnalité des lois aboutit à contrôler leur conformité à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité »². Il y aurait donc une concurrence voire une menace pour le Conseil constitutionnel. Mais le système actuel offre toute satisfaction pour assurer le respect des obligations internationales de la France, le juge pouvant déclarer inconstitutionnelle une loi déclarée constitutionnelle³. Il reste cependant regrettable qu'une loi votée et manifestement contraire à un traité ne puisse immédiatement être censurée par le Conseil constitutionnel.

Les traités internationaux ne font donc toujours pas partie du bloc de constitutionnalité. « L'appréciation de la constitutionnalité des dispositions que le législateur estime devoir prendre ne saurait être tirée de la conformité de la loi avec les stipulations d'un traité ou d'une convention internationale, mais résulte de la confrontation de la loi avec les seules exigences de caractère constitutionnel » (n° 93-333 DC du 21 janvier 1994). Certes, le Conseil a accepté d'effectuer le contrôle de la conformité de la loi du 11 juillet 1986 au protocole n° 1 additionnel à la même convention européenne des droits de l'homme dans sa décision du 21 octobre 1988 mais il s'agissait d'un contentieux électoral et non de contentieux constitutionnel. Le Conseil d'Etat, dans sa décision d'assemblée du 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, énonce clairement le principe que « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelles »⁴. La Cour de cassation

¹ N° 86-216 DC du 3 septembre 1986 ; n° 89-268 DC du 29 décembre 1989 ; n° 96-375 DC du 9 avril 1996 ; n° 98-399 DC du 5 mai 1998.

² D. de BECHILLON, art. cit., *RFDA* 1998, p. 225.

³ CE - 5 mai 1995, *Ministre de l'Équipement c/ SARL Der*, *Rec.* p. 192 : loi de finances rectificative jugée constitutionnelle (n° 93-320 DC du 21 juin 1993) mais contraire à l'article 95 du traité de Rome qui prohibe les impositions nationales discriminatoires ; CE 17 janvier 1996, *SA Nike*, *Rec.* p. 2 : la loi de finances pour 1990 dont le Conseil a refusé d'apprécier la conventionnalité (n° 89-268 DC du 29 décembre 1989) voit son article 105 écarté au profit d'une convention fiscale franco-suisse.

⁴ *RFDA*, 1998 p. 1081, concl. C. Maugué et p. 1094, obs. D. Alland ; *RDP* 1999 p. 919, note J.-F. Flauss ; *RFDA* 1999 p. 57, obs. L. Dubouis. Pour une solution implicite antérieure : CE, Ass. 3 juillet 1996, *Koné*, où une convention internationale doit être interprétée conformément aux principes

se prononce de manière similaire¹. Il en est de même pour le droit communautaire auquel est refusé cette primauté². Cette affirmation solennelle du Conseil d'Etat est cependant le résultat d'un paradoxe : la loi constitutionnalisée s'est imposée au traité et non le traité à la loi comme aurait pu le laisser présager l'article 55. Reste le principe de la soumission des traités à la constitution, l'obligation pour eux d'être conformes à ses articles et ses principes.

2 - La soumission des traités à la constitution

Les traités n'ont pas valeur constitutionnelle et sont soumis à un contrôle de constitutionnalité par les procédures des articles 54 ou 61. Là est le signe de la soumission des traités à la constitution. L'article 55 n'attribue aux traités régulièrement approuvés ou ratifiés qu'une valeur supérieure à la loi. Aller plus loin reviendrait à pouvoir déroger aux dispositions de la constitution, à pouvoir les amender par la simple voie conventionnelle.

C'est ce qui peut se produire aux Pays-Bas où la constitution, à son article 63, prévoit que « si l'évolution de l'ordre juridique international l'exige, des traités pourront être conclus en dérogation à la constitution. » En ce cas, suivant l'article 91 § 3, l'approbation doit être accordée expressément par les chambres à la majorité des « deux tiers au moins des voix exprimées ». Il y a donc un principe d'équivalence –et non pas de supériorité– entre traité et constitution néerlandaise, confirmé par le fait que la majorité qualifiée requise pour ratifier un traité est peu éloignée de celle requise pour réviser la constitution. Cette non supériorité de la constitution néerlandaise explique donc que, selon son article 60, « le juge ne contrôle pas la constitutionnalité des traités ».

En France, tel n'est pas le cas : un traité ne peut en principe déroger à la constitution. D'où la mise en place d'une procédure de prévention des conflits par l'article 54. Le Conseil constitutionnel a la

fondamentaux reconnus par les lois de la République, *RFDA* 1996 p. 870, concl. J.-M. Delarue ; *RFDA* 1996 p. 882 et s., notes L. Favoreu, P. Gaïa, H. Labayle et P. Delvolvé ; O. CAYLA, « Le coup d'Etat de droit ? », *Le Débat* 1998, n° 100, p. 108-135.

¹ Cass. Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisie*, *RDJ* 2000 p. 1037, note X. Prétot ; *D.* 2000 jur. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RTDCiv.* 2000 p. 672, chron. R. Libchaber.

² CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *Dr. Adm.* 2002, n° 55 note Cassia ; *AJDA* 2002, p. 1221, obs. Valembon ; *RFDA* 2002, p. 166.

Le droit international constitutionnel

mission de vérifier s'il existe des contrariétés entre le traité et les articles de la constitution, contrôle somme toute assez classique¹ ; mais il doit aussi contrôler s'il y a des « atteintes aux conditions essentielles de la souveraineté nationale »². Le principe de souveraineté fait donc l'objet d'une protection particulière lors du contrôle des traités.

En effet, « aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit ». Le Conseil doit donc vérifier qu'un traité « n'a pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale, non plus que de porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République »³.

Un traité ne doit donc pas toucher aux compétences de l'Etat⁴. Pour autant, on ne peut prétexter qu'un engagement international limite la compétence du législateur. « Cela est vrai pour tous les « traités-lois » qui engagent la France [...] Il faut donc admettre que la compétence législative est limitée par l'existence de ces conventions internationales et qu'un tel résultat est conforme à la constitution : c'est en quelque sorte l'article 55 qui limite la portée de l'article 24 »⁵. Aussi le Conseil constitutionnel distingue-t-il les « limitations de

¹ N° 70-41 DC du 19 juin 1970 : art. 34 et 53 ; n° 76-71 DC du 30 décembre 1976 : art. 2, 3, 23 et 34 ; n° 80-116 DC du 17 juillet 1980 : 4^e alinéa du préambule de 1946 et art. 64 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 : 4^e et 11^e alinéas du préambule de 1946 et art. 2 ; n° 92-308 DC du 9 juillet 1992 et n° 92-312 DC du 2 septembre 1992 : art. 3, 20, 34, 53, 54 et 72 ; n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 : art. 26, 68 et 68-1 ; n° 99-412 DC du 15 juin 1999 : art. 1, 2 et art. 11 de la DDHC.

² Le Conseil en a donné une nouvelle illustration par sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *traité établissant une constitution pour l'Europe*.

³ N° 76-71 DC du 30 décembre 1976.

⁴ Ainsi, le traité du 22 avril 1970 sur la procédure budgétaire communautaire, ne modifiant que la répartition des compétences entre les organes communautaires, ne peut porter atteinte à la souveraineté nationale (n° 70-41 DC du 19 juin 1970). De même, la modification du mode de désignation des « députés européens » n'entraîne aucun changement dans le partage des compétences entre la Communauté et les Etats : il ne peut donc en résulter, directement, aucune atteinte au principe de souveraineté nationale (n° 76-71 DC du 30 décembre 1976).

⁵ R. ABRAHAM, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, 1989, p. 62.

souveraineté » que la constitution autorise¹ et les « transferts de souveraineté » vers une organisation internationale, qu'elle n'autorise pas. La question est bien sûr de savoir où finit la simple « limitation » et où commence le véritable « transfert ». Par exemple, le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que la France puisse conclure « des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres »².

Tout dépend donc de la « nature » des compétences transférées. Le Conseil constitutionnel a ainsi vérifié que le protocole additionnel n° 6 à la convention européenne des droits de l'homme « ne porte pas atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale »³. Reste cependant à savoir « ce qui est essentiel à l'exercice de la souveraineté nationale ». Dans la décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, confier à des personnes étrangères ou représentant un organisme international des fonctions inséparables de l'exercice de la souveraineté ne porte toutefois pas atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté : ce qui est « inséparable » de l'exercice de la souveraineté est donc réputé ne pas lui être pour autant « essentiel » ! Or invoquer l'argument de « ce qui est essentiel à l'exercice de la souveraineté », c'est invoquer un argument d'ordre métapositif⁴.

Le Conseil constitutionnel tient compte des modalités d'exercice des compétences transférées : la renonciation à sa liberté d'agir est-elle irréversible, subordonne-t-elle les règles qu'elle comporte à une déclaration individuelle de chaque Etat⁵, permet-elle une possibilité d'empêcher l'adoption de décisions par le maintien de la règle

¹ Le préambule de 1946 indique expressément que « la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ».

² N° 92-308 DC du 9 avril 1992 ; *idem* dans n° 97-394 DC du 31 décembre 1997.

³ N° 85-188 DC du 22 mai 1985.

⁴ O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 84, note 20.

⁵ N° 91-294 DC du 25 juillet 1991, convention d'application de l'accord de Schengen.

Le droit international constitutionnel

d'unanimité¹, y a-t-il condition de réciprocité²? D'où un double critère utilisé par le Conseil, à la fois matériel (les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationales sont-elles en cause?) et formel (comment cette compétence est gérée par la convention, quelles garanties sont offertes à la France?).

Mais cette représentation matérielle de la souveraineté est sans pertinence au regard du droit international. La souveraineté de l'Etat doit se définir en référence à sa capacité à restreindre, en vertu de sa liberté présente, les libertés dont il jouira à l'avenir, beaucoup plus qu'à une somme d'attributs inaliénables à quoi elle se réduit dans la jurisprudence constitutionnelle³. Si une convention internationale apporte une « restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat »⁴, elle n'altère pas sa souveraine possibilité de se dégager du traité par des clauses échappatoires⁵. « Notion non quantitative, à l'instar par exemple de la personnalité de l'Etat, la souveraineté nationale est insusceptible de plus ou de moins, et ne peut être ni limitée ni accrue dans les attributs qu'elle comporte. Ce qui est quantitatif en revanche, et peut donc faire l'objet de limitations ou d'autres opérations destinées à en modifier les contours, ce sont les compétences et les pouvoirs exercés souverainement et attachés à la souveraineté dans son sens interne »⁶.

Il y a d'ailleurs un paradoxe dans cette protection de la souveraineté nationale. Lorsque l'inconstitutionnalité du traité tient à une atteinte à la souveraineté nationale, « aucune révision ne peut en venir à bout car l'obstacle constitutionnel ne gît pas dans une disposition substantielle qui entrerait en conflit avec la disposition

¹ N° 92-308 DC du 9 juillet 1992 et n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, traité d'Amsterdam.

² N° 92-308 DC du 9 juillet 1992 mais y dérogeant, n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, CPI.

³ J. COMBACAU, « La souveraineté internationale de l'Etat dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Les Cahiers du CC* 2000 n° 9, p. 113.

⁴ CPJI 17 août 1923, *Wimbledon*, série A, n° 1, p. 25.

⁵ Par exemple, les clauses de dénonciations (n° 85-188 DC du 22 mai 1985, cons 2 ; n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, cons 56-58) ou les clauses restrictives en cas de circonstances particulières (n° 85-188) ou encore la faculté d'inapplication pour des motifs importants comme l'ordre public ou la sécurité nationale (n° 91-294 cons 20 ; n° 80-116 DC du 17 juillet 1980, cons 3).

⁶ J. COMBACAU, art. cit., *Les Cahiers du CC*, 2000 n° 9, p. 113.

substantielle correspondante du traité. » Dans ce cas, « une décision de non conformité ne pourra être contrecarrée par une modification d'une règle de fond, mais seulement par l'adoption d'une norme d'habilitation »¹. « Mais ce texte, une fois devenu constitutionnel, continuera néanmoins toujours de porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté »². Le critère souverainiste semble vouloir protéger l'ordre juridique national contre l'influence de l'ordre juridique international. Mais est-il bien rationnel de redouter la dissolution de l'Etat dans un ordre international fondé justement sur la société des Etats souverains ? A l'inverse, le but de l'intégration européenne pourrait bien être cette perte de souveraineté au sein d'un Etat fédéral européen. Cependant le problème y très différent : il ne sera plus alors question d'un traité international mais d'une constitution fédérale.

La protection de la souveraineté nationale peut aussi consister dans la protection « des droits et libertés constitutionnellement garantis ». Déjà dans sa décision n° 85-188 DC du 22 mai 1985, le Conseil constitutionnel veillait à « assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la Nation et la garantie des droits et libertés des citoyens » ; rattachant la garantie des droits et libertés fondamentaux au principe de souveraineté. Ainsi, la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis n'est pas moins importante que celle de la souveraineté. Il est à remarquer que des clauses contraires aux droits de l'homme seraient de toute façon internationalement illégales car en violation des principes établis par le droit international. La décision du 22 janvier 1999 cite plus précisément le principe de dignité de la personne humaine. Le Conseil signifie ainsi qu'il existe un lien direct entre les droits fondamentaux reconnus par le droit constitutionnel et ceux établis par le droit international.

Au total, le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des traités semble bien marquer une soumission des traités aux exigences constitutionnelles. Mais si la suprématie de la constitution dans l'ordre interne est indiscutable, il en va autrement dans l'ordre juridique international.

¹ *Idem*, p. 115.

² O. CAYLA, art. cit., *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 84, note 20.

Le droit international constitutionnel

B – La supériorité des traités sur les constitutions dans l'ordre international

La primauté du droit international est une « condition existentielle » de ce droit en tant qu'ordre juridique : toute possibilité de tirer argument du droit interne pour se soustraire à ses engagements internationaux ruinerait en effet la juridicité du droit international dont le caractère obligatoire serait ainsi vidé de son contenu¹. C'est pour cette raison que la Cour internationale de justice parle de « principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne »². Sans primauté, aucun traité ne peut être assuré. Le droit international public va même plus loin : il jouit d'un monopole dans son ordre juridique ; à côté de lui, il n'est aucun autre droit. Ainsi, le droit interne est un simple fait : « Au regard du droit international [...] les lois nationales sont de simples faits [...] au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »³. En tant que fait, le droit interne ne peut être annulé par le juge international qui ne se place donc pas sur le terrain de l'annulation mais sur celui de la responsabilité. En outre, la validité du droit international ne saurait donc reposer sur ce « fait » que constitue le droit interne : il a sa validité intrinsèque. A l'inverse, dans la même logique dualiste, le juge interne ne saurait annuler un texte international, ce que le Conseil constitutionnel a admis concernant les directives communautaires⁴.

Ainsi, dans le cadre d'un litige devant une juridiction internationale, un Etat ne saurait utilement se prévaloir des dispositions de sa constitution pour prétendre s'exempter de l'accomplissement de ses obligations internationales. « Un Etat ne

¹ D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », art. cit., p. 49.

² CIJ, avis du 26 avril 1988, *Accord de siège Etats-Unis – ONU*.

³ CPJI, arrêt du 25 mai 1926, *Intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, Série A, n° 17.

⁴ N° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 ; n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7 ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 18 ; n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, cons. 4 : « il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne. » Reste la réserve du Conseil relative à la violation directe par une directive du texte constitutionnel qui ne trouve pas sa place dans cette logique et dont la justification demeure fragile.

peut, vis-à-vis d'un autre Etat, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier [...], et inversement, un Etat ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur »¹. L'article 27 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités l'affirme aussi : « Une partie ne peut invoquer les disposition de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. » La primauté est donc celle de tout le droit international sur tout le droit interne, y compris constitutionnel. L'article 4 du projet de la commission du droit international relatif à la responsabilité internationale des Etats, approuvé par l'Assemblée générale des Nations unies le 26 juillet 2001, dit que la responsabilité de l'Etat est engagée du fait du comportement internationalement illicite de l'un de ses organes, « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat », donc y compris le pouvoir constituant.

Si dans l'ordre international, les traités ont une autorité supérieure à celle des constitutions, c'est que celles-ci n'en ont aucune. Les constitutions, normes de droit interne, sont inapplicables dans l'ordre international et ne sont pas opposables aux autres Etats². Ainsi, « un traité est supérieur à la constitution. La législation de la République doit s'adapter au traité, non le traité à la loi »³. Cette suprématie, inhérente à la logique internationaliste, se retrouve naturellement en droit communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes l'a affirmée de façon explicite : « l'atteinte portée aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat »⁴.

Le Conseil d'Etat affirmant que « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »⁵ respecte d'ailleurs cette

¹ CPJI, avis du 4 février 1932, *Traitement des prisonniers de guerre polonais à Danzig*, Série A/B, n° 44.

² CPJI 14 septembre 1872, *Alabama*.

³ SA Bunch, 26 juillet 1875, *Etats-Unis c/ Colombie* (Affaire du Montijo), *RAI* t. III, p. 663. Voir aussi commission de réclamations France-Mexique, SA du 9 octobre 1928, *Georges Pinson*, *RSA* t. V, p. 355.

⁴ CJCE 17 décembre 1970, *International Handelsgesellschaft* ; voir aussi CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil*, aff. C-285/92, *Dr. Adm.* février 2000, n° 37, comm. A. Haquet.

⁵ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *RFDA* 1998, p. 1091 et conclusions Ch. Mangüé.

Le droit international constitutionnel

logique internationaliste en laissant au principe de primauté toute latitude pour se déployer dans l'ordre international. Et l'on constate en effet dans l'ordre international une véritable contrainte exercée par le droit international sur les divers constituants nationaux. Mais cette contrainte ne s'exerce pas seulement dans l'ordre juridique international mais aussi dans l'ordre juridique interne comme peuvent l'illustrer certaines décisions du Conseil constitutionnel.

1 - La contrainte internationale sur la constitution

La contrainte internationale sur les constitutions nationales est puissante. Cela va jusqu'à la création de conventions constitutionnelles, c'est-à-dire de traités établissant la constitution d'un Etat. Ainsi, la constitution chypriote provient de l'accord de Zurich du 11 décembre 1959, complétée par l'accord de Lancaster House du 19 février 1959 ; la constitution de la Bosnie-Herzégovine fut imposée par les accords de Dayton signés à Paris le 14 décembre 1995 ; et le statut du Kosovo aujourd'hui, inspiré de l'accord de Rambouillet du 27 mai 1999, est en fait un règlement du représentant spécial du secrétaire général de l'ONU au Kosovo, règlement pris le 15 mai 2001 en vertu de la résolution 1244 du Conseil de sécurité¹. Sans aller jusque-là, la plupart des Etats subissent la contrainte de standards internationaux d'organisation constitutionnelle.

a - La conditionnalité de la reconnaissance internationale d'un Etat

La constitution d'un Etat est établie sur le fondement d'une règle de compétence émanant du droit international conditionnant la reconnaissance d'un Etat et de son gouvernement. Or la reconnaissance internationale d'un Etat est conditionnée par le respect des droits de l'homme pour les pays membres de l'ONU. La contrainte devient cependant beaucoup plus intense en Europe du fait de l'obligation de respecter certains principes fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.

La reconnaissance de la qualité d'Etat en droit international public est conditionnée. Il y a là une contrainte évidente pour le droit constitutionnel, droit de l'Etat. Les conditions de cette reconnaissance sont au moins au nombre de trois : l'absence d'un territoire conquis

¹ D.G. LAVROFF, « Le statut de Chypre », *RGDIP* 1961-3, p. 527 ; N. MAZIAU, « L'internationalisation du pouvoir constituant », *RGDIP* 2002-3, p. 549 ; B. SIERPINSKI, « La constitution de Bosnie-Herzégovine : Un texte à la croisée du droit interne et du droit international », *RRJ* 1997, p. 1055.

par l'usage ou la menace de la force, le respect des principes démocratiques et surtout un respect minimum des droits de l'homme.

L'idée de conditionner la reconnaissance d'un Etat à son respect de la démocratie provient de Tobar, ministre des Affaires étrangères de l'Equateur, qui proposait qu'aucun gouvernement ne puisse être reconnu avant sa confirmation par des élections démocratiques. Ainsi, espérait-on prévenir la tentation de la conquête du pouvoir par la force. Consacrée par une convention centre-américaine du 20 décembre 1907, renouvelée par la convention de Washington de 1923, cette doctrine est tombée en désuétude à partir de 1934. Certes, la résolution 45/150 de l'Assemblée générale de l'ONU du 18 décembre 1990 est consacrée au « renforcement de l'efficacité du principe d'élections périodiques et honnêtes » mais le même jour la résolution 45/151 est consacrée au « respect des principes de la souveraineté nationale et de la non-ingérence dans les affaires intérieures concernant les processus électoraux ».

Plus contraignante apparaît la condition du respect des droits qualifiés de « fondamentaux » par le préambule de la charte de l'ONU. Ainsi, l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 4 alinéa 2 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 12 alinéa 2 de la convention européenne des droits de l'homme, l'article 27 de la convention américaine des droits de l'homme énoncent un certain nombre de droits qui doivent être respectés en tous lieux et toutes circonstances et ne sont par conséquent susceptibles d'aucune dérogation (droit à la vie, torture, peines et traitements inhumains ou dégradants, esclavage ou servitude). La CIJ a relevé l'importance de ces principes au titre de « principes généraux de base du droit humanitaire » valables même en dehors du cadre conventionnel dont ils sont issus. L'adhésion à ces principes ne saurait être présumée et l'engagement assumé par l'Etat doit être exprès et précis¹.

Ces exigences de démocratie et de respect des droits de l'homme deviennent encore plus contraignantes dans le cadre européen. Selon la charte de Paris du 21 novembre 1990, les Etats participants à la CSCE s'engagent « à édifier, consolider et raffermir la démocratie comme seul système de gouvernement de leurs nations ». L'acte fondateur du 27 mai 1997 sur les relations entre l'OTAN et la Russie reconnaît « le rôle essentiel que jouent la démocratie, le pluralisme politique [...], le respect des droits de l'homme [...] et l'économie de

¹ CIJ, arrêt du 27 juin 1989, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, § 218, § 259 et s.

Le droit international constitutionnel

marché dans le développement de la propriété commune et la sécurité globale ».

Le Conseil des ministres des affaires étrangères des Douze avait déjà adopté le 16 décembre 1991 à Bruxelles deux déclarations dont la première soumettait la reconnaissance des Etats issus de l'ex-Yougoslavie à certaines conditions : respect des dispositions des Nations unies et de l'acte final d'Helsinki ayant trait à l'Etat de droit, à la démocratie et aux droits de l'homme ; garanties des droits des groupes ethniques et nationaux et des minorités ; respect de l'inviolabilité de toutes les frontières ; et reprise des engagements précédemment souscrits concernant le désarmement et la non-prolifération nucléaire ainsi que la sécurité et la stabilité régionales.

La commission d'arbitrage, présidée par Robert Badinter dans le cadre de la conférence pour la paix en Yougoslavie, a indiqué au cas par cas, en fonction des réponses qui lui avaient été fournies par les républiques concernées, si les conditions étaient réunies dans une série d'avis le 11 janvier 1992, dont plusieurs (n° 4 à 7 et 10) portaient sur la reconnaissance de la Bosnie-Herzégovine, de la Macédoine, de la Croatie et de la Slovénie¹. A l'exception de la Macédoine, ces Etats ont ensuite effectivement bénéficié de la reconnaissance communautaire et de celle des Etats membres, non sans que la Croatie ait dû encore préciser le contenu de ses engagements en matière de protection des minorités.

Faute du respect des frontières internationales, de la démocratie et des droits de l'homme, un nouvel Etat ne saurait être officiellement reconnu par les autres Etats. Il s'agit là d'une pratique récente dont il est encore trop tôt pour discerner la pérennité. « La reconnaissance d'une situation territoriale donnée s'affranchirait du respect de l'effectivité pour devenir subordonnée au contrôle de la légalité des conditions de sa création »².

Une telle règle, devenue conditionnelle, aboutit à modifier le sens sinon la nature de la reconnaissance : institution traditionnellement discrétionnaire, utilisée à des fins politiques, elle devient instrument juridique d'une sanction. La non-reconnaissance apparaîtrait comme la sanction minimale due par les membres de la communauté internationale à l'égard de l'Etat auteur d'un acte contraire au droit impératif. Une obligation de non-reconnaissance découle d'ores et

¹ P. KHERAD, « La reconnaissance des Etats issus de la dissolution de la République socialiste fédérale de Yougoslavie par les membres de l'Union européenne », *RGDIP* 1997-3, p. 663-694

² P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Précis Dalloz, 2001, p. 93-94.

Jean-Charles Jobart

déjà pour les Etats membres des Nations unies à l'égard des situations attentatoires aux principes fondamentaux sur lesquels est fondée la charte de l'ONU (égalité souveraine, non-recours à la force, respect des droits des peuples et des libertés fondamentales).

b – Le contrôle du comité des droits de l'homme de l'ONU

Le 19 décembre 1966, l'Assemblée générale approuva deux pactes internationaux, entrés en vigueur en 1976 : l'un relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; l'autre aux droits civils et politiques. Ce second pacte prévoit la création d'un comité des droits de l'homme composé de 18 membres siégeant à titre individuel et élu pour quatre ans par les Etats parties. Ce comité reçoit et étudie les rapports des Etats sur les mesures prises pour donner effet aux droits reconnus. Il peut alors adresser des observations aux Etats. De plus, le protocole facultatif ouvre le droit aux individus d'adresser des « communications » au comité dont l'examen peut aboutir à des constatations destinées à l'Etat en cause et publiées dans la rapport annuel d'activité du comité¹.

Ainsi, le comité peut appeler un Etat à réviser sa constitution de manière à tenir pleinement compte des obligations qui lui incombent en vertu du pacte², à « remanier complètement la constitution pour garantir les droits énumérés dans le pacte³ » ou inviter l'Etat à envisager « d'incorporer les droits énoncés dans le pacte dans sa nouvelle constitution »⁴. Le rapport concernant la Croatie, le 4 avril 2001⁵ indique que « le comité, tout en approuvant les amendements apportés à l'article 14 de la constitution pour étendre le principe de l'égalité aux non-citoyens [...] demeure préoccupé par le fait que d'autres dispositions continuent à limiter certains droits aux citoyens, ce qui fait douter qu'ils sont garantis à tous les individus se trouvant sur le territoire de l'Etat partie ». En conséquence, l'Etat partie « devrait adopter les mesures voulues pour clarifier cette situation ». Toujours dans le même rapport, le comité s'est dit « préoccupé par le fait que l'article 17 de la constitution [...] ne soit pas entièrement compatible avec les dispositions de l'article 4 du pacte, car les causes

¹ A. AMOR, « Le droit constitutionnel saisi par le pacte international relatif aux droits civils et politiques », in Ve Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002.

² *Irlande, rapport du Comité à l'Assemblée Générale A/55/40* Vol 1, p. 73.

³ *Mongolie, ibid.*, p. 57.

⁴ *Guyana, ibid.*, p. 61.

⁵ *Rapport A56/40*, vol. 1 p. 53.

Le droit international constitutionnel

justifiant l'état d'urgence ont une portée plus large que la [menace à l'existence de la nation] mentionnée à l'article 4, que les mesures de dérogation ne sont pas limitées à celles qu'exige la situation et que les droits ne faisant pas l'objet de dérogation ne comprennent pas les droits au titre des paragraphes 1 et 2 de l'article 8 et des articles 11 et 16 ». Le comité s'inquiéta aussi de l'article 101 de la constitution qui autorisait le président de la République à prendre des décrets en cas d'état de guerre ou de menace directe contre l'indépendance et l'unité de la République. Le comité conclut que « l'Etat partie devrait veiller à ce que les dispositions de sa constitution relatives à l'état d'urgence soient compatibles avec l'article 4 du pacte et qu'en pratique, aucune dérogation des droits ne soit permise, si les conditions définies à l'article 4 ne sont pas réunies ».

Très parlante, l'affaire *Arieh Waldman*¹ concernait la constitution canadienne de 1867 qui garantit explicitement à son article 93 les droits des écoles confessionnelles. Dans la province de l'Ontario, la loi sur l'éducation, découlant de l'article 93, impose à l'Etat de financer les écoles catholiques et non les autres écoles confessionnelles. En 1985, le gouvernement de l'Ontario modifie la loi sur l'éducation de façon à élargir le financement des écoles catholiques. Le 23 juin 1987, la Cour suprême du Canada, saisie de la constitutionnalité du projet de loi, avait confirmé la constitutionnalité des dispositions prévoyant le financement intégral des écoles catholiques. Devant le comité des droits de l'homme, le Canada fit valoir qu'il n'y avait pas de discrimination entre les écoles catholiques et les autres écoles confessionnelles, car cette distinction était fondée sur des critères objectifs et raisonnables et que le traitement privilégié, dont bénéficient les écoles catholiques, était inscrit dans la constitution. Le comité, déclara que « le fait qu'une distinction soit inscrite dans la constitution ne la rend pas pour autant raisonnable ou objective. » Pour le comité, « il ne semble pas que les membres de la communauté catholique [...] se trouvent actuellement dans une position défavorisée par rapport aux membres de la communauté juive qui souhaitent que leurs enfants soient élevés dans une école religieuse ». En conséquence, le comité « rejette l'argument de l'Etat partie selon lequel le traitement préférentiel octroyé aux écoles catholiques n'est pas discriminatoire du fait qu'il est imposé par la constitution ». Dès lors le comité considère que « les faits qui lui sont soumis constituent une violation de l'article 26 du pacte » et précise que « conformément

¹ *Communication n°694/1996*, 3 novembre 1999, *Waldmann c/ Canada*, A/55/40, vol. II, p. 91.

à l'alinéa (a) du paragraphe 3 de l'article 2 du pacte, l'Etat partie a l'obligation de fournir un recours utile qui supprimera cette distinction ».

Le comité s'estime donc habilité à apprécier la compatibilité des dispositions constitutionnelles avec le pacte et à demander à l'Etat partie de réviser les dispositions constitutionnelles contestées. De là, « l'Etat partie est tenu de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du comité »¹.

c - Les critères d'entrée dans l'Union européenne

L'ordre communautaire se fait aussi protecteur des droits et de la démocratie. Outre la charte des droits fondamentaux adoptée au sommet de Nice en septembre 2000, selon l'article 6 du traité CE « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres ». L'article 7 institue à cette fin un mécanisme de sanctions en cas de « violation grave et persistante » de ces principes.

Surtout, l'adhésion à l'Union européenne suppose le respect de certains principes fondamentaux qui, concernant le droit constitutionnel, constitue une véritable contrainte sur les pouvoirs constituants des Etats candidats². Les conclusions du Conseil européen, réuni à Copenhague le 21 juin 1993, ont imposé le respect de critères économiques et politiques préalablement à toute nouvelle adhésion³: le candidat doit en particulier jouir d'une stabilité institutionnelle garantissant le respect des principes démocratiques, de l'Etat de droit, des droits de l'homme et de la protection des minorités. La version consolidée du traité de Maastricht sur l'Union européenne énonce, dans son article 49 (ancien article O), que « tout Etat européen qui respecte les principes énoncés à l'article 6, paragraphe 1, peut demander à devenir membre de l'Union européenne ».

Il s'agit de s'assurer d'une démocratie dans les textes et dans la pratique: pluralisme politique, élections libres et équitables, indépendance des pouvoirs juridictionnels, liberté d'expression et

¹ N° 504/1992, 19 juillet 1994, *Denzil Roberts c/ Barbade*, A/49/40, vol. II, p. 342.

² Fr. RUEDA, « Autonomie constitutionnelle et construction européenne », in *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui*, op. cit.

³ D. KATZ, « Les " critères de Copenhague " », *R.M.C.*, 2000, n° 440, p. 483-486.

Le droit international constitutionnel

liberté du culte. Le respect des droits de l'homme s'analyse par renvoi aux conventions internationales avec, comme condition implicite, l'adhésion au Conseil de l'Europe et à la convention européenne des droits de l'homme. Enfin, le respect des minorités exige une absence de discrimination ainsi que leur bonne intégration dans la société. Le Conseil européen de Luxembourg des 12 et 13 décembre 1997 a fait de leur respect une condition préalable à l'ouverture des négociations d'adhésion à l'Union, ce qui a été confirmé à Helsinki les 10 et 11 décembre 1999. Face à la difficulté de remplir de tels critères, en décembre 1989, le Conseil des ministres de l'Union européenne décida de créer, en collaboration avec le Conseil de l'Europe, le programme PHARE¹ qui constitue un appui au processus de transition et un soutien en vue d'instaurer les bases d'une démocratie durable.

d – Conseil de l'Europe et droits de l'homme

L'exigence de respect des droits de l'homme atteint son *summum* dans le cadre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme protégeant des libertés dites intangibles et énumérées au paragraphe 2 de l'article 15. Dans son arrêt du 23 mars 1995, premier sur l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne des droits de l'homme a fait usage à ce sujet de la notion d'« ordre public européen des droits de l'homme ».

Cette exigence transparaît tout d'abord dans les critères d'adhésion au Conseil de l'Europe². Selon les articles 3 et 4 du statut, pour devenir membre, un État doit reconnaître le principe de la prééminence du droit et du respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales, base de « toute démocratie véritable ». Ainsi, lors de l'adhésion de la Hongrie en 1990, l'Assemblée avait insisté sur la présence de « dispositions constitutionnelles touchant l'élection démocratique du parlement au scrutin universel direct »³. De même, la déclaration de Vienne du 9 octobre 1993 impose à tout Etat candidat l'obligation de souscrire à la CEDH. La déclaration de Vienne a aussi précisé que le respect de la protection des minorités

¹ P.H.A.R.E. : Pologne, Hongrie, Aide à la Reconstruction Économique ; élargi à l'ensemble des PECO, ainsi qu'aux pays baltes, depuis 1992.

² J.-Fr. FLAUSS, « Les conditions d'admissions des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe », *European Journal of International Law*, 1994, n° 3, p. 401-422.

³ Avis (Assemblée) n°153 du 2 octobre 1990 portant sur l'adhésion de la Hongrie.

nationales restait un élément déterminant de l'appréciation de toute candidature à l'adhésion au Conseil de l'Europe. En arrêtant le 1er février 1993 le projet de protocole additionnel à la CEDH sur les droits des minorités, l'Assemblée parlementaire adoptait simultanément la recommandation 1201 (1993) relative aux exigences à remplir par les États candidats dans le domaine de la protection des minorités. Ces principes de base faisant habituellement partie du bloc de constitutionnalité, le Conseil de l'Europe, avant d'admettre un nouvel État membre, vérifie si les dispositions constitutionnelles se trouvent en conformité avec les principes mentionnés. Le cas échéant, il aide l'État candidat à s'y conformer.

Ainsi, le Conseil de l'Europe a créé en 1990 le programme Démosthène « afin de faire partager aux pays d'Europe centrale et orientale ses réalisations et son expérience dans tous les aspects de la construction d'une société démocratique¹ ». Fut aussi mise en place la commission de Venise dont la fonction d'assistance et de conseil la conduit à examiner des textes de nature constitutionnelle d'un État, le plus souvent à la demande de celui-ci, afin de l'adapter aux standards constitutionnels européens en matière de démocratie².

Une fois admis au sein du Conseil de l'Europe et parties à la convention européenne des droits de l'homme, les États répondent du respect de la convention à raison de l'exercice de « l'ensemble de leur juridiction », quel que soit le type de normes ou de mesures en cause ; ils ne disposent donc d'aucune immunité constitutionnelle et leur « organisation institutionnelle et politique [...] doit respecter les droits et principes inscrits dans la convention³ ». Une confirmation en fut donnée par un arrêt de 1999⁴ par lequel la Cour européenne

¹ S. NICOT, « Le soutien constitutionnel des organisations européennes au processus démocratique engagé dans les pays d'Europe centrale et orientale », in Ve Congrès de l'Association Fr. des constitutionnalistes, *op. cit.*

² La commission a participé, dès 1992, au processus de rédaction des constitutions en Ukraine, Albanie, Pologne, Roumanie et Bulgarie. Elle a par exemple réfléchi sur la justice constitutionnelle en organisant le 8 octobre 1990 une rencontre à Piazzola sul Brenta (Italie) ou adopté lors de sa 47ème réunion plénière à Venise, les 6 et 7 juillet 2001 des « Lignes directrices sur le référendum constitutionnel à l'échelle nationale ».

³ CEDH – 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, GACEDH, n° 50, § 29-30.

⁴ CEDH - 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, GACEDH n° 24.

Le droit international constitutionnel

considère qu'une loi de validation jugée conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel français est néanmoins contraire à la convention en son article 6 § 1.

La pleine soumission du droit constitutionnel au jeu de la convention s'exprime par le contrôle des « réserves à objet constitutionnel »¹. La convention « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la « juridiction » des Etats membres à l'empire de la convention. C'est donc par l'ensemble de leur « juridiction » laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la constitution, que lesdits Etats répondent de leur respect de la convention [...]. Aussi l'organisation institutionnelle et politique des Etats membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles [...] ou simplement législatives »².

La démocratie est désormais érigée en « unique modèle politique envisagé par la convention et partant le seul qui soit compatible avec elle »³. Même la démocratie locale est considérée comme composante à part entière et indissociable d'un régime politique véritablement démocratique⁴. Mais la Cour adopte une conception de la démocratie, non rousseauiste et majoritaire mais consensuelle, où tolérance et dialogue doivent résoudre les conflits : « il est de l'essence même de la démocratie de permettre la proposition et la discussion de projets politiques divers, même ceux qui remettent en cause le mode d'organisation actuel d'un Etat, pourvu qu'ils ne visent pas à porter atteinte à la démocratie elle-même »⁵. L'article 3 impose même une certaine périodicité des élections⁶.

Outre la constitution, la convention s'applique aussi à la justice constitutionnelle, y compris quant aux principes de l'égalité des

¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'autonomie constitutionnelle et la convention européenne des droits de l'homme », in *L'autonomie constitutionnelle aujourd'hui*, *op. cit.*

² CEDH 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*.

³ CEDH 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, § 45.

⁴ CEDH 2 septembre 1998, *Ahmed et autres c/ Royaume-Uni*.

⁵ CEDH 25 mai 1998, *Parti socialiste et autres c/ Turquie*, § 47.

⁶ Com EDH, décision du 11 septembre 1995, *J. Timke c/ Allemagne*, requête n° 27311/95.

armes et du contradictoire lors du « procès constitutionnel »¹. La Cour a déjà mis en cause l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle allemande de l'article 3 de la Loi fondamentale en matière d'égalité des sexes² et une décision de la Cour constitutionnelle turque prononçant la dissolution du parti communiste unifié comme contrevenant à l'article 68 de la constitution turque³. Le Conseil constitutionnel français a aussi été visé quand la Cour a censuré une loi de validation déclarée conforme à la constitution alors que les principes invoqués, la séparation des pouvoirs et la garantie des droits, étaient similaires. Le Conseil s'est alors aligné sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴.

De plus, la CEDH a déjà sanctionné des normes constitutionnelles. Cela fut déjà le cas indirectement. L'inconventionnalité déclarée de la décision de la Cour suprême spéciale grecque visait en réalité la constitution grecque qui, à son article 56 (3), consacrait l'inéligibilité des personnes ayant occupé « plus de trois mois pendant les trois années précédant les élections » des postes dans la fonction publique, disposition contraire à l'article 3 du Protocole n° 1⁵. La Cour a aussi directement contrôlé la conformité aux articles 10 et 11 de la convention de l'article 40/B, § 4 de la constitution hongroise qui interdit aux membres des forces armées, de la police et des services civils de la sécurité nationale, d'adhérer à des partis politiques et d'avoir des activités politiques⁶. La Cour s'est même livrée à un contrôle de l'article 159 (1b) de la Loi fondamentale de la République

¹ CEDH 23 juin 1943, *Ruiz Mateos*, Série A, n° 262 ; CEDH 3 mars 2000, *Krcmar et autres c/ République tchèque*, requête n° 35375/97.

² CEDH 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c/ Allemagne*, Série A, n° 291-B ; voir aussi CEDH 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*, série A n° 323 et CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Turquie*, D. 1998 p. 438, note J.-P. Marguéraud et J. Mouly.

³ Com EDH, rap. 3 septembre 1996, *Parti communiste unifié, N. Sargin, N. Yâgii c/ Turquie*, req. n° 19392/92.

⁴ N° 99-422 DC et n° 99-425 DC.

⁵ Com. EDH, rap. 7 mars 1996, *D. Gitomas, D. Paleothodoros et N. Sifounakis c/ Grèce*, req. n° 18747/91, 19376/92, 13379/92, § 61.

⁶ CEDH 20 mai 1999, *Rekvényi c/ Hongrie*, RTDH 2000, p. 107 : la cour ne relève aucune violation.

Le droit international constitutionnel

turque de Chypre Nord, donc d'une norme constitutionnelle d'une entité non partie à la convention¹.

2 - Les ambiguïtés du Conseil constitutionnel

La supériorité de la convention sur les constitutions semble donc indiscutable. Ainsi, si les traités ne sont pas intégrés au bloc de constitutionnalité, « il n'en résulte nullement qu'ils sont inférieurs à la constitution, mais que l'autorité conventionnelle se définit sur d'autres bases qu'un rapport hiérarchique ou même qu'un rapport d'égalité »² : il s'agit d'un rapport entre ordres juridiques fondé sur un principe de liberté et donc de responsabilité des Etats. C'est la raison pour laquelle « l'exercice par le Conseil constitutionnel (de son contrôle de constitutionnalité d'un traité) destiné à produire effet dans l'ordre interne, ne contrevient nullement aux règles du droit international public » (n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, cons. 12). L'Etat est libre d'agir souverainement, même en violation des traités qu'il a ratifiés, mais il pourra alors voir sa responsabilité engagée. Aussi, face à cette pression, l'Etat se contraint-il tout aussi souverainement pour respecter ses engagements.

C'est ainsi que la suprématie interne de la constitution n'est pas toujours claire. L'attitude du Conseil constitutionnel face au droit international parfois surprend³ : il lui arrive d'interpréter des principes constitutionnels au regard de normes internationales ; ou même de discuter le moyen tiré de l'inconventionnalité d'une loi lors de son contrôle de constitutionnalité ; voire, de façon plus surprenante, d'autoriser qu'une loi déroge à la constitution pour mettre en œuvre un traité. Mais il s'agit bien là de compromis pour assurer le respect par l'Etat de ses engagements internationaux.

a - L'interprétation conventionnelle de la constitution

Le Conseil constitutionnel a déjà fait appel à des normes internationales lors de son contrôle de constitutionnalité. Dans la décision n° 79-109 DC du 9 janvier 1980, il considéra que la loi n'était pas contraire au principe constitutionnel du droit d'asile reconnu par

¹ CEDH 18 décembre 1996, *Loizidou c/ Turquie*, § 44, *RGDIP* 1998, p. 123, obs. G. Cohen-Jonathan.

² S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, coll. Domat, 2001, p. 197.

³ E. BRUCE-LOTTEGIER, « L'intervention à titre accessoire de la norme internationale dans le contrôle de constitutionnalité », in Ve Congrès de l'Association française des constitutionnalistes, Toulouse, 6-8 juin 2002.

le préambule de 1946 : « cette loi n'apporte aucune modification aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour en France des étrangers, lesquelles réservent expressément l'application des conventions internationales ; que parmi ces conventions, figure notamment la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ; qu'il ne saurait, dans ces conditions, résulter de la loi dont il s'agit, aucune atteinte au droit d'asile » (cons. 1). Ainsi, les garanties offertes par le droit international au droit d'asile suffisent. Cela sera confirmé par la décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, dans laquelle le Conseil rappelle que le principe constitutionnel d'asile « est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne avec l'autorité prévue à l'article 55 de la constitution » (cons. 5). Le Conseil constitutionnel considère donc l'existence de conventions internationales comme suffisante pour satisfaire l'exigence du principe constitutionnel. De même dans la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, les dispositions de la convention déferée ne sont pas contraires à la constitution parce qu'elles réaffirment les obligations internationales résultant de la convention de Genève du 28 juillet 1951 telle qu'amendée par le protocole de New-York du 31 janvier 1967. De même dans la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, l'alinéa 4 du préambule de 1946 « est mis en œuvre par la loi et les conventions internationales introduites en droit interne » (cons. 9). Sans être une norme de référence constitutionnelle, la norme internationale apparaît donc comme le prolongement de la disposition constitutionnelle.

La décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 semble vouloir mettre un terme à cet effacement du 4^e alinéa : le Conseil y prend soin de dissocier les dispositions de la convention de Genève et les « dispositions propres [au] droit national » (cons. 88). Mais le Conseil fait le chemin inverse dans sa décision n° 98-399 du 5 mai 1998 où il assimile le statut de réfugié de la convention de Genève et celui du préambule de 1946 : les demandes des deux statuts « présentent entre elles un lien étroit » qui permet au législateur d'établir une procédure unique.

Le droit international est aussi utilisé pour interpréter la portée d'autres droits constitutionnels. Ainsi, « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France » (n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 cons. 7 ; n° 91-303 DC du 15 janvier 1992 cons. 9). De même, dans

Le droit international constitutionnel

la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, s'agissant des libertés individuelles, le Conseil aura recours aux conventions d'extradition, et en particulier aux stipulations de la convention européenne d'extradition du 13 septembre 1957. Dans la décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, il juge qu'il n'y a pas violation du principe d'égalité en s'appuyant sur son interprétation des dispositions d'une directive communautaire du 31 mars 1992 relative à la distribution en gros des médicaments à usage humain. Enfin, la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003 précise l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics par l'article 101 du traité CE proscrivant qu'une banque centrale face des avances à son Etat débiteur.

De tels usages de la part du Conseil constitutionnel¹ sont bien sûr la marque de la contrainte qu'exerce le droit international dans l'ordre interne et de tentatives de conciliations de normes internes et externes afin que la France remplisse bien ses obligations internationalement contractées. Il n'y a en aucun cas dans ces pratiques une remise en cause de l'infra-constitutionnalité des traités. Ils prennent plutôt l'allure de « sources complémentaires de la constitution »². Le Conseil n'est d'ailleurs pas isolé dans cette pratique et bien des Cours constitutionnelles font de même, que cela soit imposé à la cour par la constitution³ ou que cela relève de son initiative⁴. Mais le Conseil va parfois plus loin.

¹ Relevons aussi le cas où le Conseil constitutionnel utilise un traité pour préciser le sens de la loi. Par exemple, concernant la définition de la « bande organisée », voir l'usage fait par le Conseil de la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale du 15 novembre 2000 dans n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

² F. MODERNE, « Y a-t-il des sources complémentaires de la constitution dans la jurisprudence constitutionnelle française ? », *LPA* n° 121, 1992, p. 11-13.

³ L'article 10 § 2 de la constitution espagnole du 27 décembre 1978, l'article 16 de la constitution portugaise du 2 avril 1976 ou l'article 20 § 2 de la constitution roumaine du 8 décembre 1991 imposent d'interpréter les droits et libertés reconnus par ces constitutions conformément à des textes internationaux sur les droits de l'homme.

⁴ La Cour d'arbitrage belge interprète ainsi le principe de non discrimination selon l'art. 14 de la CEDH (CA, arrêts n° 36/98 et 37/98). La Cour autrichienne fait de même du fait de l'incorporation de la convention dans l'ordre interne par une loi constitutionnelle. Le Tribunal constitutionnel allemand (TC 26 mars 1987 ; TC 29 mai 1990 TC 16 décembre 1991) interprète les droits constitutionnels à la lumière de la convention.

b – Le non rejet du moyen d'inconventionnalité de la loi

Le Conseil constitutionnel, contrairement à son habitude, s'est plusieurs fois abstenu de déclarer irrecevable pour motif d'incompétence le moyen de la saisine l'invitant à contrôler la conformité d'une loi au droit international. Il semble au contraire se livrer à une confrontation au fond entre dispositions législatives déferées et normes internationales.

Ainsi, dans la décision n° 78-96 DC du 27 juillet 1978, les requérants prétendaient que la loi du 27 juin 1978 créant une infraction pour violation du monopole de radiodiffusion et télédiffusion prévu par la loi du 3 juillet 1972, violait l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil ne rejette pas le moyen d'inconventionnalité mais élude la question : la contestation porte en fait sur le monopole institué par des lois antérieures ; or « la compétence [du Conseil constitutionnel] est limitée par l'article 61 de la constitution à l'examen des lois avant leur promulgation ».

Dans la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, le Conseil continue la stratégie d'évitement sans invoquer son incompétence : « l'article 39 de la loi a été adopté selon une procédure irrégulière ; dès lors, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel d'examiner le moyen invoqué par les sénateurs [selon lequel] le paragraphe XIV de l'article 39 de la loi [...] serait contraire à une convention internationale ».

Le Conseil constitutionnel se rapproche du contrôle de conventionnalité dans sa décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997 où il qualifie d'inopérant le moyen tiré de la violation par une loi de stipulations internationales en soulignant, qu'en l'espèce, le moyen est « dépourvu de toute précision » (cons. 13). Le juge constitutionnel adopte une solution proche dans sa décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998 : les députés auteurs de la première saisine soutiennent [...] [que la loi] serait également contraire au principe communautaire de la libre circulation des biens et des services au sein de l'Union européenne », le Conseil répond « que, contrairement à ce que soutiennent les requérants, la disposition critiquée n'a ni pour objet, ni pour effet d'entraver la libre circulation des véhicules ; qu'ainsi, le grief invoqué manque en fait ». Le contrôle de conventionnalité a donc bien été effectué.

Dans sa décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionnalité des articles 19, 23 et 24 de la loi de finances pour 1999 qui « seraient manifestement contraires aux principes communautaires de liberté d'établissement

Le droit international constitutionnel

d'un résident français dans un autre Etat de l'Union européenne et de liberté de circulation des capitaux, de même qu'à "un certain nombre de conventions fiscales bilatérales" ». Le Conseil invoque son incompétence pour « examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » mais « au demeurant, les dispositions contestées ne font pas obstacle à l'application des conventions fiscales bilatérales ». Comment comprendre cette formule ? Le Conseil constate-t-il une compatibilité entre les textes ou songe-t-il simplement à l'article 55 de la constitution qui assure l'application des traités malgré les lois contraires à ceux-ci ?

Les ambiguïtés s'amenuisent dans la décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 : la loi instituant un délit de grand excès de vitesse « établirait une présomption de responsabilité contraire au principe de la présomption d'innocence énoncé par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme ». Or, après un examen minutieux de la procédure d'établissement d'une amende, le Conseil conclue « que, par ailleurs, manque en fait le moyen tiré du caractère automatique de la sanction ».

La jurisprudence n'est donc pas claire. Dans ces décisions, certes le Conseil n'opère pas le contrôle demandé, mais il écarte le moyen pour un motif différent du motif d'incompétence habituellement mis en avant. Parfois même, le contrôle de conventionnalité semble implicitement effectué. Cet examen du sérieux du moyen surprend : le juge constitutionnel aurait dû se contenter d'affirmer qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la conformité d'une loi à un traité. Le mystère s'épaissit encore quand le Conseil autorise une loi à déroger à la constitution pour mettre en œuvre un engagement international.

c - La dérogation à la constitution pour un traité

La décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998, *Loi « Réséda »* a semé le trouble dans la doctrine en affirmant qu'il peut être dérogé à la constitution « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France, et sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (cons. 15). Dans le cas en question, un étranger ne pouvait être juge car ses décisions sont rendues « au nom du peuple français » (article 3 de la constitution et article 3 de la déclaration de 1789). Cependant, les alinéas 14 et 15 du préambule de 1946 autorisent une dérogation s'il s'agit de mettre en œuvre une convention internationale (dans ce cas, l'article 1^{er} de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et les articles 6 et 7 du statut du Haut commissariat des Nations unies pour les réfugiés) et s'il n'y a pas

d'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (ici, les juges étrangers seront très minoritaires). Est-ce à dire que le traité en vient alors à l'emporter sur la constitution et cela en vertu de cette dernière ?

Une telle logique s'est retrouvée dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999 relative à la Cour pénale internationale. Le statut de la Cour pénale internationale porte atteinte à la souveraineté nationale quand, restreignant le principe de complémentarité de la Cour, celle-ci devient compétente si la procédure devant la juridiction nationale « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale » ou « n'a pas été [...] menée de manière indépendante ou impartiale [...] mais d'une manière qui, dans les circonstances, démentait l'intention de traduire l'intéressé en justice » (article 20 du statut). Mais de telles exceptions « découlent de la règle *Pacta sunt servanda* » qui permet au Conseil de faire application de la convention internationale en étant libéré des exigences constitutionnelles.

Le Conseil constitutionnel a obscurément laissé entendre qu'il est possible de déroger à un principe constitutionnel « dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un engagement international de la France »¹. La décision est d'une grande confusion et son interprétation fort délicate². On peut certes concevoir que c'est la constitution elle-même, à travers les 14^e et 15^e alinéas du préambule de 1946, qui consent à se laisser elle-même supplanter par le traité. Mais une telle hypothèse complique tout : il s'établit ainsi « un nécessaire double niveau de normativité constitutionnelle : le premier niveau d'une force constitutionnelle supra-conventionnelle qui fonde la possibilité même d'une dérogation à la constitution ; le second niveau d'une force constitutionnelle infra-conventionnelle à laquelle il est donc possible de déroger pour les besoins de l'application d'un traité »³.

¹ Décision n° 98-399 DC du 5 mai 1998 : la loi imposait un représentant du HCR dans la commission des recours des réfugiés, ce qui était contraire au principe de souveraineté de l'Etat, mais cela afin d'appliquer les conventions de Genève de 1951 bien que ces conventions laissent les Etats libres de définir la qualité de réfugié !

² E. PICARD, « Petit exercice pratique de logique juridique », *RFDA* 1998, p. 620.

³ O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du CC*, n° 7, 1999, p. 84, note 20.

Le droit international constitutionnel

Dans l'ordre interne, peut-on alors concevoir que, malgré la supériorité de la constitution sur le droit international, celui-ci en vienne à représenter une telle contrainte dans l'ordre international sur les constitutions qu'il s'impose à elles dans l'ordre interne ? Mais cela n'est pas cohérent avec la hiérarchie interne des normes et n'a d'ailleurs pas de sens puisque ce n'est pas le droit international qui s'impose en droit interne, mais une norme interne qui l'y représente. Le seul moyen alors pour le droit international de s'imposer à la constitution serait une constitutionnalisation de ce droit international, effectuée au cas par cas et ne remettant pas en cause le principe général de supériorité de la constitution sur le droit international.

II - La constitutionnalisation de normes internationales

Le droit international doit, pour s'appliquer dans l'ordre interne, trouver une autorité pour le reprendre et l'appliquer. Au-delà de la simple influence que peuvent exercer la CEDH ou le droit communautaire sur le Conseil constitutionnel¹, il s'agit ici de concevoir l'hypothèse exceptionnelle de la constitutionnalisation de normes internationales. La reprise de normes internationales par le pouvoir constituant n'a en soi rien de choquant pour la cohérence de l'ordre juridique interne. Ainsi l'intégration de dispositions constitutionnelles d'origine internationale afin de supprimer les contrariétés entre constitution et traités apparaît comme une bonne solution, où le principe de souveraineté reste sauf par l'intervention, librement décidée bien qu'influencée, du pouvoir constituant.

Un autre moyen de résolution des conflits est aussi possible : celui de la reconnaissance par le juge de la valeur constitutionnelle de certains principes d'origine internationale. En effet, « le devoir, si l'on peut parler de devoir, du juge, et notamment du juge constitutionnel, est, pour accompagner ce mouvement d'internationalisation du droit, de faire entrer de plus en plus, autant qu'il le peut, dans le bloc de constitutionnalité des principes du droit international comme il a su le faire avec les principes fondamentaux dans l'ordre interne »². On peut alors très bien admettre la possibilité d'une

¹ Par exemple sur le principe de clarté de la loi ou l'objectif à valeur constitutionnel d'intelligibilité de la règles de droit (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002) ou de « confiance légitime » (n° 97-391 DC du 7 novembre 1997). Sur la liberté d'expression, n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 à comparer avec CEDH 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*.

² J.-Cl. COLLIARD, « Intervention », in P.-M. DUPUY (dir.), *op. cit.*, p. 79.

constitutionnalisation par le juge constitutionnel de certains principes généraux de droit international coutumier.

A – La constitutionnalité du droit international public non écrit

Selon l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, le droit international comprend les conventions internationales, mais aussi « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » et « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées ». Du fait de l'absence de hiérarchie et de formalisme du droit international, ces normes internationales non écrites ont la même valeur juridique que les traités. Mais qu'en est-il en droit interne ?

La reconnaissance de la valeur constitutionnelle de certains principes non écrits du droit international n'est pas en soi exceptionnelle. La Cour suprême américaine a affirmé dès 1792 l'obligation faite aux tribunaux nationaux d'appliquer la coutume internationale¹. En Allemagne et en Italie, certaines normes coutumières internationales sont considérées comme appartenant au « bloc de constitutionnalité »².

Il est vrai qu'une telle reconnaissance de la coutume est sujette à critiques car « énigmatique dans sa création » et « difficile dans son identification »³. Ne voit-on pas là à nouveau se profiler le spectre effrayant du « gouvernement des juges » qui commence là où le juge statue sans texte⁴ ? On répondra que cela est aujourd'hui courant en droit administratif à travers la découverte de principes généraux du droit par le juge administratif ou en droit constitutionnel par la découverte de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou d'objectifs à valeur constitutionnelle. Sans doute le Conseil constitutionnel exploitera la source internationale non écrite avec la plus grande prudence : on le voit mal « intégrer au bloc de constitutionnalité des règles ayant comme support des sources non écrites, et qui ne sont donc pas formulées avec une grande précision

¹ Cour Suprême avril 1792, *Ross v. Rittenhouse*, 2 US (2 Dall.) 160 ; voir aussi Cour suprême 29 octobre 1942, *Ex parte Quirin*, 317 US 1.

² La Cour constitutionnelle italienne a reconnu dans un arrêt de 1993 (CC, n° 12/1993) que l'article 2 de la constitution permettait de constitutionnaliser des droits non-écrits, notamment certains protégés par la CEDH.

³ P.-M. MARTIN, note sous CE, Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, LPA 6 février 1998.

⁴ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd. 1999, p. 232-233.

Le droit international constitutionnel

[...] [sauf] des règles qui, par leur universalité et leur caractère récognitif des données fondamentales de la société internationale (indépendance et souveraineté des Etats, compétence territoriale de l'Etat, responsabilité internationale de l'Etat), sont peut-être plus faciles à constitutionnaliser que des règles contenues dans des sources écrites »¹. Mais à ces arguments techniques et politiques s'ajoutent en France deux difficultés juridiques.

D'une part, la constitution française ne fait qu'une référence à la fois indirecte et sibylline au droit international coutumier dans le 14^e alinéa du préambule de 1946 : « La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». La décision du 22 janvier 1999 reconnaît la valeur constitutionnelle de cet alinéa. Mais le Conseil constitutionnel n'emploie jamais le mot « coutume » pour se référer à ces règles du droit international public. S'agit-il là d'une simple variation sémantique ou d'une véritable différence de concepts ? Il ne semble guère abusif de pouvoir assimiler ces deux syntagmes qui, de toute façon, ne peuvent que désigner des concepts très proches.

D'autre part, la décision *Aquarone* du Conseil d'Etat² dit qu'aucune disposition de la constitution « ne prescrit ni n'implique » pour le juge administratif de faire prévaloir les normes coutumières internationales sur la loi. On devrait donc en conclure que le Conseil d'Etat reconnaît l'existence de la coutume internationale mais refuse

¹ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 16.

² CE, Ass. 6 juin 1997, *Aquarone*, *Rec.* p. 206, concl. G. Bachelier. Solution confirmée par CE - 28 juillet 2000, *Paulin*, *Rec.* p. 317. Pour autant le juge administratif sait faire usage de la coutume internationale. CE, Sect. 23 octobre 1987 *Société Nachfolger Company LTD et autres*, p. 319 : la destruction d'un navire étranger en haute mer ne méconnaît aucun principe de droit international. La coutume permet également de trancher les conflits entre sources internationales (CE - 21 avril 2000, *Zaidi*, *Rec.* p. 159). A l'inverse, la chambre criminelle de la Cour de Cassation n'a pas hésité à écarter une loi au profit d'une coutume internationale : Cass. Crim. 13 mars 2001, *SOS Attentats*, *RGDIP* 2002, p. 475, note F. Poirat et p. 507 concl. Launay. De même, selon la Cour de justice des Communautés européennes, les coutumes internationales lient les institutions et font partie de l'ordre juridique communautaire : CJCE 16 juin 1998, *Racke*, *Rec.* p. I 3655 ; *D.* 1999 p. 185, chron. Y. Petit ; *JCP* 3 février 1999 p. 100022, note E. Leray et A. Poiteau.

de la faire primer sur la loi¹. *A fortiori*, la coutume internationale ne saurait donc primer sur la constitution qui demeure supérieure à la loi. Il faut cependant regarder de plus près le raisonnement du juge. Il part de la constitution et raisonne en termes de compétence et non de hiérarchie des normes. Il n'est pas exclu que dans l'ordre juridique interne les normes coutumières internationales aient une valeur supérieure à la loi. Il est simplement dit que cette supériorité, si elle existe, ne peut pas être sanctionnée par le juge administratif parce qu'il n'est pas habilité par la constitution à le faire. Mais si cela ne relève pas du juge ordinaire, de qui d'autre ? Cette mission doit revenir à quelqu'un : il faut bien arriver à une formulation de la règle coutumière dans l'ordre juridique interne. On pense logiquement au juge constitutionnel. Ainsi, si le juge constitutionnel contrôle la conformité des lois aux coutumes internationale, cela ne devrait pas être du ressort du juge administratif, comme il en va pour le contrôle de constitutionnalité des lois². « Il est donc possible, au regard de la lettre de la constitution, d'envisager que le Conseil constitutionnel soit appelé à vérifier la conformité d'une loi, ou même d'un traité ou d'un accord à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi en autorisant la ratification ou l'approbation, aux règles du droit international public auxquelles le préambule se réfère et qui trouvent leur origine dans des sources non écrites du droit international »³.

1 - la constitutionnalité de normes internationales non écrites

La constitution peut en effet être considérée déclaratoire de diverses normes coutumières : la notion de souveraineté internationale figure au préambule ; l'article 55 donne effet au principe coutumier de supériorité du droit conventionnel ; l'article 53 applique le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le Conseil constitutionnel a donc accepté de connaître de la violation d'un principe de droit international par une loi⁴.

¹ D. ALLAND, « La coutume internationale devant le Conseil d'Etat : l'existence sans la primauté », *RGDIP* 1997, p. 1053.

² CE, Ass. 5 mars 1999, *Rouquette* ; *AJDA* 1999 p. 420, chr. Raymond et Frombeur ; *RFDA* 1999 p. 372, note Béchillon et Terneyre ; *RDP* 1999 p. 1223, obs. Camby.

³ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 15.

⁴ N° 75-59 DC du 30 décembre 1975, cons. 10 : « Considérant [...] que la loi [...] ne contredit aucune disposition du préambule de la constitution, ni aucun des textes auxquels ce préambule fait référence. »

Le droit international constitutionnel

Plus implicitement, dans la décision n° 82-132 du 11 février 1982, *Nationalisations 2*, les lois de nationalisation, par leurs effets hors du territoire français, méconnaîtraient les règles de droit public international « dont le respect s'impose au législateur en vertu des dispositions du préambule de la constitution de 1946 ». Le Conseil ne répond pas et élude la question : le sort réservé à la loi française par les Etats étrangers est une question de fait qui n'a pas d'incidence sur les pouvoirs que la constitution confère au législateur français.

Le Conseil constitutionnel a donc écarté les moyens ainsi invoqués en affirmant qu'ils n'étaient pas fondés. Il a donc implicitement admis sa compétence pour vérifier la conformité d'une loi aux règles du droit international public et la valeur constitutionnelle ces règles. En effet, il lui aurait été facile, dans l'hypothèse inverse, d'écarter ces moyens comme inopérants, sans avoir à les examiner au fond et à les rejeter comme non fondés. Dans sa décision n° 86-207 des 25 et 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel se réfère également aux « obligations internationales de la France ». On peut alors admettre que le Conseil constitutionnel en soit venu à assurer le respect de certains principes de droit international coutumier dont le droit à l'autodétermination des peuples, le principe « Pacta sunt servanda » et certains principes du droit international humanitaire.

a - Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le maintien de Mayotte sous souveraineté française par la loi n° 75-1337 du 31 décembre 1975 relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores, aurait méconnu l'alinéa 14 du préambule de 1946 en portant atteinte à l'unité et à l'intégrité des Comores consacrées par plusieurs résolutions des Nations unies. La loi contrevient ainsi au principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes issu des articles 1^{er} § 2 et 55 de la charte de l'ONU du 26 juin 1945 et en particulier à la résolution 1514 (XV) de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1960 relative à l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, qui proscriit toute condition ou réserve « au moment du transfert de souveraineté ». Ce principe « s'est imposé à la constitution d'origine moins de deux ans après sa promulgation¹ » par la loi constitutionnelle du 4 juin 1960 afin de permettre l'accession des Etats d'Afrique à une souveraineté pleine et entière.

¹ Cf. LECLERCQ, « La constitution de 1958 face au défi international », in *L'internationalité dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey*, Pedone, 1995, p. 1.

A ce moyen, le Conseil répond et « n'écarte donc pas la prise en compte, dans sa mission de contrôle de constitutionnalité des lois, de règles non écrites du droit public international »¹. Il précise que « les dispositions de la loi déferée au Conseil qui concernent cette île ne mettent en cause aucune règle du droit public international » (cons. 6).

Cette réponse a donné lieu à des interprétations divergentes. Pour Nguyen Quoc Dinh, il est clair que l'expression « mettre en cause » a été employée dans le sens de violation². Selon le doyen Favoreu, cette formule signifie plutôt que le problème ne se plaçait pas sur le plan du droit international, mais du strict droit interne. Il était donc « sans objet » d'examiner le problème au regard des règles du droit public international³, le Conseil n'ayant nul besoin de se référer au droit public international dès lors que l'article 53 alinéa 3 de la constitution consacre le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Le Conseil semble cependant accepter d'apprécier la conformité de la loi à des règles non écrites du droit international. Peut-on alors considérer que « le droit des gens de caractère non écrit se situe au niveau constitutionnel de la pyramide hiérarchique des normes du droit français »⁴ ? Dans sa décision n° 85-196 DC du 8 août 1985 sur le statut de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil semble bien admettre un contrôle de la loi au vu des principes du droit international public puisqu'il intitule une section « En ce qui concerne les moyens tirés de la méconnaissance des articles 53, alinéa 3, 55 et 88 de la constitution et des principes du droit international public ». Les requérants prétendent que « l'article 1er de la loi n'est pas conforme aux principes du droit international public et, notamment, à la résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1960 sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux qui proscriit toute condition ou réserve "au moment du transfert de souveraineté" ». Si le moyen semble admis, la réponse l'éluide totalement : « l'article 1^{er}, premier alinéa, de la loi, se borne à formuler une déclaration d'intention sans contenu normatif ; que, s'agissant

¹ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 16.

² N. QUOC DINH, « Le Conseil constitutionnel français et les règles du droit public international », *RGDIP* 1976, p. 1019 et s.

³ L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et le droit international », *A.F.D.I.*, 1977, p. 109-111.

⁴ G. TEBOUL, « Le droit international non écrit devant le juge administratif », *RGDIP*, 1991, p. 321.

Le droit international constitutionnel

d'un objectif que le législateur se fixe à lui-même en vue de dispositions législatives ultérieures, il ne saurait, en l'état, être comme tel susceptible de censure constitutionnelle ; que, dès lors, les moyens invoqués ne sauraient être accueillis ». *A contrario*, face à un contenu normatif réel, le Conseil aurait donc effectué son contrôle.

b - « Pacta sunt servanda »

Le principe « *Pacta sunt servanda* » exprime que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». Si elle fut codifiée à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, elle conserve sa valeur coutumière¹. L'Italie, le Portugal, la Grèce et même, dans une certaine mesure, l'Espagne, reconnaissent sa valeur comme source de légalité voire de constitutionnalité. De même, la CJCE ne manque pas de s'y référer². Ce principe général du droit international public, qui implique de ne pas remettre en cause des traités conclus, fut appliqué dans une décision du 19 juin 1970 : la décision communautaire sur les ressources propres des communautés ne faisait qu'appliquer un principe déjà posé par les traités de 1957 déjà « entrés dans le champ d'application de l'article 55 de la constitution ». Il en résulte qu'il n'est plus possible d'en apprécier la constitutionnalité : par suite, un acte qui n'est que la conséquence nécessaire des prévisions du traité de Rome est lui-même à l'abri du grief d'inconstitutionnalité. Cela fut confirmé par deux décisions du 30 décembre 1977 et du 29 avril 1978 : lorsqu'une loi est la conséquence nécessaire du traité de Rome, le Conseil constitutionnel écarte a priori tout moyen qui tendrait à mettre en cause la constitutionnalité du système communautaire lui-même. Le Conseil protège ainsi les traités en vigueur³.

L'éclaircissement viendra avec la décision n° 92-308 du 9 avril 1992. A la demande de la saisine présidentielle, « il appartient au Conseil constitutionnel [...] de déterminer la portée du traité soumis à son examen en fonction des engagements internationaux que ce traité a pour objet de modifier ou compléter » (cons. 8). Le Conseil

¹ CIJ, arrêt du 25 septembre 1997, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, Rec. p. 38, § 46.

² CJCE 16 juin 1998, *Racke*, JCP 3 févr. 1999, p. 276.

³ Mais dans une décision du 17 juillet 1980, le Conseil a refusé le moyen selon lequel la convention franco-allemande additionnelle à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale méconnaissait le droit international public en dérogeant à une convention multilatérale à laquelle les deux pays étaient parties.

constitutionnel refuse d'étendre aux traités sa jurisprudence issue de la décision du 25 janvier 1985 qui admet la possibilité de contester la constitutionnalité d'une loi promulguée lors du contrôle d'une loi nouvelle qui étend le champ d'application de la loi ancienne ou en affecte le contenu. Cette non remise en cause du traité entré en vigueur se rattache à la règle *Pacta sunt servanda* : le Conseil, s'appuyant sur l'alinéa 14 du préambule de 1946, reconnaît qu'au rang des règles de droit public international figure la règle *Pacta sunt servanda*.

Reste à savoir si la constatation de l'existence de règles non écrites du droit international public dans le cadre de l'alinéa 14 signifie leur intégration au bloc de constitutionnalité. Pour L. Favoreu et L. Philip, cette règle n'est pas invoquée par le Conseil comme norme de référence destinée au contrôle de constitutionnalité du traité mais sert simplement à justifier « la non remise en cause d'engagements internationaux antérieurs »¹. « *Pacta sunt servanda* » n'a donc pas valeur constitutionnelle². A l'inverse, certains affirment que le Conseil constitutionnel « a constitutionnalisé la règle de droit international selon laquelle *pacta sunt servanda* »³.

La jurisprudence ultérieure apporte la réponse. Dans la décision n° 93-321 DC du 20 juillet 1993, il est reproché à la loi de ne pas tenir compte des dispositions d'une convention franco-algérienne de 1983. Le Conseil constitutionnel répond que « contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, aucune dérogation n'avait ainsi à figurer dans la loi ; qu'il ne saurait donc résulter de la disposition contestée une méconnaissance du quatorzième alinéa du préambule de la constitution de 1946 » (cons. 37). Le Conseil ne semble donc pas contester l'efficacité du moyen tiré de l'alinéa 14 : une règle du droit public international (la règle *Pacta sunt servanda*) sert pour contrôler la constitutionnalité d'une loi.

Dans la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, le Conseil constitutionnel se référera expressément à la règle *Pacta sunt servanda*

¹ L. FAVOREU, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à Alain Plantey, op. cit.*, p.35.

² L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *RGDIP* 1993, p. 55.

³ E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? », *RFDA* 1993, p. 52. Voir aussi D. ROUSSEAU, « Jurisprudence constitutionnelle 1992-1993 », *RDP* 1994, p. 116.

Le droit international constitutionnel

sans juger utile de la rattacher à l'alinéa 14 du préambule de 1946. Le Conseil en fait un usage remarquable comme norme constitutionnelle : certaines dispositions du statut de la Cour pénale internationale relativisant le principe de complémentarité de la Cour en cas de défaillance de l'Etat sont contraires à la souveraineté nationale mais le principe « Pacta sunt servanda » autorise de telles exceptions. Ainsi une norme constitutionnelle d'origine internationale autorise un traité international à déroger à la constitution ! La conclusion appartient alors au Conseil constitutionnel lui-même dans son *Bilan pour l'année 1999* : « Ainsi, la décision sur le traité "Cour pénale internationale" constitutionnalise-t-elle les principes généraux du droit international et confirme-t-elle la constitutionnalisation de la règle "*Pacta sunt servanda*", déjà opérée par la décision Maastricht I du 9 avril 1992. »

c - Le droit international humanitaire

Des règles coutumières internationales ont acquis une valeur constitutionnelle. Après la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, il peut ne pas être excessif d'émettre l'hypothèse de la constitutionnalisation de certains principes du droit international humanitaire. En effet, les visas de la décision énumèrent pratiquement l'ensemble des traités humanitaires ratifiés par la France dont le contenu a aussi une valeur coutumière¹. « Le Conseil a également fait allusion aux principes généraux du « droit des gens » issus du droit humanitaire et des droits de l'homme ainsi qu'aux spécificités généralement admises du régime juridique des crimes internationaux. D'où notamment la référence dans les visas de sa décision à l'ensemble des règles relatives aux tribunaux pénaux internationaux »². Le Conseil constitutionnel souligne ainsi l'adhésion déjà ancienne de la France au système spécifique de répression des crimes internationaux.

Tous ces textes, rédigeant des coutumes internationales ou ayant donné naissance à des coutumes internationales, peuvent-ils avoir valeur constitutionnelle ? Concernant la justice pénale internationale, le Conseil constitutionnel apporte quelques éclaircissements. En effet, pour le Conseil, « le respect de la souveraineté nationale ne fait pas

¹ TPIY, chambre d'appel 7 octobre 1997, *le procureur c/ Drazen Erdemovic*, § 98.

² N. LENOIR, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la constitution de 1958 », in P.-M. DUPUY (dir.), *op. cit.*, p. 26.

obstacle à ce que [...] la France puisse conclure des engagements internationaux en vue de favoriser la paix et la sécurité du monde et d'assurer le respect des principes généraux du droit public international ». Or, parmi « les principes du droit international reconnus par la Cour de Nuremberg et par l'arrêt de cette Cour »¹, on peut retenir trois grands principes sur lesquels le Conseil constitutionnel a pris position, implicitement ou explicitement.

D'une part la définition des crimes internationaux. Le Conseil reconnaît tout d'abord la spécificité de ces crimes « d'une gravité telle qu'ils touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Le Conseil examine et ne discute pas la définition de ces crimes : « l'article 6 énumère les actes qui, "commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux", peuvent être retenus sous la qualification pénale de "crime de génocide" ; l'article 7 précise, quant à lui, les actes qui, "commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque", peuvent être qualifiés pénalement de "crimes contre l'humanité" ; enfin, l'article 8 indique que la Cour a compétence à l'égard des "crimes de guerre" et en dresse la liste ; figurent en particulier dans celle-ci les crimes qui "s'inscrivent dans un plan ou une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle" ». Toutes ces définitions sont classiques en droit international. Mais le Conseil va plus loin en constatant « qu'il ressort, par ailleurs, du préambule de la constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle ». C'est donc la condamnation de ces crimes internationaux qui acquiert valeur constitutionnelle.

D'autre part, l'imprescriptibilité des crimes internationaux. Il s'agit d'un principe ancien officialisé par la convention adoptée le 26 novembre 1968 par l'Assemblée générale des Nations unies (résolution 2391-XXIII) et admis en droit français par la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964. Le Conseil a tenu compte de la nature particulière de ces crimes dont la gravité extrême justifie que la constitution n'ait pas entendu interdire que les crimes internationaux fussent déclarés imprescriptibles. L'imprescriptibilité est pourtant contraire à la souveraineté du législateur, or, c'est le principe d'imprescriptibilité qui s'impose. Sa constitutionnalité est donc

¹ Résolution 95-I du 11 décembre 1946. Sur le contenu de ces principes, cf. M. BETTATI, *Droit humanitaire*, Point Seuil, 2000, p. 216-235.

Le droit international constitutionnel

envisageable. Selon N. Lenoir, la décision du Conseil est d'abord reconnaîtive car le principe était déjà applicable en vertu du droit des gens. Le principe d'imprescriptibilité est « véritablement international » et « déborde le droit interne ».

Enfin, l'absence d'impunité pour les criminels qui est le but même de la création de la Cour pénale internationale. Le Conseil constitutionnel le reconnaît en parlant de « la création d'une juridiction internationale permanente destinée à protéger les droits fondamentaux appartenant à toute personne humaine, en sanctionnant les atteintes les plus graves qui leur seraient portées ». Ce principe de protéger les droits en ne laissant pas les crimes impunis est devenu traditionnel. Cependant, il ne semble pas avoir valeur constitutionnelle puisque le Conseil constitutionnel a jugé contraire aux régimes particuliers de responsabilité, institués par les articles 26, 68 et 68-1 de la constitution au profit des titulaires de certaines qualités officielles, l'article 27 du statut selon lequel la qualité officielle de chef de l'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement n'exonère pas de la responsabilité pénale posée par le statut. De même, le Conseil a estimé que le statut de la Cour pénale internationale portait atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale dans la mesure où la France pourrait être conduite à arrêter et à remettre à la Cour une personne à raison de faits couverts, selon la loi française, par l'amnistie ou la prescription. Or il s'agit bien là d'un principe constitutionnel contraire qui l'emporte sur un principe conventionnel qui ne saurait avoir valeur constitutionnelle.

2 - Un phénomène conforme à la logique internationale

La reconnaissance de la constitutionnalité de certains principes coutumiers du droit international répond en fait à une certaine cohérence de l'ordre juridique interne au vu de l'ordre juridique international. Il est en effet certaines normes internationales impératives auxquelles les États n'ont pas la capacité de se soustraire. Le respect de telles normes ne saurait être conditionné ni par la volonté de l'État ni par une condition de réciprocité.

a - le respect du *jus cogens*

Constitutionnaliser certaines coutumes internationales et non le droit conventionnel semble contradictoire avec la logique non formaliste du droit international où coutume et traité ont même valeur. Mais c'est oublier que certaines coutumes peuvent se voir reconnaître une valeur supérieure si elles font partie du *jus cogens* ou droit impératif.

La convention de Vienne de 1969 donne à son article 53 une définition du *jus cogens* : « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble, en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Cette définition établit donc une véritable hiérarchie entre les normes impératives et les autres normes internationales. Selon la commission du droit international, il s'agit de « certaines règles et certains principes auxquels les Etats ne sauraient déroger par des arrangements conventionnels ». « Le *jus cogens* est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle »¹.

Mais le *jus cogens* manifeste aussi l'apparition d'un ordre public international contre lequel l'Etat ne pourrait aller : il y a là la seule privation de sa liberté non librement consentie, la seule limite posée à sa souveraineté. Il y a derrière cette affirmation des préoccupations morales, l'affirmation d'une communauté juridique universelle fondée sur des valeurs propres devant lesquelles tous ses membres doivent s'incliner. « Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* »².

Il est logique que ces principes qui s'imposent aux Etats dans l'ordre juridique international en dehors de leur volonté se retrouvent dans l'ordre juridique interne placés au plus haut de la hiérarchie des normes, là où la volonté des autorités politiques saurait le moins leur porter atteinte. Cela peut alors expliquer la nécessité de la constitutionnalisation de certaines normes coutumières internationales relevant du *jus cogens*.

Le problème principal est bien sûr celui de l'identification de ces normes impératives. La convention de Vienne, à son article 66, va jusqu'à préciser qu'en cas de différend prolongé concernant l'article 53, toute partie « peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de justice » ou à un arbitrage international. Préventivement, la commission du droit international a donné des exemples : porteraient atteinte aux normes impératives du droit international un traité qui envisage un emploi de la force contraire

¹ Tribunal arbitral, sentence du 31 juillet 1989, *Délimitation de la frontière maritime Guinée-Bissau / Sénégal*, RGDIP 1990, p. 234.

² CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction*, Rec. p. 32.

Le droit international constitutionnel

aux principes de la charte, un traité organisant la traite des esclaves, la piraterie, le génocide ou portant atteinte aux règles protectrices de la situation des individus¹. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice fournit aussi une liste d'exemples : actes d'agression, génocide, atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, esclavage et discrimination raciale.

Il est remarquable que les principes de droit international repris comme normes constitutionnelles par le Conseil constitutionnel dans l'ordre interne aient aussi été reconnus comme normes impératives dans l'ordre juridique international. Ainsi, la Cour internationale de justice a reconnu le caractère impératif du droit à l'autodétermination des peuples². Dans son avis n° 1, la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie a classé parmi les normes impératives les « droits des peuples et des minorités »³ et dans son avis n° 2 du 11 janvier 1992 affirme l'existence « de normes, maintenant impératives du droit international général » imposant « aux Etats d'assurer le respect des droits des minorités ». Dans son avis n° 10 du 4 juillet 1992 la commission qualifie d'impératives les normes qui interdisent « le recours à la force dans les relations avec d'autres Etats ou qui garantissent les droits des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques »⁴.

La règle « *Pacta sunt servanda* » a aussi un caractère impératif. « Personne n'ose prétendre qu'un traité organisant, par exemple, une violation du principe *pacta sunt servanda* [...] conserve sa pleine validité au regard du droit positif »⁵. Le principe de bonne foi est en effet une institution qui régit l'ensemble des relations internationales, un principe fondateur et nécessaire du droit international public.

Enfin, concernant le droit international humanitaire, la Cour internationale de justice qualifie de « principes intransgressibles du droit international coutumier un grand nombre de règles du droit

¹ *Ann. CDI* 1966, vol. II, p. 270.

² CIJ, sentence du 31 juillet 1989, *Détermination de la frontière maritime entre Guinée Bissau et Sénégal* ; *RGDIP* 1990, p. 234-235.

³ Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 1, *RGDIP* 1992, p. 265.

⁴ Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, avis n° 10, § 4, *RGDIP* 1993 p. 594.

⁵ P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 2002, p. 207.

humanitaire applicable dans les conflits armés »¹, ce qui comprend la condamnation des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide.

b - La réserve de réciprocité

Pour certains, faire du *jus cogens* une norme constitutionnelle servant au contrôle de constitutionnalité ne serait pas conciliable avec la jurisprudence *I.V.G.*². Au contraire, un tel contrôle est compatible avec cette jurisprudence car il diffère du contrôle de conventionnalité de l'article 55. Il ne concerne pas les normes conventionnelles mais oppose aux lois uniquement des règles ayant une « valeur absolue » car impératives dans l'ordre juridique international. Ces normes ne sont pas non plus contingentes.

Il est normal que ces normes impératives qui s'imposent aux Etats de façon absolue ne sauraient être conditionnées par une exigence telle que la réserve de réciprocité. D'ailleurs, le contenu même de la réserve de réciprocité n'est pas évident³. Cette réserve se retrouve ainsi à l'alinéa 15 du préambule de 1946 comme condition formelle, réputée remplie, s'agissant d'un traité multilatéral, « après le dépôt du dernier instrument de ratification » (n° 70-39 DC du 19 juin 1970 et n° 92-308 DC du 9 avril 1992 cons. 12) sans qu'il soit nécessaire que ces engagements soient identiques pour chaque partie (n° 97-394 DC du 31 décembre 1997).

L'article 55 aussi dit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Mais cette condition ne saurait s'appliquer à certaines catégories de normes internationales dont les normes impératives.

Selon le Conseil constitutionnel, cette exigence « n'est pas une condition de la conformité des lois à la constitution » mais « affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois » (n° 80-126 DC du 30 décembre 1980). Une telle interprétation surprend puisque, en

¹ CIJ, avis du 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. p. 257.

² L. FAVOREU, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Etudes offertes à Alain Plantey*, Ed. A. Pedone, Paris, 1995, p. 35.

³ F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP* 1999-1, p. 37.

Le droit international constitutionnel

principe, la réserve de réciprocité concerne l'applicabilité et non l'autorité du traité¹.

La réserve de réciprocité ne saurait donc s'appliquer à des normes impératives comme le droit international humanitaire. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, affirme la non applicabilité aux traités relatifs aux droits de l'homme de la réserve de réciprocité de l'article 55. Ce faisant, il ne fait que donner valeur constitutionnelle à un principe classique repris à l'article 60 § 5 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 qui interdit à un Etat-partie à une convention multilatérale « de nature humanitaire » d'en suspendre les « dispositions relatives à la protection de la personne humaine » au motif de sa violation par un autre Etat-partie. Les traités humanitaires n'ont donc pas un caractère de contingence. En effet, « à la différence des traités internationaux de type classique, la convention européenne déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. Elle crée des obligations objectives qui [...] bénéficient d'une garantie collective »². La réserve de réciprocité de l'article 55 n'a donc pas lieu de s'appliquer à de tels engagements.

Cette solution avait déjà été retenue concernant le droit communautaire pour des raisons tenant à la nature de l'intégration dans l'Union européenne. Dans la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, le Conseil constitutionnel s'est interrogé sur l'article 88-3 débutant par les mots « sous réserve de réciprocité... ». Les députés s'interrogeaient pour savoir si le respect de l'article 88-3 exigeait que figure dans la loi organique une clause bilatérale de réciprocité. Le Conseil constitutionnel, dans le droit fil de sa décision du 9 février 1992 (cons. 16) relative au traité de Maastricht, a estimé que la condition de réciprocité posée par l'article 88-3, tout comme celle posée par l'alinéa 15 du préambule de 1946, est satisfaite « dès lors que le dernier instrument de ratification du traité... a été déposé »³.

Au surplus, il est juridiquement impossible, en droit communautaire, conformément à une jurisprudence constante de la

¹ S. REGOURD, « De la vanité de la clause de réciprocité », *RGDIP* 1983 p. 780 et s.

² CEDH 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, *RGDIP* 1979, p. 104, note P.-M. Martin.

³ Reste à savoir si cette conception formelle sera satisfaisante en cas d'accord très déséquilibré défavorable à la France. F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP* 1999-1, p. 46.

Cour de justice des communautés européennes¹, de faire dépendre le respect d'une stipulation du traité de son observation par les autres Etats membres. Le dernier Etat-membre ayant déposé son instrument de ratification le 13 octobre 1992, la condition de réciprocité était donc remplie lors de l'adoption de la loi. De même, la condition de réciprocité de l'article 88-2 n'est qu'un rappel de l'alinéa 15 du préambule de 1946, une condition formelle n'allant pas jusqu'au contrôle de l'application du traité par les autres Etats parties. Le Conseil constitutionnel rappelle toutefois que si un Etat-membre ne remplissait pas ses obligations nées de l'article 8 B § 1 du traité, il appartiendrait à la France de saisir la Cour de justice sur le fondement de l'article 170 du traité CE (cons. 5).

B – La constitutionnalité de règles conventionnelles

Si des normes coutumières internationales se sont vues reconnaître une valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, certaines normes conventionnelles ont aussi acquis cette valeur mais du fait de l'intervention du pouvoir constituant. Ainsi, « la constitution, en créant des obligations internationales à la charge de la France, constitue une véritable source du droit international »². Deux méthodes sont alors envisageables.

D'une part, le constituant peut reprendre au cœur même de la constitution le contenu de dispositions internationales. D'autre part, le constituant peut se contenter de faire référence à une norme internationale dont il autorise l'application en dérogation de certains principes constitutionnels. « Suite à une révision constitutionnelle, un engagement international, visé par une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, peut devenir une norme de référence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois »³.

Examinons donc quelle a été l'action du pouvoir constituant au cours des dix dernières années et ses conséquences quant à la constitutionnalisation de normes internationales.

a – La loi constitutionnelle du 25 juin 1992

La construction européenne a pu se poursuivre pendant plus de trente ans sans que jamais la constitution y fasse obstacle. Le traité de

¹ CJCE 13 novembre 1964, Aff. n° 90 et 91/63, *Rec.* p. 1217.

² J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 15.

³ J.-Fr. LACHAUME, « Droit international et Conseil constitutionnel », *Rép. Internat. Dalloz*, 2003, p. 14.

Le droit international constitutionnel

Maastricht signé le 7 février 1992 marquera sur ce point une rupture. Sa ratification nécessitera des révisions constitutionnelles dans toute l'Europe¹. La France ne fera pas exception. La décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992 estime que la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques prive l'Etat de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il en va de même pour la communautarisation des politiques d'immigration, la monnaie unique ou la mise en œuvre d'une citoyenneté européenne. D'où l'intervention du pouvoir constituant par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 qui ajoute un nouveau titre XV à la constitution.

Ce titre XV consacre l'ensemble de la construction communautaire. L'article 88-1 déclare que « La République participe aux Communautés européennes », ce qui « entérine la construction européenne et fait ainsi bénéficier d'une présomption de régularité constitutionnelle toutes les décisions futures prises dans le cadre des traités ou résultant de ceux-ci »². Ainsi, les règlements communautaires limitant la compétence parlementaire ne sont que la conséquence des traités ratifiés³ et les directives doivent obligatoirement être transposées par le Parlement, même si elles sont contraires à un principe constitutionnel⁴. L'article 88-1 n'envisage que l'exercice en commun de compétences étatiques auxquelles l'Etat renonce. L'Union ne tient donc pas ses compétences d'une souveraineté propre. Il s'agit « d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consenties par les Etats membres » (n° 92-308 DC cons 13 ; n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, cons 6). Mais elle constitue « un ordre juridique propre qui, bien

¹ En Espagne, Irlande et Portugal en 1992 ; en Allemagne et Finlande en 1993 ; en Autriche et Suède en 1994.

² G. CARCASSONNE, *La constitution*, Seuil, 5^e éd. 2002, p. 335.

³ N° 77-90 DC du 30 décembre 1977.

⁴ N° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire à la constitution ». Le Conseil constitutionnel ne peut donc faire qu'un contrôle « minimum » des directives pour constater une éventuelle et flagrante inconstitutionnalité. Ce jugement « de Salomon » du Conseil est d'ailleurs en contradiction avec la logique internationale dualiste.

que se trouvant intégré au système juridique des différents Etats membres des Communautés, n'appartient pas à l'ordre institutionnel de la République française » (n° 92-308 DC cons. 34). Cet article 88-1 consacre d'ailleurs la spécificité du droit communautaire dans l'ordre constitutionnel, celui-là s'appliquant non en application du principe constitutionnel « Pacta sunt servanda » comme les autres traités internationaux mais en vertu de l'article 88-1 (n° 2004-406 DC du 10 juin 2004, cons. 5 et 6).

L'article 88-2 alinéa 1 affirme la participation de la France à l'Union économique et monétaire et à la politique commune de franchissement des frontières « selon les modalités prévues par le traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 ». De par cette référence expresse au traité, « le contrôle de conventionnalité (communautaire) d'une loi se trouve intégré au contrôle de constitutionnalité. Dans une décision du 3 août 1993, *Statut de la Banque de France*, le Conseil a refusé de procéder au contrôle de conventionnalité parce que, à la date de sa décision, tous les instruments de ratification n'avaient pas été déposés par les Etats signataires, et que le traité de l'Union européenne n'était pas entré en vigueur »¹. *A contrario*, une fois le traité de Maastricht en vigueur, ce contrôle serait admis. Les modalités prévues par le traité de Maastricht font donc partie des normes de référence. Pour autant, « formellement, les dispositions en cause n'ont pas été constitutionnalisées dans la mesure où elles peuvent être modifiées selon la procédure habituelle de conclusion des engagements internationaux »². Dans une perspective dualiste, les Etats sont internationalement libres de modifier les conventions qu'ils ont conclues. Dans l'ordre interne, la promesse du constituant de se conformer à la convention, qui garde son identité juridique, devrait toujours tenir malgré ces modifications conventionnelles. Pourtant, l'applicabilité de l'article 88-2 apparaît dépendre de la validité internationale du traité. La référence constitutionnelle au traité emportait l'obligation de s'assurer que la loi relative au statut de la Banque de France respectait les modalités prévues par le traité. Or ce dernier n'était pas entré en vigueur au moment de la saisine. La loi déferée, privée de son fondement constitutionnel sera donc déclarée inconstitutionnelle.

¹ D. ALLAND, « Le droit international « sous » la constitution de la Ve République », *RDJ* 1998, p.1656.

² M. de VILLIERS et Th. S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, p. 670.

Le droit international constitutionnel

L'article 88-3 constitutionnalise le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales des citoyens européens dans les limites prévues par le traité et selon les modalités prévues par le traité dont la directive n° 94/80/CE du 19 décembre 1994. Saisi de la conformité du traité à la constitution nouvellement révisée, le Conseil constitutionnel précise, dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, que la loi organique annoncée par l'article 88-3 de la constitution « devra respecter les prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par l'article 8 B §1 » du traité de Maastricht (cons. 28). Ainsi, « c'est le bloc de constitutionnalité lui-même (constitué de l'ensemble des normes par rapport auquel est effectué la contrôle de constitutionnalité des lois) qui se trouve désormais enrichi au moins de l'article 8 B, paragraphe 1^{er}, du traité de Maastricht et de l'ensemble des prescriptions édictées à l'échelon de la Communauté européenne pour la mise en œuvre du droit reconnu par cet article »¹. Dans la décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, le Conseil constitutionnel, examinant la constitutionnalité de la loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3, dit qu'« il résulte de la volonté même du constituant qu'il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que la loi organique prévue par l'article 88-3 de la constitution respecte tant le § 1^{er} de l'article B du traité instituant la Communauté européenne [...] que la directive susmentionnée du 19 décembre 1994 » (cons. 4). La norme internationale « s'interpose » donc entre la norme déferée et la norme constitutionnelle de contrôle. La conventionnalité devient une condition indispensable de la constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel conclura que « l'ensemble du texte [...] n'est contraire à aucun principe ni aucune norme constitutionnelle, non plus qu'à aucune des normes communautaires de référence applicables en l'espèce ». Il est à remarquer que le Conseil constitutionnel, en affirmant que les députés européens représentaient l'ensemble des citoyens de l'Union, considère le Parlement européen comme une véritable assemblée supra-nationale ayant vocation à représenter non plus les peuples considérés isolément mais la communauté des citoyens de l'Union².

¹ E. PICARD, « Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ? », *RFDA* 1993, p. 48.

² N° 2003-468 DC du 3 avril 2003.

Jean-Charles Jobart

La citoyenneté européenne « atteste d'une certaine manière de l'existence d'une forme de « cité européenne »¹ ».

Enfin, l'article 88-4 fait obligation au gouvernement de transmettre aux assemblées toutes les propositions d'actes communautaires avec pouvoir de voter des résolutions².

La loi constitutionnelle du 25 juin 1992 redessine donc de façon moins contraignante les contours de la souveraineté mais de façon très juste. Elle comporte une acceptation des « transferts de compétences » nécessaires à l'application future du traité mais analyse la participation de la France et de ses partenaires aux organismes en cause comme un « exercice en commun de certaines de leurs compétences », ce qui interdit tout passage à un Etat fédéral. Le pouvoir constituant a fait un choix « minimum » consistant à donner son autorisation aux dispositions jugées non conformes du traité, laissant ainsi présager une nouvelle révision constitutionnelle à l'occasion de chaque future avancée de la construction communautaire.

b – La loi constitutionnelle du 25 novembre 1993

La convention du 19 juin 1990 d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 avait été déclarée conforme à la constitution par la décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991. En application de cette convention, la loi relative à la maîtrise de l'immigration prévoit différents cas de compétence préfectorale exclusive pour refuser l'admission au séjour d'un étranger si elle relève, suivant la convention, de la compétence d'un autre Etat. De plus, quand l'admission au séjour a été refusée, le demandeur ne peut saisir l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. De telles dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans la décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. La décision surprend : une loi conforme à un traité conforme à la constitution était inconstitutionnelle, signifiant par là que la conformité à un traité et la conformité à la constitution étaient de natures différentes.

L'obstacle fut surmonté par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993¹ qui ajoute un article art. 53-1 à la constitution. Son

¹ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. Droit fondamental, 2004, p. 770.

² H. ROUSSILLON (dir.), *L'article 88-4 de la constitution française : le rôle du Parlement dans l'élaboration de la norme européenne*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1995.

Le droit international constitutionnel

premier alinéa permet à la France de conclure avec des pays européens des engagements en matière de droit d'asile et de protection des droits de l'homme afin, en particulier, de déterminer les compétences en matière d'examen de demande d'asile. Cet alinéa permet donc d'appliquer les accords de Schengen et de Dublin dans les mêmes conditions que les autres Etats signataires et ouvre la voie à d'autres accords.

Mais cette liberté octroyée par le premier alinéa trouve une limite dans le second alinéa qui réserve le cas de tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté. Bien que non compétent en vertu d'une convention, l'Etat français peut tout de même examiner sa demande d'asile. Mais là où le préambule de 1946 donnait un droit à l'individu et donc une obligation à l'Etat d'examiner sa demande, ce nouveau texte n'en fait plus qu'une faculté pour l'Etat et supprime donc le droit de l'individu à l'examen de sa demande d'asile. Ce second alinéa constitutionnalise donc la réserve de souveraineté faite par le Conseil constitutionnel en matière de droit d'asile, conformément aux accords de Schengen.

c – La loi constitutionnelle du 20 juillet 1998

Cette loi constitutionnelle eut pour objet d'ajouter un nouveau titre XIII à la constitution afin de la rendre compatible avec les accords de Nouméa du 5 mai 1998 qui, rappelons-le, constituent une convention internationale². Il s'agissait là de la concrétisation des promesses des accords de Matignon de 1988. Les accords de Nouméa visaient en effet à déroger à certaines règles ou principes à valeur constitutionnelle :

- une rupture est établie, en matière de droits civils et politiques, entre nationalité et citoyenneté puisque sont privés du droit de suffrage les citoyens établis en Nouvelle-Calédonie après 1988 ;

¹ Fr. LUCHAIRE, « Le droit d'asile et la révision de la constitution », *RDJ* 1994-1 p. 5.

² Il s'agit d'une convention internationale d'une part par son objet : la mise en œuvre du principe international du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dont la mise en œuvre nécessite la consultation du peuple concerné (CIJ, avis du 16 octobre 1975, *Sahara occidental*, *Rec.* 1975, p. 6). D'autre part par les parties présentes : l'Etat français et les représentants d'un peuple, un mouvement de libération nationale, bénéficiant d'une personnalité juridique internationale temporaire en attendant la succession de l'Etat nouveau. Pour autant, une convention fiscale entre la France et la Nouvelle-Calédonie reste un acte de droit interne (n° 83-160 DC du 19 juillet 1983).

- en matière de droit du travail dans le secteur privé, de droit d'exercice d'une profession libérale ou d'accès à la fonction publique locale, des dispositions favorisent les citoyens de Nouvelle-Calédonie. Le Conseil constitutionnel a admis ces dispositions de la loi organique n° 99-909 du 19 mars 1999 à la condition que ces discriminations soient « strictement nécessaires » et reposent sur des critères « objectifs et rationnels » (n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons 17) ;

- les actes adoptés par le Congrès de Nouvelle-Calédonie ont valeur législative dans des domaines aussi importants que le droit de propriété, la capacité des personnes, le droit du travail ; ils sont dénommés « lois de pays » et soumis au contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel (n° 2000-1 LP du 27 janvier 2000).

En application des accords, l'article 76 de la constitution apporte une dérogation substantielle au principe d'universalité du suffrage. L'article 77 confère une valeur constitutionnelle aux accords de Nouméa. « La rédaction est en effet sans ambiguïté puisque la loi organique doit respecter les orientations de cet accord et assurer sa mise en œuvre. Ce renvoi dispense ainsi la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 de reprendre intégralement les stipulations de l'accord de Nouméa, et lui permet de se limiter à une simple validation constitutionnelle »¹. Le contrôle de constitutionnalité de la loi organique relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie s'exerce donc « non seulement au regard de la constitution, mais également au regard des orientations définies par l'accord de Nouméa » (n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons 3). Les accords de Nouméa se voient ainsi promus au rang de texte de valeur constitutionnelle. La constitutionnalisation s'est même appliquée aux textes auxquels renvoyait l'accord puisque le Conseil d'Etat, par la décision *Sarran* du 30 octobre 1998², a reconnu le caractère constitutionnel de l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988 d'où l'impossibilité pour le juge ordinaire d'en contrôler la conventionnalité.

d – La loi constitutionnelle du 25 janvier 1999

La révision constitutionnelle provoquée par la ratification du traité de Maastricht s'était voulue la plus stricte possible, limitée aux seules dispositions entrant en contradiction avec la constitution. Du coup, il fallut recommencer ce travail pour pouvoir ratifier le traité

¹ M. de VILLIERS et Th. S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec, 2001, p. 658.

² D. ALLAND, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international », *RFDA* 1998, p. 1101.

Le droit international constitutionnel

d'Amsterdam du 2 octobre 1997. Celui-ci visait en effet à communautariser progressivement une large partie du troisième pilier (coopération en matière de justice et d'affaires intérieures) avec, en particulier, le passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité en matière d'asile, d'immigration et de franchissement des frontières ou de circulation des personnes.

Dans sa décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, le Conseil constitutionnel ne put que reconnaître l'inconstitutionnalité de l'article 73 O de ce traité, concernant les mesures relatives à l'asile, à l'immigration et au franchissement des frontières intérieures et extérieures des Etats. D'où l'intervention du constituant par la loi du 25 janvier 1999.

Il s'agit à nouveau d'une intervention minimaliste de la part du pouvoir constituant. Le second alinéa de l'article 88-2 vise expressément le traité du 2 octobre 1997 selon les modalités duquel la France peut transférer les compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes. S'il y a bien référence au traité, la politique communautaire de libre circulation des personnes n'est constitutionnellement qu'une faculté et non une obligation pour l'Etat. Peut-on alors parler de constitutionnalisation du droit de libre circulation des personnes entre pays de l'Union ?

Enfin, la révision élargit le champ de l'article 88-4 en étendant l'obligation du gouvernement de communiquer les projets d'actes communautaires au Parlement.

d – La loi constitutionnelle du 8 juillet 1999

Le Conseil constitutionnel ayant constaté le 22 janvier 1999 l'inconstitutionnalité du traité de Rome du 17 juillet 1998 portant statut de la Cour pénale internationale, la ratification du traité nécessita une révision constitutionnelle effectuée par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999. Celle-ci s'est bornée sobrement à introduire une habilitation particulière plutôt que de faire toute une série de modifications d'articles pour obtenir le même résultat. Ainsi, un nouvel article 53-2 autorise la France à « reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998. ». Il ne s'agit là encore que d'une faculté pour l'Etat. Mais si la France a ratifié le traité, pourrait-elle s'en désengager sans violer la constitution ? Théoriquement oui, mais on a vu que les normes coutumières essentielles contenues dans le traité du 17 juillet 1998 ont déjà reçu valeur constitutionnelle. On peut aussi

imaginer un « effet cliquet »¹ censurant une loi qui, revenant sur la ratification du traité, rendrait les droits « fondamentaux » protégés par le traité moins « effectifs ». Ce faisant, c'est le statut de Rome qui serait constitutionnalisé, c'est-à-dire l'existence et la compétence de la Cour, même à l'égard de dirigeants en exercice, pour les crimes internationaux les plus graves.

e – La loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003

La décision cadre du Conseil de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen crée une procédure entièrement judiciaire à intégrer à la législation interne avant le 1^{er} janvier 2004. Or un tel mandat contrevenait à certains principes du droit pénal français dont le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel on ne peut extraditer une personne dans un but politique. Le Congrès, réuni à Versailles le 17 mars 2003, examina deux projets de loi constitutionnelle : le premier relatif à l'organisation décentralisée de la République, le second au mandat d'arrêt européen. La loi constitutionnelle sur le mandat d'arrêt européen du 25 mars 2003 ajoute un troisième alinéa à l'article 88-2 : « La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du traité de l'Union européenne. » Le mandat d'arrêt européen obtient donc une affirmation constitutionnelle. Une compétence est attribuée au législateur pour prendre des mesures d'application du droit communautaire dérivé. Le respect du droit dérivé, contrôlé par le Conseil constitutionnel, devient une exigence constitutionnelle.

Il s'agit là encore d'une intervention minimale du constituant qui doit sans cesse se remettre à l'ouvrage à chaque nouvelle avancée de l'intégration européenne. Ainsi, le Conseil constitutionnel ayant déclaré inconstitutionnel sur plusieurs points le traité de Rome du 29 octobre 2004 établissant une constitution pour l'Europe (n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004), l'on peut s'attendre à une nouvelle révision de la constitution. Peut-être le constituant devrait-il songer un jour à des interventions moins ponctuelles et procéder par avance à une acceptation plus large de l'intégration européenne.

Arrivé au terme de ces trop longues observations, on pourrait être tenté de conclure comme Jules Renard : « A force de vous expliquer quelque chose, on n'y comprend plus rien. » Il est vrai que parfois,

¹ N° 83-165 DC du 20 janvier 1984 ; n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984.

Le droit international constitutionnel

L'on finit par obscurcir de ses éclaircissements un sujet dont on veut vaincre l'énigme. Mais il n'y a rien à éclairer ici, seulement à voir. La pyramide des normes n'a pas de secret à dévoiler, pas de mystère qui la rend insondable ; mais de multiples entrées pour l'explorer, plusieurs angles pour l'observer. Elle n'est pas un labyrinthe mais un trompe-l'œil : une pyramide double, deux pyramides liées comme les deux cônes d'un sablier joints par un lien étroit mais essentiel. Deux ordres, deux sphères unies en un mince col par où s'écoule le sable, doucement mais inexorablement.

Le rapport du droit international et du droit constitutionnel est le résultat de la construction de la société occidentale. « L'ordre n'est pas simplement géométrique. L'ordre s[e] souvient de l'histoire »¹. L'ordre international contraint l'ordre interne sur certaines valeurs historiques jugées essentielles : il ne faut pas s'étonner de ce rapport de normes car il ne s'agit pas d'une descendance directe mais issue du dualisme né des deux pyramides. « Dans l'ordre imaginaire, il devient normal que l'éléphant, l'animal immense, sorte d'une coquille de limaçon »². L'ordre juridique n'en est pas moins imaginaire et il y est tout à fait concevable de voir naître des normes constitutionnelles de normes internationales.

¹ G. BACHELARD, *Poétique de l'espace*, 1957, p. 83.

² *Idem*, p. 107.