

LA QUESTION DE LA SUPERIORITE DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL SUR LA CONSTITUTION

*Çeviren: Dr. Kemal GÖZLER**

Selon certains auteurs les normes de droit international sont supérieures aux normes de droit interne, y compris sur celles de la constitution. Ainsi les normes constitutionnelles adoptées par le pouvoir de révision constitutionnell¹ sont soumises au respect des normes de droit international. Par conséquent, les normes de droit international constient des limites à la révision constituionnelle.

Nous allons d'abord voir l'exposé, ensuite la critique de cette thèse.

EXPOSE

En faveur de cette thèse plusieurs arguments sont invoqués. Nous excluons par hypothèse même les arguments jusnaturalistes².

* Faculté de droit de l'Université d'Ankara

1. En effet, la supériorité des normes de droit international peut être invoquée non seulement à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle mais aussi à l'égard du pouvoir constituant originaire. Dans cette hypothèse, l'argument le plus habituel invoqué en faveur de cette thèse est le principe de la continuité de l'Etat. Selon ce principe, l'intervention du pouvoir constituant originaire n'a aucun effet sur la responsabilité internationale de l'Etat. En d'autres termes, "lorsqu'un Etat s'engage à l'égard d'un autre Etat... cet engagement continuera à le lier quelles qu'aient pu être les modifications institutionnelles qui l'ont affecté (changements de gouvernements ou révolutions par exemple)" (ODominique Carreau, Droit international, Paris, Pédone, 3e édition, 1991, p.356). C'est pourquoi un pouvoir constituant originaire qui a renversé un régime politique, ne peut pas refuser de se reconnaître lié par les engagements du régime renversé. Ainsi dans ce sens là, on peut affirmer que le pouvoir constituant originaire est lié par le droit international. Ici nous ne discutons que la supériorité des normes de droit international à l'égard du pouvoir de révision constitutionnelle. C'est pourquoi nous ne reprenons pas cet argument de la continuité de l'Etat.
2. Par exemple voir Serge Maé, "Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles?", Revue du droit public, 1993, p. 493.

Nous allons donc voir ici seulement les *arguments soutenus par les positivistes*.

Tout d'abord, en faveur de la supériorité du droit international on peut invoquer un argument tiré de la logique juridique même. Comme l'a remarqué Michel Virally, la supériorité du droit international

"est inhérente à la définition même de ce droit et s'en déduit immédiatement. Tout ordre juridique confère aux destinataires de ses normes des droits et pouvoirs juridiques...; il leur impose des obligations, qui les lient. Par là même, tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il n'est pas.. Le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux Etats, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence"³.

C'est Hans Kelsen qui a expliqué de la façon la plus claire la thèse de la supériorité des normes du droit international sur les normes constitutionnelles. Selon Kelsen, "is l'n part de l'idée de la supériorité du droit international aux différents ordres étatiques..., le traité international apparaît comme un ordre juridique supérieur aux Etats contractants"⁴.

"De ce point de vue, dit-il, le traité a vis-à-vis de la loi et même de la Constitution une prééminence, en ce qu'il peut déroger à une loi ordinaire ou constitutionnelle, alors que l'inverse est impossible. D'après les règles du droit international, un traité ne peut perdre sa force obligatoire qu'en vertu d'un autre traité ou de certains autres faits déterminés par lui, mais non pas par un acte unilatéral de l'une des parties contractantes, notamment par une loi. Si une loi, même une loi constitutionnelle, contredit un traité, elle est irrégulière, à savoir contraire au droit international. Elle va immédiatement contre le traité, médiatement contre le principe *pacta sunt servanda*"⁵.

Ainsi, "le droit international, si l'on en suppose la primauté, peut constituer un mètre de la régularité de toutes les normes étatiques, y compris la plus élevée d'entre elles, la Constitution"⁶.

Le professeur Dominique Carreau note que la supériorité du droit international sur le droit interne est un principe intégralement reconnu au niveau international⁷. Ainsi l'article 27 de la Conventi-

3. Michel Virally, "Sur un pont aux ânes: Les rapports entre droit international et droits internes", Mélanges offerts à Henri Rolin, Paris Editions A. Pédone, 1964, p.497.
4. Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution: la justice constitutionnelle", Revue du droit public, 1928, p.211.
5. Ibid., p.211-212. C'est nous qui soulignons.
6. Ibid., p.212. C'est nous qui soulignons.
7. Dominique Carreau, Droit international, Paris, Pédone, 3e édition, 1991, p.42. C'est nous qui soulignons.

on de Vienne sur le droit des Traités de 1969 dispose qu'"une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". Comme le souligne le professeur Carreau, "ce principe de supériorité signifie que le droit international... l'emporte sur l'ensemble du droit interne, qu'il s'agisse des normes *constitutionnelles*, législatives, réglementaires ou des décisions *judiciaris*"⁸.

Le principe de la supériorité des normes de droit international sur les lois constitutionnelles a été affirmé maintes fois *par la pratique arbitrale et judiciaire internationale*. En ce qui concerne la pratique arbitrale on peut citer *l'affaire du "Montijo"* (1875). dans cette affaire la Colombie, en prétendant que les dispositions de sa Constitution l'empêchaient de respecter les termes d'un traité régulièrement conclu avec les Etats-Unis, a affirmé la supériorité de sa Constitution sur le droit international. la sentence arbitrale a condamné une telle conception et affirmé clairement qu'"un traité est supérieur à la Constitution"⁹. D'autre part, *l'affaire Georges Pinson* (1928) qui a opposé la France au Mexique a soulevé le problème du rapport entre un traité international et la Constitution mexicaine. L'arbitre a fait triompher le traité franco-mexicain sur la Constitution de ce dernier pays. Il a affirmé qu'"il est incontestable et incontesté que le droit international est supérieur au droit interne... Les dispositions nationales ne sont pas sans valeur pour les tribunaux internationaux, mais ils ne sont pas liés par elles"¹⁰.

En ce qui concerne la pratique judiciaire on peut citer l'affaire relative au *"traitement des nationaux polonais à Dantzig"*. Dans cette affaire, la ville libre de Dantzig prétendait appliquer aux résidents polonais ses propres règles constitutionnelles au détriment du régime conventionnel auquel ils avaient droit. Dans son avis consultatif, la Cour permanente de justice internationale a refusé ce point de vue et affirmé le principe de la supériorité du droit international sur le droit constitutionnel local. selon la Cour, "un Etat saurait invoquer vis-à-vis d'un autre Etat sa propre constitution

8. Ibid.

9. Ibid., p.43.

10. Tribunal arbitral mixte France-Mexique, Arbitre Verzijl, R.S.A., V., p.327, cité par Carreau, op. cit., p.43. On peut citer aussi l'affaire de l'"Alabama" (1872) comme exemple du principe de la supériorité du droit international sur les lois constitutionnelles. voir Carreau, op. cit., p.43.

pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur"¹¹.

Le principe de la primauté du *droit communautaire* sur les lois constitutionnelles nationales a été affirmé également par la Cour de justice des communautés européennes. D'abord, dans l'affaire *Costa c. E.N.E.L.*, la Cour de Luxembourg a posé le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit des pays membres. La Cour a calmement affirmé que "le droit né du Traité ne pourrait... e voir judiciairement opposer à *un texte interne quel qu'il soit*, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même..."¹². Cela signifie que la primauté s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles, et même celles de niveau constitutionnel¹³. La cour dans un premier temps a affirmé que des dispositions constitutionnelles internes ne sauraient être utilisées pour mettre en échec le droit communautaire et qu'une telle action serait "contraire à l'ordre public communautaire"¹⁴. Plus tard dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, la Cour a précisé que "*les principes d'une structure constitutionnelle*, ne (sauraient) affecter la validité d'un acte de la Communauté"¹⁵.

Dans le système de la *Convention européenne des droits de l'homme* aussi, on considère que "la Convention a la primauté sur tous les actes internes quelle que soit leur nature ou l'organe qui les a adoptés"¹⁶. Ainsi le doyen Louis Favoreu pense que "même les normes constitutionnelles doivent s'incliner devant les normes... européennes"¹⁷. De même Feyyaz Gölcüklü, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, estime que "le constituant ou le

11. Avis du 4 février 1932, Série A/Bn 44, p.24 citée par Carreau, op. cit., p.44.

12. C.J.C.E., l'affaire 6-64 du 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, Rec., 1964, p.1160. C'est nous qui soulignons.

13. Guy Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Masson, 4e édition, 1994, p.179. Voir également Carreau, op. cit., p.44; Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 6e édition, 1994, p.145; Jean Boulouis, *Droit institutionnel des communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 4e édition, 1993, p.249, 250.

14. C.J.C.E., l'affaire 9-65 du 22 juin 1965, *San Michele*, rec., 1965, p.37, cité par Isaac, op. cit., p.179.

15. C.J.C.E., l'affaire 11-70 du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec., p.1125. C'est nous qui soulignons.

16. Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-marseille, 1989, p.246.

17. Louis Favoreu, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoirs*, 1993, p.76.

législateur national ne doit pas adopter des actes législatifs contenant des normes contraires à celles de la Convention¹⁸. On envisage même que "les hypothèses où les prescriptions constitutionnelles seraient en contradiction avec la Convention"¹⁹. Dans ces cas, la jurisprudence européenne est susceptible "d'entraîner des modifications du droit interne, fut-il constitutionnel"²⁰. L'affaire *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande* illustre le conflit entre la Convention et une conjonction de la Cour suprême irlandaise, basée sur l'article 40, § 3, al3 de la Constitution irlandaise reconnaissant le droit à la vie de l'enfant à naître. Dans cette affaire la Cour de Strasbourg a estimé disproportionné l'arrêt de la Cour suprême irlandaise interdisant en Irlande la libre communication et la libre réception d'information sur les cliniques pratiquant l'I.V.G. au Royaume-Uni²¹. Le doyen Lois Favoreu affirme que, dans cette affaire, "la Cour européenne des droits de l'homme a indirectement mais certainement mis en échec les dispositions de la Constitution irlandaise relatives à la prohibition de l'avortement, en s'appuyant sur la Convention européenne des droits de l'homme"²². Ainsi le doyen Favoreu estime de manière générale que "toute loi constitutionnelle qui, par exemple, établirait des discriminations à raison de la race ou de la religion provoquerait de la part de la Cour de Strasbourg... une déclaration de nonconformité à la Convention européenne des droits de l'homme"²³.

Enfin, il faut noter qu'en dehors de quelques cas exceptionnels²⁴, tous les Etats reconnaissent formellement la supériorité du droit international et son caractère obligatoire²⁵.

18. Feyyaz Gölcüklü, "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", Rapport présenté à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.299.
19. Gérard Cohen-Jonathan, Jean-François Flauss et Frédéric Sudre, "Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme", *revue française de droit constitutionnel*, 1993, p.198.
20. Ibid.
21. C.E.D.H., arrêt du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Women c. Irlande*, Voir Frédéric Sudre, "L'interdiction de l'avortement: le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, p.216-220.
22. Favoreu, op. cit., p.77.
23. Ibid.
24. Dans l'histoire il n'est arrivé que très exceptionnellement que certains Etats nient l'existence du droit international: tel était le cas de l'U.R.S.S. dans les premières années qui suivent la révolution de 1917, ou de l'Italie fasciste et de l'Allemagne nazie (Carreau, op. cit., p.55).
25. Carreau, op. cit., p.55

En résumé, le principe de la supériorité du droit international sur le droit interne signifie que le droit international l'emporte non seulement sur les lois ordinaires mais encore sur les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir de révision constitutionnelle²⁶ sont soumises au respect des normes de droit international.

CRITIQUE

On peut observer qu'il y a principalement deux types d'arguments invoqués en faveur de cette thèse. Les *arguments théoriques* consistent à déduire la supériorité des normes de droit international sur les normes constitutionnelles à partir du principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Quant aux *arguments pratiques*, ils tendent à montrer que ce principe est confirmé par le juge et l'arbitre international.

A notre avis, ces arguments sont réfutables. commençons d'abord par la réfutation des arguments théoriques.

La réfutation des arguments théoriques

Il faut d'abord avouer que, au niveau théorique, cette thèse a une cohérence interne. Elle est conséquente avec ses principes de départ. La supériorité des normes de droit international sur celle de la constitution n'est qu'un corollaire de principe de la supériorité du droit international sur le droit interne. si l'on accepte ce principe, il faudrait aussi logiquement accepter la supériorité du droit international sur les lois constitutionnelles. Car, les lois constitutionnelles font partie du droit interne, même si elles se trouvent à son sommet.

Cependant on peut préciser que le problème de la supériorité du droit international sur le droit interne ne se pose même pas si l'on admet la *doctrine dualiste*²⁷. Car, dans cette conception par hypothèse même, le droit interne et le droit international constituent deux systèmes *égaux, indépendants et séparés*²⁸.

Ainsi ce problème de la supériorité ne se pose que si l'on admet la *doctrine moniste*. Cependant les partisans du monisme di-

26. Même par le pouvoir constituant originaire, puisqu'il y a le principe de la continuité de l'Etat.

27. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 4e édition, 1992, p.92.

28. Cette doctrine a été défendue surtout par Triepel et Anzilotti. Voir Charles Rousseau, *Droit international public*, Paris, sirey, 1970, t.I, p.39.

vergent sur le rapport entre le droit international et le droit interne. Une partie de la doctrine moniste accepte la *primauté du droit interne*²⁹, l'autre partie celle du *droit international*³⁰.

Alors quelle doctrine, de la supériorité du droit international ou de la supériorité du droit interne, est fondée - Nous ne pouvons pas entrer dans ce débat qui dépasse largement le cadre limité de ce travail. Notons seulement que Hans Kelsen, étant lui-même un tenant de la supériorité du droit international, accepte clairement l'égalité de valeur de ces deux doctrines. Selon lui, "la thèse de la primauté de l'ordre étatique est parfaitement légitime"³¹. Kelsen pense que "l'une et l'autre théorie n'étant jamais... que des hypothèses, ce n'est pas sur le même terrain de la science juridique elle-même que le choix peut se décider"³².

Alors en ce qui concerne la réfutation des arguments *théoriques* invoqués en faveur de la thèse de la supériorité du droit international sur la constitution, on peut dire que cette thèse n'est fondée que si l'on raisonne dans la conception moniste avec la primauté du droit international. Par conséquent si l'on prend comme point de départ un autre postulat, la thèse de la supériorité des normes du droit international sur celles de la constitution nationale s'effondre. Et du point de vue théorique, comme on vient de le montrer, il n'y a pas d'obligation de partir du postulat de la primauté du droit international. Toutes les autres théories ont la même valeur scientifique en tant qu'hypothèses. Ainsi sur le terrain de principe, on peut légitimement défendre la thèse de la supériorité des normes de la constitution nationale sur celles de droit international aussi bien que celle de la supériorité des normes de droit international sur la constitution.

La réfutation des arguments pratiques

Maintenant nous pouvons passer à la critique des arguments pratiques. Il est vrai que la pratique internationale arbitrale et judiciaire affirme la supériorité des normes de droit international sur

29. Par exemple Zorn, Kaufmann, Wenzel et la conception soviétique avant la perestroïka. Voir Charles Rousseau, op. cit., p. 42-43.

30. Par exemple Kunz, Kelsen, Verdross, Scelle. Voir Charles Rousseau, op. cit., p. 43.

31. Hans Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1926, IV, p. 313.

32. Ibid. En ce sens encore voir encore Hans Kelsen, *théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 443-449.

toutes les normes du droit interne, y compris sur celles de la constitution. Cependant comme le remarque à juste titre Dominique Carreau, ce principe de supériorité du droit international doit être apprécié de façon exacte quant à ses implications. Le juge ou l'arbitre international affirme la supériorité du droit international, cependant, "ce faisant, il n'annule pas la norme interne contraire au droit international... mais il la déclare 'enopposable' au niveau international"³³.

Ainsi si le juge international constate une contrariété entre la norme interne et la norma internationale, il n'annule pas la première, il déclare la norme interne inopposable sur le plan international. La sanction est la responsabilité de l'Etat qui a édicté une telle norme³⁴.

Ce sont les principes classiques qui ont été confirmés par la pratique arbitrale et judiciaire générale, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ces principes classiques ont été confirmés d'abord par la pratique arbitrale et judiciaire générale. Par exemple, dans *l'affaire Georges Pinson* précitée, le *Tribunal arbitral* a constaté la contrariété des lois mexicaines au droit international, cependant le tribunal ne les a pas annulés. Il leur a dénié "seulement toute valeur au niveau international"³⁵. De même dans *l'affaire de la Haute-Silésie polonaise*, la *Cour permanente de justice internationale* a reconnu qu'il y avait une opposition entre la loi polonaise et la Convention germano-polonaise de Genève. Cependant la Cour n'a pas annulé la loi polonaise, mais l'a seulement déclarée "inopposable" à l'Allemagne. Ainsi la Pologne a vu sa responsabilité engagée³⁶.

Ces principes classiques sont réaffirmés également par la *Cour de justice des Communautés européennes*³⁷. Car, comme on le sait, "la Cour ne peut, comme dans un système fédéral..., annuler ou abroger les lois nationales ou les actes administratifs condamnés"³⁸. Ainsi dans *l'affaire Humblet*, la Cour a estimé qu'elle n'avait pas de

33. Carreau, op. cit., p.46-47.

34. Ibid., p.47

35. Ibid.

36. Ibid., p.48

37. Ibid.

38. Isaac, op. cit., p.288.

"compétence pour annuler des actes législatifs ou administratifs d'un des Etats membres" en cas de contrariété avec le droit communautaire³⁹. Dans l'affaire *Enka*, la Cour a réaffirmé qu'elle "n'est pas compétente ni pour interpréter les dispositions du droit international, ni pour se prononcer sur leur éventuelle compatibilité avec le droit communautaire"⁴⁰.

Les mêmes principes valent aussi dans le système de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Selon l'article 50 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme "déclare" la compatibilité ou l'incompatibilité des mesures nationales avec la Convention et s'il y a lieu, elle peut accordér "à la partie lésée une satisfaction équitable"⁴¹. En d'autres termes les arrêts de la Cour ont un caractère *déclaratoire*⁴². La Cour ne peut annuler la norme interne contraire à la Convention⁴³. Selon l'article 53 de la Convention, il appartient à l'Etat condamné de modifier la norme déclarée incompatible avec la convention⁴⁴. Dans son arrêt *Marckx*, la Cour a affirmé que sa décision "ne saurait pas annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses: *déclaratoire pour l'essentiel*, elle laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53"⁴⁵. Ainsi selon Feyyaz Gölcüklü, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, les arrêts de la Cour "sont dépourvus de sanctions; mais l'inobservation des décisions susdites

39. C.J.C.E., l'affaire 6-60 du 16 décembre 1960, Humblet, Rec., 1960, p.1145, cité par Carreau, op. cit., p.48. Pour l'autorité et l'exécution des arrêts de la Cour voir Isaac, op. cit., p.288-190.

40. C.J.C.E., l'affaire 38-77 du 23 novembre 1977, *Enka*, Rec., 1977, p.2213, cité par Carreau, op. cit., p.48.

41. Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1989, p.285; Yves Madiot, *Les droits de l'homme*, Paris, masson, 1991, p.200.

42. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p.204; Madiot, op. cit., p.200.

43. sudre, op. cit., p.285.

44. Madiot, op. cit., p.200; Sudre, op. cit., p.235. En effet selon l'art. 54, le Comité des ministres surveille l'exécution de l'arrêt. Cette surveillance se déroule en deux temps. "En premier lieu, le Comité des ministres 'invite' l'Etat à l'informer des mesures prises à la suite de l'arrêt... En second lieu, le Comité... constate purement et simplement, sans apprécier si les mesures prises par l'Etat remédient effectivement la violation, qu'il a rempli les fonctions que lui confère l'article 54" (Sudre, op. cit., p.241).

45. C.E.D.H. Arrêt du 13 juin 1979, *Marckx*, Cour plénière, série A n 31, p.25, par. 58. De même la Cour se déclare incompétente pour annuler la décision incriminée. voir Arrêt du 24 février 1983, *Dudgeon*, Série A, vol. 59, par. 15; C.E.D.H., Arrêt du 25 avril 1983, *Pakelli*, Chambre, série A n 64, voir Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, sirey 3e édition, 1991, p.170.

contient tous les éléments en ce qui concerne la responsabilité des Etats sur le plan du droit international⁴⁶.

Comme on le voit dans ces affaires, la validité interne d'une norme juridique nationale ne coïncide pas toujours avec sa validité internationale. C'est pourquoi il convient de distinguer entre la *validité interne* et la *validité internationale* d'une norme juridique⁴⁷. Comme on l'a vu dans les affaires citées, lorsque les juges et les arbitres ont observé qu'une norme nationale est contraire au droit international, ils déclarent la norme "inopposable" au niveau international. Cette norme garde ainsi sa pleine validité interne tout en étant frappée d'invalidité internationale⁴⁸.

La sanction normale d'une contradiction de la norme interne au droit international est l'inopposabilité de cette norme au niveau international, et s'il y a lieu, l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat, mais, l'Etat qui est l'auteur de la norme inopposable, "n'a pas nécessairement l'obligation de l'abroger ou de la modifier pour la rendre conforme à un droit international, si sa responsabilité internationale devait être engagée, le paiement d'une indemnité suffira dans la plupart des cas à constituer une réparation adéquate. Dans une telle hypothèse, la norme nationale continuera à exister sur le plan interne tout en restant inopposable au niveau international⁴⁹.

46. Gölcüklü, op. cit., p.301. Comme on l'a déjà noté, Feyyaz Gölcüklü estime que "le constituant ou le législateur national ne doit pas adopter des actes législatifs contenant des normes contraires à celles de la Convention", mais il ajoute qu'"il n'existe aucune sanction préventive pour une telle pratique. C'est une obligation morale pour les Etats contractants. Tout dépend de la soumission des Etats, de bonne foi et de leur propre gré, à l'effet direct des articles de la Convention ou de la jurisprudence des organes de Strasbourg" (Ibid., p.209).

47. Carreau, op. cit., p.47.

48. Ibid., p.50. Kelsen, étant un tenant de la supériorité du droit international, remarque la même chose: "le droit international lui-même ne prononce pas la nullité des actes étatiques qui lui sont contraires et n'a pas encore élaboré une procédure par laquelle ces actes irréguliers pourraient être annulés par un tribunal international. Ils restent donc valables s'ils ne sont pas annulés au cours d'une procédure étatique" (Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", op. cit., p.212).

49. Carreau, op. cit., p.51. Il faut cependant préciser qu'il existe "des cas où la modification de la norme interne au droit international s'impose de façon à assurer la supériorité du droit international et parce qu'il s'agit là du seul mode de réparation acceptable" (Carreau, op. cit., p.51). Par exemple dans l'affaire des ressortissants au Maroc (1952) "le seul moyen pour la France de se conformer à l'arrêt de la Cour internationale de justice fut de modifier en conséquence" la réglementation des changes en question (Carreau, op. cit., p.51-53). Enfin de tels cas sont très fréquents en droit communautaire. Comme on le sait, si la Cour de justice des Communautés européennes déclare qu'une norme nationale est incompatible avec le droit communautaire, l'Etat concerné devra prendre dans son ordre juridique interne toutes les mesures qui s'imposent pour mettre fin à ce conflit, y compris la modification ou l'abrogation de sa norme en question (Ibid., p.52). Mais même dans ces exceptions, soulignons encore une fois que le juge international ne procède pas lui-même à l'invalidation de la norme interne. C'est pourquoi ces cas mettent pas en cause notre argumentation.

C'est pourquoi, il nous paraît impossible de partager l'affirmation du doyen lois Favoreu selon laquelle "on peut envisager la question, sous l'angle du contrôle par un *juge international ou supranational*, de la conformité des normes constitutionnelles aux normes internationales ou supranationales"⁵⁰. A notre avis, dire que "les dispositions constitutionnelles nationales ne sont pas à l'abri d'un contrôle supranational de supraconstitutionnalité"⁵¹, cela revient à nier la distinction entre la validité internationale et la validité interne d'une norme nationale.

Enfin, il est vrai qu'en dehors de quelques cas exceptionnels, comme on l'a dit plus haut, tous les Etats reconnaissent formellement la supériorité du droit international et son caractère obligatoire. Mais puisque ce principe est reconnu par les Etats, on peut normalement attendre que les Etats placent le droit international au sommet de la hiérarchie des normes juridiques⁵², c'est-à-dire au rang supraconstitutionnel. or, comme le constate le professeur Dominique Carreau, "une telle solution, la seule logique, est loin d'être généralisée"⁵³. En effet, au plan technique, les constitutions déterminent la valeur juridique des traités internationaux par rapport aux textes internes. A notre connaissance, il n'y a aucune constitution qui accepte la valeur supraconstitutionnelle des traités⁵⁴. En général les constitutions attribuent aux traités la valeur d'une loi simple, ou une valeur supérieure à celle de la loi, mais inférieure à la constitution, comme l'article 55 de la Constitution française⁵⁵.

En conclusion, il est varié que la pratique arbitrale et judiciaire confirme le principe de la supériorité des normes de droit international sur celles de la constitution nationale. Cependant, même selon cette pratique, la sanction de ce principe est l'inopposabilité

50. Favoreu, op. cit. p.76

51. Ibid., p.77.

52. Carreau, op. cit., p.51.

53. Ibid.

54. Il faut signaler que l'article 63 de la constitution du Royaume des Pays-Bas dans son texte de 1972, demeurant provisoirement en vigueur, à côté du texte du 17 janvier 1983, stipule que "lorsque l'évolution de l'ordre juridique international l'exige, il pourra être dérogé dans une convention aux dispositions de la Constitution" Pour le texte voir Henri Oberdorff (éd), Les Constitutions de l'Europe des Douze, Paris, La Documentation française, 1992, p.284.

55. Pour les différentes solutions de la valeur des normes de droit international sur les normes de droit interne voir les rapports nationaux présentés à la VIII^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in Annuaire international de justice constitutionnelle, Vol. VI, 1990, p.15-215. Ainsi pour l'Allemagne voir Herzog, op. cit., p.21-22; pour l'Autriche, Siegbert Morscher, "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction

de la norme interne au niveau international, et non pas l'invalidité interne de cette norme. En d'autres termes, le principe de supériorité n'affecte pas la validité interne des normes nationales contraires au droit international. ces normes sont inopposables au niveau international, mais elles continuent à exister. cela montre que la validité interne et la validité internationale ne coïncident pas.

Si l'on définit la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes, il y aurait une non-concordance entre la validité internationale et la validité interne; par conséquent on ne peut pas logiquement établir de hiérarchie entre les normes de droit international et celle de droit interne. En d'autres termes, si une norme constitutionnelle est contraire à une norme de droit international, cette norme reste valable, même si elle n'est pas valable au niveau international. Ainsi, de ce point de vue, les normes de droit international ne constituent pas des limites à la révision constitutionnelle, parce qu'elles n'affectent pas la validité interne de la norme en question.

Toutefois on peut affirmer que les normes de droit international seront des limites à la révision constitutionnelle seulement le jour où la constitution nationale attribuera une valeur supraconstitutionnelle aux normes de droit international, et où la cour constitutionnelle du pays se déclarera compétente pour se prononcer sur la conformité des lois constitutionnelles aux normes de droit international. Cependant comme nous l'avons vu plus haut, les constitutions n'attribuent pas aux normes de droit international une valeur supraconstitutionnelle, et d'autre part, d'après notre connaissance, il n'y a aucune cour constitutionnelle qui se considère comme compétente pour contrôler la conformité des lois constitutionnelles

dans la protection des droits fondamentaux", Rapport autrichien présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), (Traduit par Ulrike Steinhilber), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. VI, 1990, p.54-57; pour la Belgique, La Cour d'Arbitrage, "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", Rapport belge présenté par la Cour d'Arbitrage à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.88 et Jacques Velu, "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", Rapport présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, les 7-10 mai 1990), in *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, p.236; pour l'Espagne, Rodriguez-Pinero y Bravo Ferrer et Leguina Villa, op. cit., p.116-118; pour l'Italie, Luciani, op. cit., p.166-168; pour le Portugal Cardoso da Costa, op. cit., p.190-192; pour la France Robert Badinter et Bruno Genevois, "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", rapport français présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes, (Ankara, 7-10 mai 1990), in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, p.148-152.

aux normes du droit international. Mais même si un jour une constitution attribue une valeur supraconstitutionnelle aux normes du droit international et si la cour constitutionnelle du pays se déclare compétente pour se prononcer sur la conformité des lois constitutionnelles aux normes de droit international, il s'agira ici d'une limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par le droit public de l'Etat, non par le droit international proprement dit.

Autrement dit tant que le juge international n'annule pas lui-même les normes internes contraires au droit international, toute sorte de limitation du pouvoir de révision constitutionnelle sera d'ordre interne. Ainsi, en dernière hypothèse, le jour où le juge international se déclarera compétent non seulement pour constater la contrariété d'une norme interne à une norme internationale, mais aussi pour annuler la norme interne, les normes de droit international constitueront les limites à la révision constitutionnelle. Mais ce jour là, on entrera dans une étape *fédérale* de l'organisation internationale. Et dans cette étape, c'est la question de la limitation *interne* du pouvoir de révision constitutionnelle qui se posera, et non pas celle de la limitation *internationale* de ce pouvoir.

Les critiques adressés à l'existence même du droit international

Avant de fermer ce débat sur la supériorité du droit international, on ne saurait oublier de signaler que l'existence même d'un véritable droit international est contesté par de nombreux auteurs⁵⁶. Nous ne voulons pas ici entrer dans ce débat qui dépasse largement le cadre de ce travail. Cependant il convient de préciser que même les auteurs qui acceptent l'existence d'un droit international ne nient pas le caractère "primitif" de ce droit.

Par exemple, selon Hans Kelsen, le droit international est un véritable droit, puisqu'il établit des actes de contraintes à titre de sanction⁵⁷. La sanction du droit international est la guerre⁵⁸, qui est

56. Par exemple, Hobbes, Spinoza, Lasson, Lundstedt, Aron, Morgenthau, Gumpowicz, Austin, Binder, Soml, etc. Voir Dinh, Daillier et Pellet, *op. cit.*, p.78-80; Jean Touscoz, *Droit international*, Paris, P.U.F., Thémis, 1993, p.53-55.

57. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p.420-421.

58. *Ibid.*, p.421. Egalement voir Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *op. cit.*, p.317: "Il faut en principe interpréter la guerre, cette *ultima ratio* du droit international, de la même façon que la peine ou l'exécution en droit, comme la réaction du droit, comme la sanction que le droit international attache aux actes qu'il se propose de proscrire. Si l'on recherche une interprétation juridique de la guerre, il ne faut pas, contrairement à ce qu'on fait parfois, la considérer comme en procédé extra-juridique, mais un acte juridique".

un acte juridique, d'après Kelsen. Car, elle est soit un acte illicite, soit une réponse à cet acte illicite, c'est-à-dire une sanction. Ainsi si la guerre n'a pas le caractère de sanction, elle serait elle-même un délit, si elle a ce caractère, elle sera la guerre juste (*bellum justum*)⁵⁹. Par conséquent, dans la conception kelsénienne, le droit international est fondé sur la théorie de la guerre juste⁶⁰. Cependant selon Kelsen, il est vrai que le droit international est un vrai droit, mais il "souffre incontestablement d'une imperfection technique"⁶¹. Le droit international "présente une certaine analogie avec le droit des sociétés primitives"⁶². Car, le droit international "n'institue pas d'organe spécialisé pour la création et l'application de ses normes. Il se trouve encore en état de décentralisation extrêmement poussé"⁶³. Dans la société primitive, il n'y a pas de juges, c'est encore la personne lésée qui est autorisée par le droit à exécuter elle-même la peine contre le délinquant⁶⁴. De même dans l'ordre international, c'est "l'état lésé dans son droit, lui-même, qui est habilité à réagir contre le violateur du droit par un acte de contrainte institué par le droit international général par les représailles ou par la guerre"⁶⁵. Cependant selon Kelsen, cette "décentralisation extrêmement poussée" ne met pas en cause l'existence d'un véritable droit international. Car, entre le droit international et le droit étatique, "il n'existe qu'une différence de degré, et non pas de nature"⁶⁶.

Les difficultés de la théorie kelsénienne du droit international ont été mises en évidence récemment par Otto Pfersmann. Il constate que, d'une part, pour que l'ordre du droit international soit un "ordre juridique", conformément à la conception kelsénienne, il faut que cet ordre soit *sanctionné et grosso modo efficace*⁶⁷, et

59. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.422.

60. Voir Ibid., p.223.

61. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", op. cit., p.318.

62. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.424.

63. Ibid.

64. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", op. cit., p.318.

65. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p.424.

66. Kelsen, "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", op. cit., p.318.

67. Otto Pfersmann, "De la justice constitutionnelle à la justice internationaleX: Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale", *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, n 16, p.781.

d'autre part, dans cette théorie, les sanctions (représailles et guerre) s'exercent contre ceux qui transgressent les normes du droit international sous la réserve d'un système largement décentralisé⁶⁸. Mais, d'après Otto Pfersmann cette réserve va au-delà d'un ajustement des paramètres internes, elle modifie "les données même du système. Il s'agit en effet de savoir si, dans le cas de la décentralisation extrême telle qu'elle est décrite ici, il est encore plausible de parler de système normatif"⁶⁹. Car, dans la conception de Kelsen, la guerre est soit un acte illicite soit ne application de la sanction, et cependant dans un tel système décentralisé, comment on ve déterminer s'il s'agit d'un délit ou d'une sanction⁷⁰ - Et, selon Otto Pfersmann, dans le cas de guerre, il n'est pas possible de dire qu'il y a transgression ou l'application de la sanction⁷¹. Car, c'est "l'Etat lésé lui-même qui est habilité à réagir contre l'Etat qui a violé le droit"⁷². En d'autres termes, il n'y a pas de différence entre les destinataires et les producteurs du droit international. Or, "il faut qu'un écart soit possible et il faut que la plupart des destinataires se conforment dans un nombre significatif de cas aux producteurs sinon il ne sera pas possible de parler de droit, ni même de droit international"⁷³. Ainsi, Otto Pfersmann conclut qu'"ici, il ne s'agit plus d'un simple degré de décentralisation, mais bien d'un seuil conceptuel entre un ordre juridique (au sens même de Kelsen) et quelque chose qui ne l'est pas"⁷⁴.

Bref, on peut mettre en cause non seulement la supériorité du droit international, mais encore l'existence même de ce droit.

* * *

En conclusion, *premièrement* la question de la supériorité de droit international sur le droit interne ne se pose même pas si l'on admet la conception dualiste. Et même si l'on raisonne dans la conception moniste, la thèse de la supériorité des normes du droit international sur celles de la constitution nationale n'est pas fondée si l'on prend comme point de départ l'hypothèse de la primauté du

68. Ibid.
 69. Ibid.
 70. Ibid., p. 784, 787.
 71. Ibid., p. 787.
 72. Ibid., p. 788.
 73. Ibid., p. 789.
 74. Ibid., p. 787.

droit interne. Et du point de vue théorique, comme on l'a montré, on n'est pas obligé de partir du postulat de la primauté du droit international. *Deuxièmement*, il y a une non-concordance entre la validité internationale et la validité interne d'une norme nationale. Une norme nationale continue à exister, même si elle est non opposable au niveau international. Parce que le juge international n'annule pas la norme interne contraire au droit international, il la déclare seulement inopposable sur le plan international. Nous avons défini la hiérarchie des normes par la relation de la validité entre ces normes. Puisque la validité internationale et la validité interne ne coïncident pas, on ne peut pas par définition établir de hiérarchie entre les normes de droit international et celles de droit interne. *Enfin*, on peut mettre en cause non seulement la supériorité du droit international, mais encore l'existence même de ce droit. Parce que l'ordre de droit international est tellement décentralisé qu'on ne peut pas savoir si la guerre constitue un acte illicite ou une application de la sanction.