
Peut-on envisager la translation du concept de constitution hors du cadre étatique ?

Paul N'Gouah-Beaud



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/plc/292>

DOI : 10.4000/plc.292

ISSN : 2117-5209

Éditeur

L'Harmattan

Édition imprimée

Date de publication : 1 janvier 2002

Pagination : 87-135

ISSN : 1279-8657

Référence électronique

Paul N'Gouah-Beaud, « Peut-on envisager la translation du concept de constitution hors du cadre étatique ? », *Pouvoirs dans la Caraïbe* [En ligne], 13 | 2002, mis en ligne le 03 mars 2011, consulté le 14 novembre 2019. URL : <http://journals.openedition.org/plc/292> ; DOI : 10.4000/plc.292

© Pouvoirs dans la Caraïbe

Peut-on envisager la translation du concept de constitution hors du cadre étatique ?

Par Paul N'GOUAH-BEAUD
ATER à l'Université des Antilles et de
la Guyane
IESG

INTRODUCTION

La notion de constitution est l'une des notions juridiques les plus inextricables et est susceptible de définitions divergentes. C'est une notion *a priori* simple « mais dont chacun propose sa propre définition, témoignant ainsi de sa fausse évidence et de sa propre complexité¹ ».

Théoriquement, il existe autant de définitions possibles qu'il y a d'Etats au monde. Chaque Etat dispose en effet d'une constitution au sens large, c'est-à-dire d'un ensemble de règles, même les plus rudimentaires qui soient, qui l'organise. Il faut même considérer que tout Etat a obligatoirement une constitution car l'absence de celle-ci signifierait l'anarchie². Il en résulte une multitude et par conséquent une variété extraordinaire de constitutions étatiques³. Dans la majeure

¹ Rousseau (D.), « Constitution », *Dictionnaire constitutionnel*, O. Duhamel et Y. Meny (éd.), PUF, 1992, p. 208.

² Jellinek (G.), *Allgemeine Staatslehre*, 3^{ème} éd., Berlin, 1914, p. 505.

³ Le répertoire des *Constitutions of the countries of the world*, Albert P. Blaustein et Gisbert H. Flanz (éd.), New York, Oceana Publications Inc., 1994, constitue à cet égard un outil précieux. Publié à partir de 1971 avec

partie des Etats existant à l'heure actuelle, la doctrine a pu développer sa propre définition de la notion de constitution. Une telle définition est le produit de l'histoire constitutionnelle, de la culture juridique nationale et du droit constitutionnel en vigueur⁴. La notion de constitution est, de plus, tributaire du langage juridique et tout simplement de la langue nationale, de sa richesse terminologique et de sa logique interne.

Ainsi, dans la mesure où l'on souhaite démontrer qu'on peut légitimement parler de constitution ou de droit constitutionnel dans le cadre international, la question de la pertinence d'une translation du concept de constitution se pose automatiquement. Elle se pose même à double titre. Il ne s'agit pas seulement de justifier la terminologie retenue mais aussi de montrer que la chose existe réellement. On est alors conduit à transférer un concept du droit interne dans le domaine du droit international, ce qui n'est pas en soi une opération exceptionnelle⁵. Elle entraîne cependant le plus souvent un changement dans la signification du concept. Lorsqu'on transfère un concept fondamental du droit interne dans le droit international, il faut de ce fait se garantir de quelques précautions.

Une controverse existe cependant de savoir si la notion de constitution peut être employée en dehors de l'Etat. Elle oppose les auteurs appartenant à la doctrine de droit public classique, qui réservent la notion de constitution exclusivement à la constitution de l'Etat, à d'autres, moins nombreux, qui considèrent comme Walter Hallstein que « chaque groupement humain [...] a une

des mises à jour régulières, il regroupe toutes les constitutions d'Etats souverains actuellement en vigueur.

⁴ Troper (M.), « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, n° 6-1992, pp. 1181-1182 ; Aubert (J.-F.), « La Constitution, son contenu, son usage », *Recueil des travaux présentés au 125^{ème} Congrès des juristes suisses*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 17.

⁵ Voir à cet égard Guggenheim (P.), « Landesrechtliche Begriffe in Völkerrecht, vor allem in Bereich der internationalen Organisation », in *Rechtsfragen des Internationalen Organisationen Festschrift für Hans Wehberg*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1956, p. 156.

constitution. Elle ordonne les membres par rapport à l'ensemble, elle fixe les objectifs communs, elle organise le groupement⁶ ».

L'emploi de la notion en dehors du domaine étatique et notamment à l'égard d'organisations internationales, voire même au sujet de la Communauté internationale dans son ensemble est toutefois devenu courant. Les auteurs qui prennent ainsi quelques libertés avec la notion de constitution ne manquent cependant pas, en règle générale, de préciser le sens exact qu'ils entendent donner à cette notion en dehors de l'Etat. En dépit des précautions prises, cet état de choses comporte toutefois un certain nombre d'inconvénients.

Il en résulte notamment un certain flottement de ladite notion par rapport au contexte dans lequel elle est employée car la « constitution » de la Communauté internationale des Etats, la « Charte constitutionnelle » de la Communauté européenne et la Constitution française de 1958 présentent néanmoins des caractères sensiblement différents. Est-il légitime de les regrouper dans une même catégorie juridique ? On peut regretter, en outre, que l'utilisation de la notion de constitution appliquée à des entités non étatiques entraîne de fait chez la plupart des juristes un rapprochement automatique avec l'Etat et donc une certaine confusion sur la nature juridique de l'entité en question.

Réservant à cette expression sa toute puissance juridique, force est de savoir comment détacher la notion de constitution de sa sujétion par rapport à la notion d'Etat (I), et une fois redéfinie en tant que norme fondamentale de tout ordre juridique, comment la constitution peut alors se rencontrer dans l'ordre juridique international (II).

⁶ Hallstein (W.), *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ. Verlag, Düsseldorf, 1979, p. 64.

I. – LA CONSTITUTION EST-ELLE INHERENTE A L'ETAT ?

La notion de constitution se rapporte à l'Etat. Elle a pris sa signification actuelle dans le cadre de l'Etat alors que ses origines remontent à un passé lointain⁷. Faut-il alors réserver l'emploi de la notion de constitution aux seuls Etats ? La constitution est-elle un phénomène uniquement réservé au droit interne, à l'ordre juridique étatique ? On ne le pense pas. Au contraire, tout ordre juridique digne de ce nom – c'est-à-dire tout « ensemble coordonné de normes, dotées de force obligatoire à l'égard de sujets déterminés, et dont la méconnaissance entraîne certaines conséquences définies⁸ » – comporte nécessairement des normes d'organisation et de compétence qui règlent l'édition des autres normes. Celles-ci forment la constitution de l'ordre juridique et du corps social qui leur donne naissance.

Puisque « constitution » est encore synonyme de « constitution d'Etat », on conclut de l'utilisation du terme « constitution » à l'existence de l'Etat et inversement. La constitution est étatique et l'Etat est constitutionnel. Pour remédier à cet état de chose, il faut séparer clairement la notion de constitution et celle de l'Etat pour redonner ensuite à la première sa signification propre.

Un certain nombre d'arguments peuvent entrer en ligne de compte pour justifier un élargissement de la notion de constitution. D'abord, l'Etat contemporain ne peut plus prétendre être la seule forme

⁷ « L'âme de la cité n'est rien d'autre que la constitution, qui a le même pouvoir que dans le corps, la pensée : c'est elle qui délibère sur tout, qui conserve les succès et cherche à éviter les malheurs ; c'est elle qui doit servir de modèle aux lois, aux orateurs et aux simples particuliers, et nécessairement on obtient des résultats conformes à la constitution qu'on a ». Isocrate, *Discours*, tome III, Aréopagitique 14, trad. Française par Georges Mathieu, Société d'éd. Les Belles Lettres, Paris 1960, p. 60 ; voir aussi Crosa (E.), « L'idée de la constitution dans l'Antiquité classique », *Rev. internat. d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, p. 189.

⁸ Dupuy (P.-M.), *Droit international public*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1995, p. 10.

légitime d'organisation sociale. Il apparaît au contraire « comme la véritable corporation intermédiaire, relativisée de toutes parts, puisqu'il est enserré par des structures qui lui sont inférieures [...], enfin, par des structures qui lui sont superposées⁹ ». Si l'on continue cependant de réserver l'emploi de la notion constitution aux Etats, c'est par attachement à une vision introvertie et « stato-centriste » du droit. Non sans raison, car à partir du moment où le lien prétendument indissociable entre la notion d'Etat et celle de constitution est mise en doute, il en résulte une incertitude terminologique. Dès lors « tout ce qui est possible peut avoir une « constitution ». Il n'en résulte aucune notion spécifique¹⁰ ». Il faut alors rechercher un nouveau critère distinctif et le concept d'ordre juridique semble à cet égard prédestiné, car tout ordre juridique connaît nécessairement une norme ou un ensemble de normes fondamentales qui le régissent. Celles-ci forment sa constitution. La constitution est même en quelque sorte un « système juridique *in nuce* puisqu'elle est le fondement sur lequel s'érigera graduellement l'ordre juridique¹¹ » (B). A l'heure actuelle, la notion de constitution demeure toutefois très liée à celle de l'Etat et il convient de l'aborder avant tout sous cet angle (A).

A. – Par principe, le concept de constitution se rattache uniquement à l'Etat

Il est rare de rencontrer dans les manuels de droit public interne des considérations sur la constitution sans qu'il soit question de la loi fondamentale de l'Etat. Certes, cet état des choses ne surprend personne ; il fait montre néanmoins du fait que la pensée

⁹ Pescatore (P.), « La constitution, son contenu, son utilité », *Revue de Droit suisse*, 1992, p. 42.

¹⁰ Schmitt (C.), *Verfassungslehre*, 8^{ème} éd., Duncker & Humblot, Berlin 1993, p. 3.

¹¹ Monaco (R.), « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *La Communauté internationale*, Mélanges Charles Rousseau, Pédone, Paris 1974, p. 162.

constitutionnelle demeure selon les termes de Pierre Pescatore « doublement introvertie ; fermée premièrement sur le phénomène « Etat » ; fermée deuxièmement sur le droit positif d'un Etat déterminé¹² ». Dans la mesure où l'on veut ci-après justifier une extension de la notion de constitution, il convient d'abord de soumettre cette vision « introvertie » à une analyse critique. Une observation du constitutionnaliste suisse Jean-François Aubert servira de point de départ au raisonnement. Après avoir écarté la définition de la constitution comme ayant « pour objet de régler l'organisation d'un corps politique » au motif que celle-ci ne correspond plus aux temps modernes, cet éminent auteur poursuit : « Nous dirons donc que la constitution a pour objet primordial de régler l'organisation d'un Etat. Si la constitution se rapporte nécessairement à l'Etat, s'il n'y a pas, au sens où nous prenons ce terme, de constitution sans Etat, on peut aussi dire, à l'inverse, qu'il n'y a pas, en tant normal, d'un Etat sans constitution, parce qu'il n'y a pas d'Etat sans organisation, faute de quoi le corps politique ne serait qu'une collection d'individus plongée dans l'anarchie et impropre à former un Etat¹³ ».

Aussi, tout est dit dans la formule très dense : pas d'Etat sans constitution et pas de constitution sans Etat. Cette doctrine, représentative de la doctrine de droit public interne, est basée sur deux affirmations qu'il convient d'examiner tour à tour. A la réflexion, la première partie de l'affirmation – il n'y aurait pas d'Etat sans constitution – n'apporte rien à la définition de la constitution et très peu à celle de l'Etat. En affirmant que tout Etat a nécessairement une constitution car un Etat sans constitution représenterait l'anarchie¹⁴, on se réfère au concept empirique de la constitution c'est-à-dire à celui qui avait cours avant l'avènement de la nation moderne : Aristote parlait déjà de la constitution d'une cité. Par là on ne démontre rien d'autre que le fait que l'Etat a besoin pour exister d'un minimum d'organisation. Cette signification nous amènerait à considérer la

¹² Pescatore (P.), *op. cit.*, p. 43.

¹³ Aubert (J.-F.), *op. cit.*, p. 28.

¹⁴ Voir cette affirmation chez Jellinek (G.), *op. cit.*, p. 505.

constitution comme consubstantielle de l'Etat. Mais en disant que tout Etat a une constitution, on n'a pas dit grand-chose.

Il faut aussi écarter un malentendu qui tient à la confusion entre un Etat ayant une constitution et un Etat constitutionnel, c'est-à-dire un Etat constitué conformément aux exigences du constitutionnalisme. Il peut y avoir des Etats sans « véritable » constitution. L'exemple de la Grande-Bretagne prouve aussi qu'un Etat peut très bien s'accommoder de l'absence d'une constitution au sens formel. L'expérience historique montre enfin qu'au cours de périodes révolutionnaires et transitoires il est souvent difficile de savoir quelle est la constitution en vigueur dans un Etat. Tous ces éléments plaident en faveur de l'abandon du point de vue initial. En effet, ou l'affirmation selon laquelle tout Etat a une constitution est une tautologie, ou « l'Etat est supérieur à la constitution, c'est lui qui la crée, il la précède et il arrive qu'il lui survive¹⁵ ».

Au reste, il semble résulter de la définition de constitution telle qu'on l'a exposée précédemment qu'elle a davantage le pouvoir pour objet que l'Etat. Dire que la constitution crée l'Etat puisque, mis à part le cas spécifique des Etats fédéraux, l'Etat est un fait né d'un processus historique et non une créature de droit. L'existence d'une constitution n'est pas non plus un élément de définition de l'Etat puisque ce dernier « est communément défini comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé ; [...] il se caractérise par la souveraineté¹⁶ ». Sauf à conclure de l'existence d'un pouvoir politique organisé à celle d'une constitution au sens empirique, il est donc abusif de postuler qu'il n'y a pas d'Etat sans constitution.

Qu'en est-il maintenant de la deuxième partie de l'affirmation : il ne peut y avoir de constitution sans Etat ? Assertion autrement plus importante car elle a pour objet de réduire considérablement la notion

¹⁵ Ainsi que le reconnaît Aubert (J.-F.), *op. cit.*, p. 30.

¹⁶ D'après le premier avis de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie du 29 novembre 1991, voir *RGDIP*, 1992, p. 264.

de constitution. D'ailleurs, Paul Kirchhof, juge à la Cour constitutionnelle allemande, a récemment défendu de la manière la plus catégorique cette position doctrinale. Plaidant pour une discipline rigoureuse en ce qui concerne les notions afin d'introduire davantage de clarté d'expression dans la discussion juridique, il avance que « nous entendons par constitution, l'ordre fondamental de l'Etat légitimé dans les démocraties par le peuple. Sans Etat, pas de constitution et sans peuple, pas d'Etat¹⁷ ».

Cette position, qui a certainement l'avantage de la rigueur, se justifie-t-elle encore de nos jours ? L'Etat n'est plus désormais la seule forme d'organisation sociale capable d'édicter des règles obligatoires pour les individus. Il a cessé, pour reprendre à nouveau les termes de Pierre Pescatore, d'être « le cadre existentiel unique du citoyen¹⁸ ». Un grand nombre de fonctions classiques ou nouvelles de l'Etat souverain ne peuvent en effet plus être exercées par un Etat agissant seul. De plus en plus les Etats doivent s'associer pour remplir les tâches qu'ils sont censés accomplir. Il en est ainsi par exemple dans le domaine de la sécurité (OTAN, ONU, OSCE) et dans celui du développement économique (OCDE, OMC).

Dès lors qu'on admet l'existence d'un pouvoir public autre que celui exercé par un Etat et étant donné qu'une des fonctions principales de la constitution est de constituer, de légitimer et de limiter le pouvoir afin de protéger la liberté individuelle, quelle utilité y a-t-il à rejeter *a priori* l'éventualité que le phénomène constitutionnel puisse se réaliser en dehors de l'Etat ? On n'en voit aucune, à part le maintien d'une signification de la notion de constitution à laquelle on est légitimement attaché. L'argument de la rigueur et de la précision conceptuelle ne constitue cependant pas un obstacle majeur. Il faut en tenir compte en recherchant à la notion de constitution un cadre de référence qui ne lui

¹⁷ Voir son article « Kompetenzaufteilung Zwischen den Mitgliedsstaaten der EU », in *Europäische Fespräche* 2/94, Die künftige Verfassungs ordnung der Europäischen Union, Vertretung der Europäischen kommission in Deutschland, Bonn 1994, pp. 57-67.

¹⁸ Pescatore (P.), *op. cit.*, p. 46.

ne fasse pas perdre toute signification précise. On s'y attachera dans la sous-partie suivante.

Auparavant, il convient de présenter les réflexions de certains auteurs, et non des moindres, qui admettent explicitement une extension plus ou moins importante de la notion de constitution. On pense en premier lieu à Jean-François Aubert qui consacre plusieurs pages d'une étude lumineuse sur la constitution à ce qu'il appelle « la constitution dans les systèmes politiques complexes ». Il regroupe dans cette catégorie les Etats-nations groupés, à savoir les communautés supranationales. Par le biais de cette habile classification, il prend en considération « trois niveaux où le phénomène constitutionnel peut se produire » sans pour autant dénier le rapport étroit entre Etat et constitution¹⁹.

D'autres ont soutenu que le phénomène constitutionnel serait immanent à toutes les collectivités permanentes composées de personnes morales ou physiques dont, parmi les auteurs éminents, Georges Scelle et, à sa suite, Marcel Prélot. Ce dernier a rigoureusement défendu la « multiplicité des droits constitutionnels ». Se situant dans une conception sociologique du droit, il écrit notamment que « chaque groupe, à partir du moment où il se différencie, possède une organisation déterminée, c'est-à-dire une certaine constitution » et il en conclut qu'il y a du droit constitutionnel « en deçà et au-delà de l'Etat ». Ainsi, il existe en deçà de l'Etat « une constitution de la famille » et un droit constitutionnel des sociétés commerciales tandis qu'au-delà de l'Etat, « l'Eglise catholique et d'autres sociétés religieuses possèdent un droit constitutionnel [...] la communauté universelle du droit des gens elle-même repose, ainsi que les collectivités internationales plus étroitement intégrées, sur un ensemble de règles constitutives essentielles²⁰ ».

¹⁹ Aubert (J.-F.), *op. cit.*, pp. 61-67.

²⁰ Prélot (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris 1972, p. 27.

Mis à part Georges Burdeau qui consacre dans son monumental *Traité de science politique* quelques lignes à « la multiplicité des aspects du phénomène constitutionnel²¹ », peu d'autres partagent la conception de Marcel Prélot. Lorsqu'on rencontre par exemple chez Georg Jellinek une phrase introductive indiquant que toute collectivité durable réclame une organisation qu'on peut appeler sa constitution, celle-ci est aussitôt relativisée par diverses considérations qui font comprendre que ces auteurs estiment que l'Etat dispose d'une constitution dans un sens plus spécifique²². Cela n'est pas surprenant de la part de juristes positivistes pour lesquels l'approche sociologique du droit ébranle trop fortement le lien sacré entre l'Etat et la constitution.

Il s'ensuit en effet des développements précédents, que la notion de constitution ainsi que la catégorie juridique qui s'y rattache perdent toute signification précise dès lors qu'elles embrassent des éléments aussi divers que la constitution d'un Etat, le statut d'une association, d'une société anonyme ou d'un groupement de personnes physiques ou morales quelconques, voire les règles fondamentales de la communauté universelle des Etats dans son ensemble. Mais si ce n'est pas de façon exclusive dans les Etats-nations, ni de façon générale dans toutes les collectivités humaines qu'on peut rencontrer les constitutions, quel est le trait commun des entités dotées d'une constitution ?

La théorie de l'institution telle qu'elle a été développée en France par le doyen Maurice Hauriou pourrait constituer une réponse à cette question en permettant une autre approche du phénomène constitutionnel. Définie comme « tout arrangement permanent par lequel, à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposant d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble

²¹ Burdeau (G.), *Traité de science politique*, tome IV, « Le statut du pouvoir dans l'Etat », 3^{ème} éd., Paris, LGDJ 1984, pp. 12 et s.

²² V. Pescatore (P.), *op. cit.*, p. 41, qui défend l'existence d'un « pluralisme constitutionnel ».

du groupe²³ », l'institution procède d'un acte de fondation qui peut prendre différentes formes et notamment celle du contrat. Maurice Hauriou observe à cet égard que « toutes les fois que d'un contrat, d'un pacte, d'un traité, résulte la création d'un corps constitué quelconque, il convient d'admettre qu'une opération de fondation s'est mêlée à l'opération contractuelle²⁴ ». L'acte de fondation, en créant un corps stable, le pourvoit en même temps d'une constitution.

Il s'ensuit logiquement que « toute institution a sa constitution et son droit constitutionnel ; il y a autant de constitutions et de droits constitutionnels que d'institutions » ainsi que le décrit Georges Renard²⁵.

Une autre solution pourrait consister à remplacer la notion d'Etat par celle de société politique. On pense au libellé de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution » ; et non tout Etat dans lequel...

Georges Scelle a développé dans plusieurs de ses écrits l'idée que la notion de constitution doit être rattachée à celle de société politique et pas exclusivement à celle, trop restrictive de l'Etat. « Pour nous » écrit-il, « il y a constitution et normes constitutionnelles toutes les fois qu'il y a élaboration de règles normatives destinées à traduire les nécessités essentielles des apports sociaux et à fournir, fût-ce de façon rudimentaire, les moyens de mise en œuvre de ces règles fondamentales. Nous atteignons ici le point essentiel qui marque le divorce entre la notion d'Etat et la notion de constitution. Pour la doctrine classique il n'y aurait constitution que là où il y a Etat. [...]

²³ Hauriou (M.), *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey 1916, pp. 41 et ss. ; voir du même auteur la *Théorie de l'institution et de la fondation*, Paris, Sirey 1925 ; *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey 1929.

²⁴ Hauriou (M.), *Théorie de l'institution et de la fondation*, op. cit., p. 36.

²⁵ Renard (G.), « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey 1933, p. 485.

Nous croyons, au contraire, que la notion de constitution est inséparable de la notion de Société politique²⁶ ».

Une troisième possibilité consisterait enfin à définir la constitution comme se rapportant au pouvoir, à son organisation et aux conditions de son exercice. Dans la mesure où la constitution ne peut cependant pas avoir la prétention de régir toute forme de pouvoir, mais seulement le pouvoir politique sous une forme institutionnalisée, on renvoie par la force des choses soit au concept de société soit à celui de l'institution. Et ces deux concepts peuvent connaître des interprétations tellement larges que leur utilisation ne procure guère d'avantages pour une définition non étatique de la notion de constitution. Dans une étude consacrée à la notion d'ordre juridique, Georges Scelle souligne d'ailleurs lui-même « l'imprécision du terme « société »²⁷ ».

Ainsi, on propose de rattacher la notion de constitution à celle de l'ordre juridique. Ce qui présente l'avantage de pouvoir se fonder sur un concept juridique bien établi et largement accepté à la fois en droit interne, en droit international public ainsi que dans le droit communautaire. On espère échapper, de la sorte, au dilemme de vouloir détacher la notion de constitution de celle de l'Etat sans lui faire perdre de sa précision.

B. – La constitution admise comme fondement de l'ordre juridique

La définition de la constitution comme l'élément fondamental de tout ordre juridique se justifie en quelque sorte d'elle-même. On a vu ci-dessus que la constitution se définissait dans le cadre de l'Etat comme la norme ou l'ensemble des normes placées au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique. Cette définition est la définition

²⁶ Voir notamment « Le droit constitutionnel international », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1977, p. 505.

²⁷ Scelle (G.), « La notion d'ordre public », *Revue de droit public*, 1944, p. 86.

juridique la plus rigoureuse. Elle présente en plus l'avantage de démystifier la notion de constitution en plaçant sa normativité au centre du concept. Reste à faire un pas supplémentaire en démontrant que la constitution n'est pas seulement la norme la plus élevée dans l'ordre juridique étatique mais qu'on peut identifier dans tout ordre juridique autonome une norme ou un ensemble de normes placées au sommet de la hiérarchie.

Afin de montrer que le phénomène constitutionnel est lié à celui de l'ordre juridique qui lui, dépasse le cadre étatique, on procèdera en trois étapes. On partira de l'idée kelsénienne que « Etat » et « ordre juridique » sont deux termes qui dénotent un seul et même concept. On montrera ensuite que le concept de l'ordre juridique implique celui de la constitution. On s'efforcera d'établir enfin qu'il y a une multiplicité d'ordres juridiques qui entraîne une multiplicité de phénomènes constitutionnels.

Dans sa Théorie pure du droit, Hans Kelsen plaide pour « une connaissance de l'Etat exempte de toute idéologie et qui écarte par conséquent toute métaphysique et toute mystique ». La seule façon d'y parvenir, selon lui, c'est de définir l'Etat comme un ordre de conduite humaine et de poser principe de l'identité de l'Etat de droit : « l'Etat est un ordre juridique²⁸ ».

En tenant cette prémisse pour correcte, les notions d'Etat et d'ordre juridique deviennent interchangeables et la constitution peut se définir par son appartenance à l'ordre juridique ; ce qui en élargit la portée car, toujours d'après Hans Kelsen : « Tout ordre juridique n'est pas un Etat²⁹ ».

Avant de poursuivre ce raisonnement, il faut préciser ce qu'on entend exactement par ordre juridique ou par système juridique, les

²⁸ Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, LGDJ 1962, p. 378 ; voir également Troper (M.), *Système juridique et Etat*, *Archives de philosophie du droit*, tome 31, « Le système juridique », Paris, Sirey 1986, p. 31.

²⁹ Kelsen (H.), *ibid.*

deux termes pouvant être considérés comme synonymes³⁰. On retient ici les définitions proposées par un spécialiste du droit qui paraissent les mieux qualifiées pour donner de l'ordre juridique une définition « neutre ». Pour François Rigaux, un ordre juridique est ainsi « un ensemble de normes et d'institutions gouvernant les relations internes d'une société humaine. Deux éléments sont essentiels dans cette définition : l'existence d'une société dont les membres sont à la fois les destinataires des normes et ceux qui ont contribué à leur formation, la mise en place d'un réseau d'institutions apte à faire régner l'ordre par le droit. Il s'agit d'un appareil au moins rudimentaire de contrainte sociale veillant à ce que les normes soient, grâce aux institutions appropriées, respectées par leurs destinataires³¹ ». Michael Hartney définit pour sa part le système juridique comme « l'ensemble des normes juridiques valides pour un certain territoire ou un certain groupe de personnes, et qui ne tire sa validité d'aucune norme juridique qui lui soit extérieure³² ».

Pour pouvoir parler d'ordre juridique, il ne suffit pas qu'il y ait un ensemble de normes coordonnées entre elles. L'ordre juridique suppose également l'existence d'une société, c'est-à-dire d'un groupement de personnes « dont les cellules individuelles, ou même collectives, se trouvent reliées par un ou plusieurs phénomènes de solidarité exclusifs³³ ». Chaque société engendre d'une façon

³⁰ Troper (M.), op. cit., p. 30.

³¹ Rigaux (F.), *Droit international privé*, tome 1, 2^{ème} éd., F. Larcier, Bruxelles 1987, p. 3 ; pour des définitions voisines, voir Dupuy (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris 1992, p. 10 ; Isaac (G.), *Droit communautaire général*, 2^{ème} éd., Masson, Paris 1989, p. 105 ; Rousseau (Ch.), *Droit international public*, tome 1, Sirey, Paris 1970, p. 24 et Cahier (Ph.), « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in René-Jean Dupuy (éd.), *Manuel sur les organisations internationales*, Nijhoff Dordrecht 1988, p. 237.

³² Hartney (M.), in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, Paris 1993, p. 595 ; voir en outre Dominicé (Ch.), « Observations sur la définition du droit des gens », in *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Bonn 1980, p. 74.

³³ Scelle (G.), *La notion d'ordre juridique*, op. cit., p. 87.

spontanée son ordre juridique : « *Ubi societas ibi jus* ». Il en est ainsi des sociétés organisées en Etats comme de la société internationale des Etats. Le droit ne surgit pas de l'abstrait ; il se forme dans un milieu social, dans une société. Plus qu'un pur ensemble de normes, il est « un élément essentiel de l'organisation sociale³⁴ ». En tant que tel il présuppose donc l'existence d'une collectivité de personnes. Cependant, une fois né, l'ordre juridique pourra conférer la qualité de sujets de droit à diverses personnes ou entités. Ainsi chaque ordre juridique s'applique à un cercle déterminé de sujets.

L'autonomie est le second critère de l'ordre juridique. Seul un ensemble de normes tirant toute leur origine du même système de référence forme véritablement un ordre propre. Dire qu'un ordre juridique est autonome signifie donc qu'il se donne à lui-même les normes qui le gouvernent et qu'il est seul juge de leur validité³⁵. Cela signifie en outre qu'un ordre juridique se caractérise par l'existence de ses propres modes de formation appelés communément les sources du droit. Restent donc *a priori* exclus de la catégorie des ordres juridiques les ensembles de normes qui, malgré le fait qu'elles s'appliquent à un groupement identifiable, ne trouvent pas leur source à l'intérieur du système auquel elles appartiennent. Etroitement liées à l'autonomie de l'ordre juridique, on trouve les questions de la validité et de l'unité de ce même ordre juridique, et sans vouloir approfondir ici ces questions inhérentes à la théorie du droit, on ne peut s'en désintéresser complètement. Ce qui fait précisément l'unité d'un système juridique³⁶ vu de l'intérieur est le fait que toutes les normes qui le composent tirent leur validité en dernière analyse d'un même point de référence. D'après la théorie de la construction du droit par degrés, l'ordre juridique constitue en effet un système pyramidal dans lequel une norme est valable parce qu'elle a été créée conformément à la façon prescrite par une norme supérieure qui constitue ainsi le fondement de

³⁴ Rousseau (Ch.), op. cit., p. 25.

³⁵ Rigaux (Fr.), op. cit., ibid.

³⁶ Luhmann (N.), « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986, p. 163.

validité de la première. En remontant ainsi d'étage en étage, on arrive forcément à une norme positive suprême dont la validité ne peut être déduite de cette sorte ; elle est la base du système juridique parce que toutes les autres normes se rattachent directement ou indirectement à elle³⁷.

La question de la validité de l'ordre juridique dans son ensemble, qui se confond avec celle de la validité de sa constitution, ne peut trouver sa réponse dans le droit positif. Ou on présuppose comme Hans Kelsen une norme fondamentale hypothétique, ou on considère que le fondement de l'ordre juridique lui-même ne peut reposer que sur une forme de consentement exprimé de façon active ou passive par les sujets de droit qui l'acceptent ainsi comme légitime³⁸.

Il faut se garder de confondre dans ce contexte d'un côté la constitution, entendue comme la norme juridique ou l'ensemble de normes juridiques positives du rang le plus élevé dans l'ordre juridique, et de l'autre côté la norme hypothétique qui est indispensable à la théorie du droit afin de fonder la validité de la constitution, et avec elle celle de l'ordre juridique tout entier³⁹.

Il est généralement admis qu'un ordre juridique se caractérise ainsi par le fait qu'il dispose d'organes et de procédures capables d'édicter les normes, de les interpréter et d'en sanctionner les éventuelles violations. Notamment le dernier élément, celui de la sanction est souvent mis en avant dans les définitions du droit. On remarquera à cet égard que la présence d'une forme de contrainte

³⁷ Voir l'étude de Vedel (G.) et Delvolvé (P.), « La constitution, base du système juridique », Journées de la société de législation comparée 1979, n° spécial de la *Revue internationale de droit comparé*, Librairies techniques, pp. 111 et ss.

³⁸ Tomuschat (Ch.), « Obligations arising for states without or against their will », *RCADI* 241, 1993, pp. 234-235 : « The foundations of a legal system cannot be sought elsewhere than in the approval of those living under the system ».

³⁹ Kovar (R.), « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, 1993, vol. IV, book 1, pp. 27-28.

sociale est certainement importante pour assurer aux normes juridiques leur efficacité. On ne croit pas cependant que la sanction soit indispensable en ce qui concerne l'existence de ces normes.

Ce qui est par contre moins certain est de savoir si les ordres juridiques comportent tous les mêmes types de normes et s'ils sont structurés de la même façon. L'école de Vienne de théorie du droit a développé à cet égard la célèbre théorie de la structure hiérarchique déjà décrite. D'autres ont établi une distinction entre deux types de normes qui coexisteraient dans tout ordre juridique : les unes, appelées normes primaires ou normes de conduite, et les autres, appelées normes secondaires ou règles de reconnaissance dans la terminologie de H.L.A. Hart⁴⁰ et normes de compétence ou d'organisation dans la terminologie de Walter Burckhardt⁴¹. On le voit, les deux conceptions conduisent à admettre dans l'ordre juridique des normes de nature constitutionnelle. Celles-ci sont nécessairement présentes dans tout ordre juridique. Elles portent en dernière analyse sur les sources du droit et permettent ainsi de dire si une règle substantielle – ou norme primaire – donnée est en vigueur dans tout système juridique.

Le concept d'ordre juridique étant défini, on peut passer à la troisième étape du raisonnement qui consiste à identifier les systèmes de règles qui entrent dans cette catégorie. L'observation de la réalité et l'étude des analyses doctrinales permettent de retenir de prime abord deux types d'ordres juridiques dont l'existence peut être considérée comme établie. Il s'agit d'un côté des ordres juridiques des Etats souverains et de l'autre de l'ordre juridique formé par les normes du droit international public. Tous les deux peuvent être qualifiés d'ordres juridiques « originaires » puisqu'ils tirent leur validité de leur seule existence et effectivité. Ils se différencient ainsi des ordres juridiques « dérivés » ou secondaires qui reposent « sur une ou plusieurs normes juridiques relevant d'un ordre originaire⁴² ».

⁴⁰ Hart (H.L.A.), *The concept of law*, Clarendon, Oxford 1961.

⁴¹ Burckhard (W.), *Methode und System des Rechts*, Zurich 1936.

⁴² Dominicé (Ch.), op. cit., p. 75.

Cette distinction théorique conduit cependant à se demander si le droit interne et le droit international laissent encore de la place pour d'autres ordres juridiques irréductibles à l'un d'entre eux. Il faut regretter ici qu'en dehors de nombreuses publications consacrées aux rapports bilatéraux entre le droit interne et le droit international ou communautaire, il y ait bien peu de travaux sur ce que François Rigaux dénomme « la pluralité des ordres juridiques⁴³ ». Cela tient sûrement à la difficulté de penser le droit dans des sphères différentes. Ainsi peut-on constater du point de vue de la philosophie du droit que la science du droit, de par son caractère purement immanent, enfermée et empêtrée dans un ordre juridique déterminé dont elle a pour tâche unique de découvrir le sens, ne peut mesurer la validité d'un ordre juridique que par rapport à sa propre prétention à validité, elle ne peut jamais décider de façon impartiale de la prétention à validité d'un de ces ordres juridiques à l'aune d'autres ordres.

Georges Scelle et Santi Romano font exception. Ils défendent l'un comme l'autre des conceptions très larges de l'ordre juridique et l'envisagent sous diverses approches. Le premier estime qu'il y a ordre juridique dès qu'on se trouve en présence d'un phénomène de solidarité et fait entrer dans cette catégorie aussi bien la famille, que l'association ou la commune⁴⁴. Santi Romano arrive à une conclusion approchante en retenant du concept de l'ordre juridique une définition équivalente à celle de l'institution qu'il découvre dans « tout être ou corps social⁴⁵ ». Par leur approche sociologique, ces deux juristes ont le grand mérite de briser le dogme du caractère exclusivement étatique du droit et de l'ordre juridique. Ils vont cependant tellement loin dans leur démonstration que la notion d'ordre juridique perd de sa précision.

⁴³ Rigaux (Fr.), op. cit., p. 3 ; la même expression est employée par Monaco (R.), *Cours général de droit constitutionnel public*, RCADI 1968, III, vol. 125, pp. 104 et ss.

⁴⁴ Scelle (G.), op. cit., p. 92.

⁴⁵ Romano (S.), *L'ordre juridique*, trad. Française de la 2^{ème} éd., de *l'Ordinamento giuridico* par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz 1975, § 12, p. 26.

Si l'on partage volontiers leur conclusion selon laquelle la définition du droit ne peut se restreindre au modèle de l'ordre juridique étatique, on considère que la définition énoncée au-dessus ne permet pas d'attribuer à tous les corps sociaux la qualité d'ordre juridique. Au sein des ordres juridiques étatiques notamment, il est difficile d'admettre l'existence d'ensemble de règles suffisamment autonomes pour prétendre être des ordres juridiques particuliers. Qu'il s'agisse de la famille, de l'association ou de la commune, pour ne reprendre que ces trois exemples de collectivités au sens large qui coexistent au sein d'un Etat, une grande partie des normes qui les régissent leur sont données par le législateur national. Manquant d'autonomie par rapport à l'ordre juridique auquel ils appartiennent et n'étant pas juges de la validité des normes auxquelles ils sont soumis, ces groupements ne constituent pas d'ordres juridiques au sens strict du terme.

Les Etats fédéraux constituent en ce sens la seule exception notable. Ils se caractérisent par leur superposition de deux ordres juridiques, celui de l'Etat fédéral et ceux des Etats fédérés. Bénéficiant d'une autonomie constitutionnelle, institutionnelle et législative plus ou moins étendue mais toujours réelle, les collectivités fédérées « tendent à constituer un ordre juridique partiel encore que subordonné. A côté de la grande pyramide de l'Etat fédéral [...] prend place une pyramide tronquée en son sommet – puisque ce sommet est la constitution fédérale – mais complète aux échelons inférieurs⁴⁶ ».

En ce qui concerne l'ordre juridique international, la doctrine semble plus encline à admettre l'existence en son sein d'ordres juridiques particuliers, à savoir le droit « interne » des diverses organisations internationales. Et ce en dépit du fait que ce droit interne reste dans la plupart des cas limité à des règles relatives au fonctionnement interne de l'organisation. Pour reprendre la distinction proposée par Christian Dominicé⁴⁷, il faut retenir également que les ordres juridiques des organisations internationales reposent sur un

⁴⁶ Rials (S.), *Destin du fédéralisme*, Institut La Boétie, LGDJ, Paris 1986, pp. 18-19.

⁴⁷ Dominicé (Ch.), op. cit., p. 74.

traité international, ce qui leur confère un caractère « dérivé » par rapport au droit international général. Peut-on les considérer cependant comme ordres juridiques propres, distincts de l'ordre juridique international ? On verra ce qu'il en est ultérieurement.

Cet inventaire des ordres juridiques « autonomes » ne serait pas complet si l'on omettait de mentionner l'ordre juridique communautaire. Celui-ci bien qu'il constitue par ses origines l'ordre juridique interne d'une organisation internationale, s'en est peu différencié pour acquérir au cours de l'avancée du processus d'intégration des caractéristiques qui le rapprochent aujourd'hui d'un ordre juridique étatique. La CJCE l'a affirmé clairement dès 1964 dans son célèbre arrêt *Costa c. Enel* : « Le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres⁴⁸ ». Et par la suite, elle n'a cessé d'affirmer l'autonomie de l'ordre juridique communautaire tant à l'égard du droit international qu'à l'égard des ordres juridiques des Etats membres. Ainsi, ne peut-on qu'adhérer au constat de Robert Kovar : « personne aujourd'hui ne songerait à contester que la Communauté européenne possède un ordre juridique propre, présentant une structure spécifique, autonome par rapport tant au droit international qu'aux droits nationaux des Etats qui en sont membres⁴⁹ ». Pour le distinguer des ordres juridiques des organisations internationales traditionnelles on utilisera faute de mieux, le terme d' « ordre juridique surpanational⁵⁰ ».

⁴⁸ CJCE, Aff. 6/64, *Costa c./Enel*, arrêt du 15 juillet 1964, Rec., p. 1158.

⁴⁹ Kovar (R.), « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Revue des cours de l'Académie de droit européen*, 1993, vol. IV, book 1, pp. 12-122 (21).

⁵⁰ En précisant que d'après la définition de Robert Schuman, « le supranational se situe à égale distance entre, d'une part, l'individualisme international qui considère comme intangible la souveraineté nationale et n'accepte comme limitation de la souveraineté que les obligations contractuelles, occasionnelles et révocables ; d'autre part, le fédéralisme d'Etats qui se subordonnent à un super-Etat doté d'une souveraineté territoriale propre ». Voir sa préface in Paul Reuter, *La Communauté du charbon et de l'acier*, LGDJ, Paris 1953, p. 7.

Il ressort de cette première analyse nécessairement superficielle que cinq entités sont susceptibles d'être pourvues d'ordres juridiques au sens strict défini précédemment, à savoir : les ordres juridiques étatiques (y compris ceux des Etats fédérés), celui de la société internationale, ceux des organisations internationales et celui des communautés européennes⁵¹. Partant, il faut démontrer que chacun des ordres juridiques bénéficie d'une autonomie réelle et qu'à chacun correspond une norme constitutionnelle qui le fonde. Cela étant facilement vérifiable en ce qui concerne les Etats dans un sens large, on s'emploiera dans la partie suivante à le vérifier pour l'ordre juridique international⁵². On verra ainsi s'il est possible d'identifier des règles constitutionnelles au sein de la société internationale.

⁵¹ On n'ignore pas l'existence d'ordres juridiques « transnationaux » tel que le droit canonique, le droit du commerce international, la *lex mercatoria* ou encore « l'ordre juridique sportif ». Ceux-ci se différencient cependant trop fortement des ordres juridiques « politiques » (relatifs à l'organisation et à l'exercice de pouvoir dans une société organisée) pour être pris en compte ici. Voir Rigaux (Fr.), op. cit., pp. 8 et ss. et Bakanga (M.H.), « Les normes de sanction dans l'ordre juridique sportif », Recueil Dalloz-Sirey, n° 11, 17 mars 1994, p. 86.

⁵² Dans notre étude, nous avons omis volontairement de traiter de la constitution européenne de façon formelle car il existe des projets et propositions pour une constitution de l'Union européenne dans le débat doctrinal actuel. En effet, nous assistons à l'émergence d'un droit constitutionnel de type « supranational » en Europe, c'est-à-dire d'un droit constitutionnel de l'Europe. Le résultat de ce processus ne se présente cependant pas encore sous la forme d'un document unique. Beaucoup d'auteurs préfèrent pour cette raison parler de constitution dans le sens matériel du mot. Deux sources différentes contribuent principalement à la formation du droit constitutionnel européen. Il s'agit d'une part du droit originaire de la Convention des Communautés européennes et de l'autre de la Convention européenne des droits de l'homme ; celles-ci se trouvent dans un rapport d'interaction entre elles ainsi qu'à l'égard des constitutions nationales. Nous lirons avec profit : Cartou (L.), « Le Marché commun et la technique du droit public », *RDP*, 1958, p. 186 ; Bernhardt (R.), « Les sources du droit communautaire : la « constitution » de la Communauté » in *Trente ans de*

II. – PEUT-ON PARLER D'UN DROIT CONSTITUTIONNEL INTERNATIONAL ?

La question de savoir s'il existe un droit constitutionnel international n'est pas dénuée d'une certaine ambiguïté dans la mesure où cette expression a fait l'objet d'interprétations divergentes. Elle a été utilisée soit pour désigner les règles constitutionnelles nationales relatives au droit international⁵³, soit pour nommer l'ensemble des règles constitutionnelles de la société inter-étatique⁵⁴. Elle sera employée ici dans ce deuxième sens, la question de l'existence de règles constitutionnelles internationales ne se limite cependant pas à l'ordre juridique international ; elle se présente aussi par rapport aux divers ordres juridiques « internes » des organisations internationales.

La notion de constitution de la Communauté universelle des Etats a été avancée par Alfred Verdross dès les années vingt. Elle n'a pas attiré à elle beaucoup de partisans. Bien plus fréquent est l'emploi de la notion de constitution pour souligner la spécificité des traités institutifs d'organisations internationales⁵⁵. Dans les deux cas, la notion de constitution a été transposée du droit public interne vers le

droit communautaire, OPOCE, 1982, p. 73 ; Jacqué (J.-P.), *Cours général de droit communautaire*, recueil des cours de l'Académie de droit européen, 1990, vol. I, book 1, Nijhoff, Dordrecht 1991, p. 239 ; « La constitution de la Communauté européenne » in Jean-François Flauss (dir.), *Vers un droit constitutionnel européen ? Quel droit constitutionnel européen ? Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993, 40^{ème} anniversaire de l'IHEE, Strasbourg, RUDH*, n° 11-12, 1995, pp. 397-423 ; Simon (D.), *Le système juridique communautaire*, « Première partie : le système constitutionnel communautaire » (pp. 33-181), PUF, 1997, 536 p.

⁵³ Mirkine-Guetzevitch (B.), *Le droit constitutionnel international*, Sirey 1933, 298 p.

⁵⁴ Notamment par Scelle (G.), « Droit constitutionnel international » in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris 1993, p. 503 ; Opsahl (T), « An international constitutional law ? », *International and comparative law quarterly*, 1961, pp. 760-784.

⁵⁵ Voir notamment parmi les travaux pionniers en ce domaine Jenks (W.), « Some constitutional problems of international organisations », *British yearbook of international law*, 1945, pp. 11-72.

droit international. Dans les deux cas, les auteurs admettent de fait l'existence d'un ordre juridique international ou d'ordres juridiques « internes » propres aux organisations internationales. L'idée que de la multiplicité des ordres juridiques résulte une pluralité des phénomènes constitutionnels semble donc être partagée par une partie de la doctrine. Le droit international connaît à l'heure actuelle une pluralité d'ordres juridiques. On y distingue entre autres un ordre universel de coordination entre Etats et un certain nombre d'ordres juridiques de subordination au sein des organisations internationales. Le premier porte sur les aspects relationnels de la société internationale, les derniers relèvent d'une logique institutionnelle.

En empruntant à René-Jean Dupuy la distinction entre la « société relationnelle » et la « société institutionnelle » considérées comme deux aspects complémentaires et enchevêtrés de la société internationale des Etats⁵⁶, on s'interrogera d'abord sur la place du droit constitutionnel dans la société internationale relationnelle (A) avant de voir la nature constitutionnelle des chartes constitutives des organisations internationales (B).

A. – Le droit « constitutionnel » dans la société internationale relationnelle

« Sur la vaste plaine interétatique nul pouvoir au-dessus des Etats », écrit René-Jean Dupuy en introduisant ses développements sur la société relationnelle. Cette formule imagée traduit en effet ce qu'il est facile de constater dans la réalité : la société internationale se présente à l'observateur sous la forme d'une juxtaposition d'Etats souverains. Et, en dehors du fait que les Etats ne sont plus les seuls acteurs sur la scène internationale, elle demeure foncièrement une société interétatique réticente à l'instauration de tout pouvoir centralisé.

⁵⁶ Dupuy (J.-R.), *Le droit international*, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? », n° 106, 7^{ème} éd. 1986, pp. 19 et ss.

La société universelle des Etats est pourtant régulièrement désignée sous le nom de Communauté internationale⁵⁷. Cela peut surprendre car cette expression évoque l'idée d'un lien communautaire entre les Etats, lien qui dépasserait en intensité la solidarité minimale nécessairement présente dans toute société. Divisée en plus de cent quatre-vingt-dix Etats la « Communauté internationale » relève pour le moment plus de la fiction que de la réalité juridique. On peut toutefois constater que les deux expressions sont désormais employées concurremment⁵⁸. La Communauté internationale est même devenue un terme à la mode, employé presque quotidiennement dans le langage journalistique et politique. De plus, elle se trouve consacrée dans une série de textes de portée juridique indéniable. L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui porte sur la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international, en est certainement l'illustration la plus connue. Cet article désigne en effet la norme impérative (*jus cogens*) comme « une norme acceptée et reconnue par la Communauté internationale des Etats dans son ensemble⁵⁹ ». La Communauté internationale ne dispose pas cependant à l'heure actuelle d'organes propres ni même de procédures qui lui permettraient d'agir. Il semble prématuré de lui reconnaître « une certaine personnalité juridique⁶⁰ ».

Une notion voisine, celle de l'humanité, bénéficie désormais aussi d'une reconnaissance juridique à travers la consécration d'un « patrimoine commun de l'humanité ». La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 dite Convention de Montego Bay dispose dans son article 136 que « la Zone et ses ressources sont le patrimoine commun de l'humanité ». Proposée par Arvid Pardo, représentant de Malte à l'Assemblée générale de l'ONU dès 1967, l'idée selon laquelle les richesses se trouvant dans la Zone

⁵⁷ Voir par exemple Reuter (P.), *Les institutions internationales*, 4^{ème} éd., PUF, Paris 1963, p. 65.

⁵⁸ Voir N' Guyen Quoc Dinh, Dailler (P.) et Pellet (A.), *Droit international public*, 5^{ème} éd., LGDJ, Paris 1994, p. 37.

⁵⁹ Pour d'autres exemples, voir Tomuschat (Ch.), *Obligations arising for states without or against their will*, RCADI, tome 241, 1993, p. 195 (211).

⁶⁰ N' Guyen Quoc Dinh, Dailler (P.), Pellet (A.), op. cit., p. 393.

des fonds des mers située en dehors des limites de la juridiction nationale doivent être exploitées dans l'intérêt de l'humanité tout entière, est désormais inscrite dans un texte conventionnel en vigueur⁶¹.

L'introduction de notions telles que celle de la Communauté internationale et celle de l'humanité traduisent certainement des aspirations de la société interétatique à plus de cohésion. Sans doute, la conviction de former une communauté de destin se renforcera-t-elle au fur et à mesure que les Etats prendront conscience de la nécessité de résoudre les problèmes globaux par une coopération renforcée entre eux. Pour l'instant, la société internationale reste néanmoins une société peu structurée et dominée par le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres. Il en résulte que comparé aux droits internes, l'ordre juridique international comporte de nombreuses particularités (1) et qu'il est difficile de distinguer en son sein l'existence de règles constitutionnelles tangibles (2).

1. Sur la spécificité de l'ordre juridique international

L'individualisme étatique confère à la société internationale, et de fait, à l'ordre juridique international, un caractère primitif. Il n'en demeure pas moins que le droit international forme un ordre juridique au sens défini antérieurement. Il existe en effet un ensemble de normes coordonnées entre elles qui gouvernent les relations de la société interétatique. Issues de sources spécifiques et autonomes, elles sont fondées de façon générale sur le consentement des Etats, ce qui leur donne une certaine unité, la conception du droit international comme un ordre juridique s'est imposée à la suite des travaux de Dionisio Anzilotti, Heinrich Triepel et Viktor Bruns⁶². Elle est aujourd'hui très largement acceptée par la doctrine.

⁶¹ La Convention de Montego Bay est entrée en vigueur le 16 novembre 1994. Voir le texte dans *Notes et Etudes documentaires*, n° 4703-4704, La Documentation française, Paris 1983, avec une présentation de sa genèse par Pierre-Michel Eisenmann.

⁶² Voir parmi les nombreuses publications des ces auteurs, Anzilotti (D.), *Cours de droit international*, Paris, Sirey 1929, pp. 48 et ss. ; Triepel (H.), *Les*

L'ordre juridique international se distingue cependant si fortement des ordres juridiques internes que d'aucuns ont entrepris d'en nier l'existence propre. La controverse entre Georges Burdeau et Georges Scelle est à cet égard très révélatrice. Dans un livre sur Le pouvoir politique et l'Etat, le premier développe une argumentation qui vise à « ce qu'on appelle le droit international » son caractère effectif et qui le réduit à un « droit national à usage externe⁶³ ». Pour aboutir à cette conclusion, Georges Burdeau se base essentiellement sur le caractère fragmentaire de ce droit, sur son défaut d'autorité ainsi que sur l'inexistence d'une justice internationale obligatoire. Jugeant le droit international à l'aune du droit interne, il ne peut que constater que le premier souffre de l'absence du législateur, du juge et du gendarme lesquels assurent au dernier son efficacité. Dans un article fait en 1943, Georges Scelle s'oppose à cette « négation de l'ordre juridique international⁶⁴ ». Tout en reconnaissant la faiblesse et le caractère fragmentaire du droit international, il estime que celui-ci se trouve encore à un stade d'évolution correspondant dans l'histoire des Etats à celui de la société féodale. Par rapport aux ordres juridiques internes, seul diffère donc le « degré de réalisation⁶⁵ ».

A l'évidence, les ordres juridiques ne sont pas uniformes. Puisque dans la société internationale le pouvoir est dispensé entre des Etats également souverains, on ne doit pas s'attendre à ce qu'elle développe un ordre juridique dont la physionomie serait proche de celui d'un Etat bénéficiant sur son territoire du « monopole de la

rapports entre le droit international et le droit interne, RCADI, 1923, vol. I, pp. 73 et ss. ; Bruns (V.), « Das Völkerrecht als Rechtsordnung », en deux parties in *Zeitschrift für Auländisches Offentliches Recht und Völkerrecht (Zaörv)* 1929, pp. 1-56 et 1933, pp. 445-487.

⁶³ Burdeau (G.), *Le pouvoir politique et l'Etat, Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, LGDJ, Paris 1943, pp. 126 et ss. Et son *Traité de science politique*, tome 1^{er} : Le pouvoir politique, LGDJ, Paris 1966, pp. 361 et ss.

⁶⁴ Scelle (G.), « Pouvoir étatique et droit des gens, Réponse à une négation de l'ordre juridique international », *RDP*, 1943, p. 189.

⁶⁵ Scelle (G.), op. cit., p. 201.

violence physique légitime⁶⁶ ». Les deux types d'ordre juridique se distinguent à maints égards. L'ordre juridique interne dispose d'une assise territoriale qui fait défaut à l'ordre juridique international. Le premier bénéficie d'un appareil institutionnel développé et largement inorganique. Ils diffèrent enfin quant à leurs sujets, car l'ordre juridique interne s'applique surtout aux individus alors que l'ordre juridique international a pour destinataires principalement les Etats.

Ces différences n'empêchent pas qu'on reconnaisse au droit international la qualité d'ordre juridique car la société internationale a développé des procédés de formation du droit qui lui sont propres et à travers lesquels s'est constitué un ensemble de règles coordonné bien qu'incomplet. Les procédés traditionnels de formation du droit international, généralement qualifiés de sources formelles, comprennent les traités, la coutume et les principes généraux du droit. L'article 38-1 du statut de la CIJ énumère en outre trois moyens auxiliaires de détermination de la règle de droit à savoir : les décisions judiciaires, la doctrine et l'équité. S'y ajoutent les actes unilatéraux des Etats ainsi que les recommandations et décisions des organisations internationales dont certaines peuvent créer des obligations juridiques pour leurs destinataires.

Les normes juridiques qui forment l'ordre juridique de la société relationnelle sont principalement élaborées par la voie conventionnelle et selon le mode coutumier, car ce dernier suppose, on le sait, non seulement la répétition d'actes concordants mais également la conviction des Etats d'agir conformément à une obligation juridique lorsqu'ils accomplissent ces actes. Dans un arrêt du 7 septembre 1927 la CPJI l'a affirmé en des termes on ne peut plus clairs : « le droit international régit les rapports entre deux Etats indépendants, les règles du droit lient les Etats procédent donc de la volonté de ceux-ci⁶⁷ ».

⁶⁶ D'après la définition de Weber (M.), *Le savant et le politique*, éd. Plon, 10/18, rééd. Paris 1995, p. 125.

⁶⁷ Affaire du Lotus opposant la France à la Turquie, Recueil série A, n° 10, p. 18.

Ce qui singularise les règles du droit international est donc leur origine. On retiendra la définition proposée par Christian Dominicé : « Le droit international est un ordre juridique comprenant l'ensemble des normes juridiques d'origine pluri ou inter-étatique, immédiate ou médiane, ainsi que les principes généraux inhérents à tout ordre juridique⁶⁸. Disposant de ses propres sources et ne dépendant quant à sa validité d'aucune norme qui lui soit extérieure, l'ordre juridique international est à la fois autonome et originaire. Mais puisqu'il s'agit d'un système commun aux différents Etats, il se caractérise en plus par sa structure paritaire⁶⁹.

Engendré par une société internationale elle-même construite sur le principe de l'égalité souveraine de ses membres, le droit international comporte un certain nombre de spécificités. D'abord, il ne connaît pas de hiérarchie tenant aux sources formelles. Ainsi, si un traité l'emporte sur la coutume, la réciprocité est également vraie. Cette absence de hiérarchie tient au fait que toutes les normes internationales reposent finalement sur la volonté des Etats qui ne reconnaissent pas de pouvoir supérieur. L'introduction de normes impératives (*jus cogens*) dans le corps de règles internationales constitue la seule exception à cet égard. On verra par la suite que celles-ci ne bénéficient cependant pas d'une supériorité formelle sur les autres normes.

Ensuite on regrette souvent l'inexistence d'une juridiction obligatoire et d'un mécanisme général permettant de sanctionner les violations des règles du droit international. Reposant non sur une seule puissance publique mais sur une multiplicité de puissances publiques, le droit international ne peut contraindre ses sujets à un recours obligatoire au règlement juridictionnel des différends. Celui-ci, qu'il s'agisse de l'arbitrage ou du recours à la juridiction de la CIJ, repose au contraire sur une base consensuelle. Il en résulte que la détermination objective du droit reste l'exception tandis que

⁶⁸ Dominicé (Ch.), « Observations sur la définition du droit des gens », in *Festschrift für Rodolf Bindschedler*, Bonn 1980, p. 85.

⁶⁹ Monaco (R.), *Cours général de droit international public*, RCADI, 1968 III, tome 125, p. 109.

l'affrontement des prétentions étatiques quant au contenu, à l'applicabilité ou à l'existence d'une norme, est la règle. Chaque Etat demeure donc libre d'apprécier pour lui-même et pour ainsi dire objectivement la validité d'une norme ou l'opposabilité d'un fait. Le droit international se caractérise par ce que Jean Combacau a nommé « l'intersubjectivité » et qu'il considère comme le ressort essentiel du système juridique international⁷⁰.

L'ordre juridique international, lit-on souvent, serait non seulement imparfait mais aussi incomplet⁷¹. Cela conduit à s'interroger sur la plénitude du droit international ou autrement dit ses lacunes éventuelles. L'existence de lacunes est un problème pouvant être évoqué dans tout ordre juridique. Il peut être analysé d'un point de vue théorique ou d'un point de vue pratique. En théorie il est douteux qu'un ordre juridique puisse comporter des lacunes, car « lorsque l'ordre juridique n'établit pas l'obligation d'un individu d'adopter une certaine conduite, il permet la conduite contraire⁷² ». La plupart des auteurs soutient cependant la thèse du caractère inévitable des lacunes. En pratique cela conduit à la nécessité de définir la fonction judiciaire. Dans les ordres internes il existe indéniablement une compétence, voire même une obligation⁷³ pour le juge de combler les lacunes du droit. On peut estimer qu'il en est de même en droit international. Confronté à une situation qui n'est soumise à aucune norme juridique existante, le juge ou l'arbitre peut alors avoir recours aux principes généraux de droit ainsi que l'y invite l'article 38 de la CIJ. En dehors d'une autorisation expresse des parties, le juge international ne peut cependant pas tirer de sa seule initiative « des compétences illimitées

⁷⁰ Combacau (J.), « Le droit international : bric à brac ou système ? », *Archives de philosophie du droit*, tome 31 : Le système juridique, Paris, Sirey 1986, p. 96.

⁷¹ Carreau (D.), *Droit international*, 2^{ème} éd., Pedone, Paris 1988, p. 14.

⁷² Kelsen (H.), *op. cit.*, p. 330.

⁷³ L'article 4 du Code civil français l'indique clairement : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

et de nouveaux principes généraux de droit⁷⁴ ». Il n'est donc pas exclu qu'il soit obligé le cas échéant de prononcer le non liquet.

L'ensemble des normes de droit international constitue de ce fait un ordre d'une autre nature qui ressort d'autres exigences que les ordres internes. Cet ensemble de règles à peine hiérarchisé et sans doute lacunaire peut néanmoins être qualifié d'ordre juridique, car ainsi que l'indique Jean Combacau : « Les éléments de l'ensemble entretiennent entre eux des rapports qui ne sont pas contingents mais dictés par deux données : ils tirent leur validité commune de leur conformité à un mode de formation unique, ils sont articulés mutuellement en groupe face aux éléments étrangers à leur sphère⁷⁵ ». L'existence d'un ordre juridique étant établie, il reste à désigner les règles fondamentales qui forment sa constitution. Celles-ci demeurent cependant dans un état nébuleux tel qu'on peut se demander si leur existence ne relève pas plutôt de la pétition de principe.

2. Une difficile constitution internationale

Alfred Verdross a été le premier à employer l'expression « Constitution de la Communauté internationale » (*Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*). Esquissée dès 1923, l'idée de l'existence d'une constitution internationale inspire un grand nombre des écrits de ce représentant de l'École de Vienne de théorie du droit⁷⁶. Il écrit notamment qu'il faut désigner comme constitution internationale « la règle juridique ou l'ensemble des règles juridiques qui est la condition de toutes les autres sans être lui-même conditionné par elles⁷⁷ ». Tout en construisant sa vision de la constitution internationale en analogie avec la constitution d'un Etat, il admet qu'il ne peut s'agir que d'une constitution au sens matériel. Mais, qui dit constitution matérielle renvoie au contenu de la constitution, et en ce qui concerne

⁷⁴ Reuter (P.), *Droit international public*, 7^{ème} éd., PUF, Paris 1993, p. 64.

⁷⁵ Combacau (J.), op. cit., p. 95.

⁷⁶ Verdross (A.), la notion est de façon approfondie dans son ouvrage : *Die Quellen des universellen Völkerrechts, Eine Einführung*, Rombach, Freiburg 1973, pp. 13-37.

⁷⁷ Verdross (A.), *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Wien 1923, p. 59.

précisément la substance de cette constitution internationale, on constate un certain flottement dans les développements d'Alfred Verdross.

Dans ses premiers ouvrages, il invoque en effet la règle *Pacta sunt servanda* comme étant le fondement de la communauté internationale et de la constitution internationale⁷⁸. A la différence de Hans Kelsen qui établit une distinction très claire entre la norme fondamentale au sens de la logique juridique et la constitution entendue comme règle positive⁷⁹, Alfred Verdross défend une conception moins tranchée dans laquelle la norme fondamentale et la constitution de société internationale se confondent.

De plus, en tant que partisan de la théorie moniste avec primauté du droit international, il adopte une vision très large de la constitution internationale. D'après lui, « le droit des gens contient des règles coutumières bien établies qui forment une véritable constitution internationale obligeant toutes les autorités. La primauté du droit des gens, ou mieux de la constitution internationale, n'est donc pas un postulat mais une réalité ». Il lui arrive même d'inclure le droit conventionnel et les principes généraux dans le cercle des règles formant la constitution internationale⁸⁰.

Le caractère quelque peu indéterminé qui marque la notion de constitution internationale dans les écrits d'Alfred Verdross s'estompe dans ses publications les plus récentes. Ainsi, il estime en 1973 que les normes originaires de la constitution internationale ne sont formées ni de façon conventionnelle, ni de façon coutumière. Elles seraient nées « *Uno acto* avec l'émergence des Etats souverains [...] par la voie d'un consensus informel entre les souverains⁸¹ ». Tout en reposant sur des règles non écrites, les principes constitutionnels se distinguent ainsi

⁷⁸ Verdross (A.), *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, op. cit., pp. 10, 12 et ss.

⁷⁹ Kelsen (H.), op. cit., pp. 266, 29-292.

⁸⁰ Verdross (A.), *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, op. cit., pp. 120 et ss.

⁸¹ Verdross (A.), *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, op. cit., p. 20.

dans sa pensée des traités et de la coutume, car ces derniers dépendent des premiers.

Il affirme également que les normes constitutionnelles ne sont pas un ensemble de règles hypothétiques mais des normes qui constituent réellement le fondement des traités et de la coutume. Parmi les normes indispensables du droit constitutionnel, il compte « celles qui désignent les personnes pouvant générer les normes du droit international et ceux qui en sont les destinataires, celles qui prévoient les procédures de création du droit et enfin celles qui déterminent si le contenu des normes connaît des limites (*jus cogens*)⁸² ». Alfred Verdross assimile la constitution internationale à la constitution matérielle. Il considère toutefois que la Charte des Nations Unies forme – comme déjà le précédent Pacte établissant la Société des Nations – une constitution au sens formel et parle à cet égard de la « constitution anticipée de la Communauté universelle ». Ce qu'il justifie par l'argument que la Charte tend vers une universalité qu'elle a déjà quasiment atteinte⁸³.

Ce qu'Alfred Verdross tente de démontrer par une argumentation de logique juridique, George Scelle le fait à travers une approche sociologique. Partageant avec le premier la thèse de l'existence d'une constitution internationale ainsi que la vision moniste du droit, ce dernier va encore un peu plus loin dans l'interprétation « constitutionnaliste » du droit international. Il postule en effet que « la notion de constitution est inséparable de la notion de société politique » et conclut à « l'identité fondamentale de la constitution la plus rigide de l'Etat national le plus unifié et ces normes coutumières les plus clairsemées de la société interétatique la plus étendue et la plus anarchique, telle que la société globale du droit des gens⁸⁴ ». Dans son Précis de droit des gens, il admet toutefois que ce droit constitutionnel international « nécessairement coutumier et en perpétuelle évolution » s'exprime « plutôt implicitement qu'explicitement, à tel point qu'on

⁸² Verdross (A.), *op. cit.*, p. 21.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Scelle (G.), « Le droit constitutionnel international », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris 1933, pp. 505-506.

s'explique parfaitement que pour bon nombre d'auteurs il ait pu rester invisible⁸⁵ ».

Cette vision quelque peu excessive a suscité des critiques. Paul Guggenheim considère ainsi que les problèmes du droit international ne pouvaient être résolus sur la base « des données adaptées dans le domaine du droit constitutionnel » en raison du caractère rudimentaire de la Communauté internationale⁸⁶. On peut se demander en outre si le droit constitutionnel international n'est pas simplement inexistant. Ce qui expliquerait qu'il soit resté « invisible » aux yeux de nombreux auteurs moins enthousiastes que Georges Scelle et Alfred Verdross.

Il est en effet compréhensible qu'un certain scepticisme règne dans cette matière : affirmer l'existence d'une constitution internationale est une chose, en démontrer la présence réelle en est une autre. Les Etats souverains ne se sont jamais réunis pour établir consciemment un pacte fondamental posant les règles d'organisation de la société internationale. Il n'y a donc pas de constitution internationale au sens formel. Il est même douteux qu'il puisse y en avoir une car, comme l'écrit très justement Paul Reuter : « Il n'existe pas en droit international de forme qui confère à une norme une valeur hiérarchique particulière⁸⁷ ».

⁸⁵ Scelle (G.), *Précis de droit des gens*, vol. 2, Paris, Sirey 1932-1934, réédition CNRS 1984, vol. 2, p. 10.

⁸⁶ Guggenheim (P.), « Léon Duguit et le droit international », *RGDIP*, 1959, p. 630 ; voir également les critiques formulées par Torkel Opsahl, « An international constitutional law ? », *International and comparative law quarterly*, 1961, 766.

⁸⁷ Reuter (P.), *op. cit.*, p. 56 ; « Un avant-projet de constitution internationale » a été publié en 1948. Ce texte a été élaboré à l'Université de Chicago par le Committee to frame a world constitution, voir Elisabeth Mann Borgese, « United Nations : Future trends », in J. Bardonnet (éd.) : *L'adaptation des structures et méthodes des Nations Unies, colloque de l'Académie de droit international de La Haye*, Nijhoff 1986, pp. 373-392.

Si la Société internationale n'a donc pas de constitution, ni au sens instrumental, ni au sens procédural, il ne faut pas pour autant lui dénier toute possibilité d'avoir un droit constitutionnel sous la forme de règles communément considérées comme fondamentales. D'aucuns ont cru pouvoir déceler l'existence de « principes constitutionnels » ou d' « éléments constitutionnels » formant la constitution courumière de la Société internationale et dont une large partie se trouve codifiée au sein de la Charte des Nations Unies⁸⁸. Mais qu'on parle de règles supérieures, fondamentales ou simplement « secondaires » dans le sens que leur donne H.L.A. Hart, l'absence d'une hiérarchie formelle des normes du droit international prive ces qualifications d'une bonne partie de leur portée.

En procédant par élimination parmi les sources potentielles du droit constitutionnel international, il est bien difficile d'identifier les règles fondamentales qui mériteraient le label « constitutionnel⁸⁹ ». Pour y avoir droit, une norme ne devrait en effet pas seulement être matériellement constitutionnelle mais s'imposer à tous les Etats. Le seul traité qui remplit ces deux conditions est la Charte de l'ONU. Par son caractère quasiment universel, l'ONU mérite en effet aujourd'hui le qualificatif d'organisation mondiale⁹⁰.

La Charte de San Francisco contient par ailleurs des dispositions qui sont matériellement constitutionnelles. Définissant les buts et les principes des Nations Unies, les articles 1 et 2 de la Charte rentrent clairement dans cette catégorie. De plus, en vertu de son article 103, la Charte bénéficie d'une primauté sur les autres traités, qu'ils soient

⁸⁸ Monaco (R.), op. cit., pp. 131 et ss., qui parle des principes constitutionnels en tant que source du droit international tandis que Nicholas Onuf, « The constitution of international Society », *European journal of international law (EJIL)*, 1994, pp. 1-19, voit dans la Charte des Nations Unies les rudiments d'une constitution matérielle.

⁸⁹ Mac Donald (R.St.J.), « Fundamental norms in contemporary international law », *Canadian Yearbook of international law*, 1987, p. 115.

⁹⁰ Fin 1995, l'ONU comprenait 186 Etats membres. Il ne restait qu'une infime minorité d'Etats (la Suisse, Taïwan, la Serbie, le Monténégro), certains micro-Etats (Kiribati, Tonga, Tuvalu) et une entité assimilée (le Vatican) en dehors de l'organisation.

conclus entre Etats membres ou entre Etats tiers⁹¹, ce qui ne s'explique que « si l'on admet le caractère quasi constitutionnel de la Charte⁹² ». Ceci ne peut faire oublier cependant que cette Charte reste formellement le traité institutif d'une organisation internationale. On y reviendra donc à ce titre postérieurement. Ces principes constitutionnels tels que l'interdiction du recours à la force armée, l'égalité souveraine des Etats et le règlement pacifique des différends n'ont été que codifiés par la Charte, ils s'imposent à tous les Etats sous leur forme coutumière.

La coutume apparaît à certains égards comme la première source de normes matériellement constitutionnelles. Ceci tient en partie du fait que les règles coutumières forment le droit international général applicable à tous les Etats tandis que les traités restent dominés par leur effet relatif. Il ne faut pas oublier non plus que le droit des traités à savoir notamment les règles portant sur la conclusion, l'application et la validité des traités est d'origine coutumière bien qu'aujourd'hui codifié par la Convention de Vienne de 1969. On peut donc affirmer avec Paul Reuter que « la coutume porte le traité. Si l'on veut parler d'une « constitution » de la Communauté internationale, il faut dire que celle-ci est coutumière⁹³ ».

Le fondement de la validité des traités découle néanmoins, pour la plupart des auteurs, du principe *pacta sunt servanda* lequel peut être

⁹¹ L'article 103 dispose que : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Par une ordonnance du 14 avril 1992 dans l'affaire de l'accident aérien de Lockerbie opposant la Libye à la Grande-Bretagne, la CIJ a refusé d'ordonner une mesure conservatoire sur la base de la Convention de Montréal de 1971 estimant que l'obligation des parties d'appliquer une décision du Conseil de sécurité fondée sur l'article 25 de la Charte prévalait en vertu de l'article 103 de la Charte sur d'autres obligations conventionnelles des parties, voir Rec., p. 16.

⁹² N'Guyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), op. cit., p. 269.

⁹³ Reuter (P.), *Introduction au droit des traités*, A. Colin, Paris 1972, p. 38.

considéré à son tour soit comme étant d'origine coutumière soit comme relevant du droit naturel. On quitte alors le droit positif.

Les principes constitutionnels de la Société internationale peuvent en règle générale être modifiés de la même manière que toutes les autres normes du droit international. Seules les normes dites impératives appartenant au *jus cogens*, semblent échapper à cette règle. D'après l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une norme impérative est une norme « acceptée et reconnue par la Communauté internationale des Etats 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 ». Sans être véritablement intangibles puisqu'une nouvelle norme impérative peut les modifier, les normes impératives constituent donc en droit international l'équivalent de ce que l'on appelle en droit interne les règles d'ordre public⁹⁴.

Dans la mesure où aucune procédure spéciale n'a été instaurée pour l'élaboration des normes impératives, car seul le degré de consentement les différencie des normes ordinaires (*jus dispositivum*), il serait excessif de leur reconnaître une supériorité formelle sur ces dernières. Lors de sa 28^{ème} session en 1976, la CDI l'a clairement laissé entendre : « En réalité il n'y a pas dans l'ordre juridique international de source spéciale pour créer des principes « constitutionnels » ou « fondamentaux »⁹⁵ ».

Le fait que la Communauté internationale se voie désormais chargée d'élaborer les normes impératives traduit cependant un changement dans la conception du droit international. Celui-ci perd en partie son caractère purement intersubjectif. Les Etats assurent désormais des obligations « envers la Communauté internationale dans

⁹⁴ Rolin (H.), « Vers un ordre public réellement international », in *Mélanges Basdevant*, Pedone, Paris 1960, pp. 441-462.

⁹⁵ *Annuaire CDI*, 1976, II, 2^{ème} partie, p. 86 ; voir encore Danilenko (G.-M.), « International jus cogens : Issues of law-making », *EJIL*, 1991, pp. 42 et ss.

son ensemble⁹⁶ » et lorsqu'ils violent une « obligation » essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la Communauté internationale, ils se rendent le cas échéant coupables d'un crime international⁹⁷. L'introduction dans le droit international de telles normes et obligations au moins matériellement supérieures témoigne d'une évolution qui rompt avec le fondement volontariste du droit international et constitue en quelque sorte le commencement de « l'édification des bases constitutionnelles écrites de la Communauté internationale⁹⁸ ». En attendant il y a cependant une catégorie d'actes juridiques qui présente sous certains aspects une parenté plus réelle avec celle des constitutions dans le sens étroit : les traités institutifs d'organisations internationales.

B. – Le droit de la société institutionnelle : les chartes constitutives des organisations internationales

Le phénomène de l'organisation internationale est encore relativement récent. De ses origines jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale, le droit international est surtout perçu comme un droit destiné à régler les relations entre Etats souverains. L'apparition et la multiplication des organisations internationales ont fortement influencé l'évolution de la Société internationale. En s'associant au sein d'organisations dotées d'une structure permanente et des compétences nécessaires pour qu'elles puissent remplir les fonctions qui constituent

⁹⁶ Voir la distinction établie par la CIJ entre les obligations « *erga omnes* » et les obligations vis-à-vis d'un autre Etat dans la célèbre affaire de la Barcelona Traction, Rec. 1970, p. 32.

⁹⁷ Voir le texte de l'art. 19-2 du projet de codification de la responsabilité des Etats pour faits illicites qui se lit comme suit : « Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la Communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette Communauté dans son ensemble constitue un crime international ».

⁹⁸ N'Guyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), *op. cit.*, p. 206.

leur raison d'être, les Etats ont formé leur société purement relationnelle au départ en une société internationale partiellement institutionnalisée. Par la même occasion, le droit international a vu s'élargir le cercle jusque-là restreint de ses sujets.

Les questions liées à l'apparition des organisations internationales ont déjà fait l'objet de nombreuses études⁹⁹. En ce qui concerne les aspects constitutionnels du droit des organisations internationales dans le sens large, on se permettra donc de se limiter pour l'instant à quelques brèves remarques. On constate qu'à la différence de la Société internationale qui reste très décentralisée, les organisations internationales secrètent un ordre juridique hiérarchique dont le sommet est occupé par leur charte constitutive. Avant de s'intéresser au caractère constitutionnel de ces chartes (3), il faut donc brièvement présenter le phénomène de l'organisation internationale (1) et s'interroger sur l'existence d'un ordre juridique propre à chacune d'elles (2).

1. Le phénomène de l'organisation internationale

Si le phénomène de l'organisation internationale a pris son véritable essor depuis 1945, des organisations au sens moderne du terme sont apparues au cours du 19^{ème} siècle. Les Commissions fluviales internationales telles que la Commission européenne du Danube, créées à la suite du traité de Vienne de 1815, sont généralement considérées comme les premières réalisations en ce domaine¹⁰⁰. D'autres organisations dotées de compétences limitées d'ordre administratif les ont suivies. Chargées de faciliter la

⁹⁹ Schermers (H.-G.), *International institutional law*, Leyde, Sijthoff 1972, 2 vol., 790 p. ; René-Jean Dupuy (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Doordrecht, Nijhoff 1988, 714 p. ; Abi-Saab (G.), *Le concept d'organisation internationale*, UNESCO, Paris 1980, 292 p. ; SFDI, *Les organisations internationales contemporaines, Colloque de Strasbourg*, Pedone, Paris 1988, 386 p.

¹⁰⁰ Prévues dans l'Acte final du Congrès de Vienne (art. 108-117), ces deux commissions fluviales ont été respectivement créées par la Convention de Mayence du 31 mars 1831 modifiée par la Convention de Mannheim du 17 octobre 1868 (Commission centrale du Rhin) et le Traité de Paris du 30 mars 1856 (Commission européenne du Danube).

coopération dans des domaines techniques, notamment ceux des communications et du transport, ces organisations sont appelées « Unions administratives ». Elles présentent encore un caractère très rudimentaire¹⁰¹.

La Société des Nations (SDN) domine la période de l'entre-deux guerres. Installée en 1919 à Genève, elle est la première organisation universelle de caractère politique. Disposant d'une structure complexe, la SDN se distingue clairement des Unions administratives. Ayant pour but principal la maintien de la paix, ses activités dépassent largement la coopération entre les administrations nationales. La mise en place de la SDN, de l'OIT ainsi que d'autres organisations techniques, entraîne un changement de vocabulaire car, depuis, on ne parle plus que d'organisations internationales. Après la seconde guerre mondiale, celles-ci ont connu une multiplication et une diversification sans précédent. On dénombre aujourd'hui plus de trois cents organisations lesquelles diffèrent considérablement quant à leurs objets, leurs compétences et leurs structures¹⁰².

Ce qui frappe avant tout l'observateur est la grande diversité de ces organisations et la difficulté d'élaborer une classification de leurs différents types. Trois critères de classification peuvent être retenus. Ainsi, on dénombre à côté du « système des Nations Unies », composé de l'ONU, de ses institutions spécialisées et de certaines organisations associées aspirant toutes à l'universalité, de nombreuses organisations régionales. En tenant compte de l'objet de leur activité, on distingue par ailleurs les organisations générales ou politiques et les organisations sectorielles ou techniques qui interviennent par exemple dans les domaines économique ou militaire. Il est enfin possible de classer les différentes organisations selon les pouvoirs qui leur ont été attribués, certaines exerçant des pouvoirs de gestion ou d'exécution

¹⁰¹ Sur cette évolution, voir par exemple Reuter (P.), *Institutions internationales*, 4^{ème} éd., PUF, Paris 1993, pp. 182 et ss.

¹⁰² Le chiffre est indiqué par N'Guyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), *op. cit.*, p. 557.

tandis que d'autres déploient une activité fortement normative¹⁰³. Ces trois critères ne permettent cependant pas de tenir compte de la spécificité des Communautés européennes. Celles-ci dépassent en effet très largement les formes de coopération entre Etats indépendants qui caractérisent les organisations internationales classiques. En retenant notamment leur finalité qui est de créer une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, on les qualifie d'organisations d'intégration¹⁰⁴.

A défaut d'une définition universellement acceptée de l'organisation internationale, du fait même de cette diversité, il existe un consensus sur les éléments qui doivent entrer dans cette définition, à savoir : la création par un accord entre Etats, le caractère permanent, l'attribution de compétences permettant à l'organisation de remplir sa mission, l'existence d'au moins un organe qui peut exprimer la volonté propre et la personnalité juridique de l'organisation. Toute entité qui réunit ces éléments peut donc être qualifiée d'organisation internationale au sens strict. On retiendra donc ici la définition selon laquelle une organisation internationale est « une association d'Etats constituée par un traité, dotée d'une constitution et d'organes communs, et possédant une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres¹⁰⁵ ».

¹⁰³ Voir Virally (M.), « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », in Georges Abi-Saab (dir.), *Le concept d'organisation internationale*, op. cit., p. 51.

¹⁰⁴ Le terme a été forgé par Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration, Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, Sijthoff, 1972, 99 p.

¹⁰⁵ Il s'agit de la définition proposée par Sir Gerald Fitzmaurice, Ann. CDI, 1956-II, p. 106, cité par N'Guyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), op. cit., p. 557 ; Michel Virally, op. cit., p. 52, définit l'organisation de la façon suivante : « Une association d'Etats, établie par un accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes, chargé de poursuivre la réalisation d'objectifs d'intérêt commun par une coopération entre eux ».

2. L'existence d'ordres juridiques propres aux organisations internationales

En ce qui concerne le droit des organisations internationales, il faut distinguer le droit « applicable » aux organisations internationales du droit « sécrété » par elles. Le droit applicable aux organisations internationales consiste en un nombre relativement limité de règles du droit international général communes à toutes les organisations. En raison des grandes différences entre celles-ci, ce corps de règles reste nécessairement très partiel.

Il s'agit essentiellement de règles relatives à la conclusion d'accords par les organisations ainsi qu'à leur responsabilité internationale¹⁰⁶. D'autre part, chaque organisation élabore un ensemble de règles qui régissent son fonctionnement interne ainsi que ses relations avec les Etats membres et quelquefois avec des particuliers. Cet ensemble de règles forme son droit interne et peut être considéré comme constituant un ordre juridique propre, distinct du droit international général.

L'existence d'ordres juridiques internes propres aux organisations internationales n'est plus guère contestée par la doctrine¹⁰⁷. Le droit international a en effet beaucoup évolué depuis le début du siècle. Quel changement par rapport à 1899 où un Heinrich Triepel pouvait encore considérer que le droit international et le droit interne des Etats constituent les deux catégories dans lesquelles s'épuise tout le droit¹⁰⁸. La manière dont Franz Vonliszt prévoit cette évolution, dès 1917, est en ce sens tout à fait remarquable. Cet auteur

¹⁰⁶ Reuter (P.), « Sur quelques limites du droit des organisations internationales », *Festschrift für Rudolf Bindschedler*, Berne, Stämpfli & Cie 1980, pp. 491-507 ; « L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales », *Festschrift für Herman Mosler*, Heidelberg, Springer 1983, pp. 745-751.

¹⁰⁷ Il faut cependant signaler l'opinion contraire de Giorgio Balladore Pallieri, « Le droit interne des organisations internationales », *RCADI* 1969, tome 127, pp. 7-36.

¹⁰⁸ Triepel (H.), *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.

écrit alors en effet à propos des Commissions fluviales déjà mentionnées que : « Les règlements des « Commissions internationales » constituent les premiers commencements d'un droit commun de la collectivité internationale des Etats engageant immédiatement les citoyens des différents Etats. Par leurs sources, leurs destinataires et leur contenu ces normes juridiques se distinguent cependant fondamentalement des normes du droit international engageant les Etats. Elles forment un groupe indépendant de règles de droit entre le droit international et le droit étatique¹⁰⁹ ».

Pour désigner ce corps de règles, Alfred Verdross a introduit l'expression « internes staatengemeinschaftsrecht¹¹⁰ ». Chaque organisation adopte en effet sur la base de son traité institutif les règles nécessaires à son fonctionnement. Celles-ci constituent son droit interne. La Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales retient à cet égard une expression plus anodine et se réfère simplement aux « règles de l'organisation » en précisant que cette expression « s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation, de ses décisions et résolutions pertinentes et de la pratique bien établie de l'organisation¹¹¹ ».

Ces règles forment un ordre juridique propre à l'organisation. A ce sommet se trouve le traité, le statut ou la charte qui a donné naissance à l'organisation. Tous les actes juridiques adoptés par les organes de cette dernière trouvent leur base juridique dans cet instrument, ce qui permet de le caractériser de droit originaire de l'organisation, tandis que les résolutions, décisions ou recommandations qu'elle est amenée à adopter constituent son droit dérivé. Il faut en effet considérer que toutes les organisations internationales reçoivent de façon explicite ou implicite la compétence décisionnelle nécessaire pour atteindre les objectifs fixés par leur charte constitutive et pour assurer leur fonctionnement permanent. On

¹⁰⁹ Liszt (F. Von), *Das Völkerrecht*, 11^{ème} éd., Springer, Berlin 1920, p. 42 en note.

¹¹⁰ Verdross (A.), *Völkerrecht*, Berlin 1937, p. 44.

¹¹¹ Voir l'art. 2, § 1, j) de la Convention.

est donc en présence d'un ensemble de règles hiérarchisées qui tirent leur validité d'une seule norme de référence, ce qui leur confère l'unité caractéristique de tout ordre juridique.

Les sources juridiques de cet ordre comprennent alors le traité international qui se trouve à son origine, les divers actes unilatéraux émanant des organes de l'organisation ainsi que les règles coutumières qui peuvent se développer dans la pratique. Au départ, l'expression « droit interne d'une organisation internationale » ne désigne toutefois que les règles ayant trait à son fonctionnement interne telles que les règles internes de ses organes, les actes portant création d'organes subsidiaires ainsi que les règles relatives au statut de ses agents et de leur carrière. On reste donc dans le domaine limité de ce qu'il convient d'appeler le droit d'auto-organisation qui est inhérent à toute institution.

On observera cependant que certaines organisations internationales ont été investies d'un pouvoir décisionnel et peuvent – dans les limites de leurs compétences – adopter des actes obligatoires à l'égard de leurs Etats membres ainsi que, plus exceptionnellement, à l'égard d'individus placés sous la juridiction de ces Etats. Il en fut déjà ainsi en ce qui concerne la Commission européenne du Danube qui détenait des compétences réglementaires et pouvait même prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre de particuliers¹¹². Lorsqu'un tel pouvoir d'adoption d'actes « hétéronormateurs¹¹³ » existe, deux interprétations sont possibles. Ou bien on considère que ces actes unilatéraux des organisations internationales qui créent des droits et des obligations pour les Etats membres constituent une source du droit

¹¹² Voir Seidl-Hohenveldern (I.), Liobl (G.), *Der Recht der internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 5^{ème} éd., C. Heymanns, Köln 1992, p. 16.

¹¹³ Sur la distinction entre actes « autonormateurs » et actes « hétéronormateurs », voir N'Guyen Quoc Dinh, Daillier (P.), Pellet (A.), op. cit., pp. 363 et ss. Sur la classification des actes unilatéraux en général, on consultera Jacqué (J.-P.), *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, LGDJ, Paris 1972, spéc. pp. 335-345.

international général, ou bien on les conçoit comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique interne de l'organisation. L'étendue de l'ordre juridique d'une organisation internationale s'en trouve évidemment élargie tandis que son homogénéité diminue.

La quasi-totalité des auteurs qui se sont penchés sur ce problème estiment que seuls les actes « autonormateurs », ceux qui concernent le fonctionnement interne de l'organisation font partie de son ordre juridique¹¹⁴. Cette opinion répandue s'explique par le fait que les ordres juridiques des organisations internationales classiques sont presque exclusivement constitués de normes. Philippe Cahier soutient par contre que rien ne justifie l'exclusion de cet ordre juridique « de normes destinées à influencer le comportement de ses sujets et particulièrement des Etats membres en vue de la réalisation des buts pour lesquels une organisation a été créée¹¹⁵ ». Il justifie son point de vue en s'appuyant surtout sur le droit communautaire, ce qui paraît être une argumentation contestable. Il ressort en effet du caractère spécifique des Communautés européennes qu'il n'est pas possible de tirer de l'observation de leur ordre juridique des conclusions valables pour les organisations internationales de type classique.

Quoi qu'il en soit, le traité institutif d'une organisation demeure formellement un accord conclu entre Etats qui s'insère dans l'ordre juridique international, car la force de cet engagement conventionnel découle nécessairement de l'ordre juridique dans lequel il a été conclu. Dans la mesure où l'ensemble des actes secondaires trouvent leur base juridique dans ce traité, on ne peut ignorer le caractère dérivé de l'ordre juridique d'une organisation internationale. Bien qu'on qualifie le droit d'une telle organisation souvent de « droit interne », ce qui suggère une analogie avec l'ordre juridique étatique, de « droit international particulier » ou encore de « droit propre à une

¹¹⁴ Jenks (W.), *The proper law of international organisations*, Londres, Stevens 1962, p. 282 ; Focsaneanu (L.), « Le droit interne de l'Organisation des Nations Unies », *AFDI* 1957, p. 315.

¹¹⁵ Cahier (Ph.), « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in René-Jean Dupuy (éd.), *Manuel sur les organisations internationales*, *op. cit.*, p. 248.

organisation » afin de souligner son indépendance à l'égard du droit international général, on peut difficilement affirmer qu'il s'agisse là d'un ordre juridique véritablement autonome.

Une telle autonomie fait défaut aux organisations internationales classiques et n'a été atteinte par le droit communautaire que grâce à une interprétation systématique et téléologique qui est l'œuvre de la CJCE.

S'il est donc certain que chaque organisation internationale engendre un ordre juridique propre, on conçoit en citant Paul Reuter que « pour la grande majorité des organisations en mettant à part des unions d'Etats aussi particulières de la Communautés européennes et en excluant certains secteurs de cet ordre juridique comme ceux qui concernent les rapports avec leurs agents, ces ordres juridiques propres restent des ordres juridiques rattachés au droit international général¹¹⁶ ».

3. La marque constitutionnelle des chartes constitutives

S'agissant finalement de la nature des traités constitutifs, il résulte des développements précédents qu'il ont une nature juridique ambiguë, parce qu'ils appartiennent simultanément à trois ordres juridiques. Selon le point de vue de l'observateur, l'acte institutif d'une organisation internationale se présentera alors sous l'un ou l'autre de ses traits caractéristiques. Si l'on se place du côté du droit international, il apparaît en règle générale comme un traité inter-étatique multilatéral adopté sous une forme solennelle. En tant que tel, il obéit aux règles générales du droit des traités codifiées par la Convention de Vienne de 1969¹¹⁷. En ce qui concerne sa conclusion et

¹¹⁶ Reuter (P.), « L'ordre juridique international et les traités des organisations internationales », *Festschrift für Herman Mosler*, Heidelberg, Springer 1983, p. 755.

¹¹⁷ L'art. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités vise spécialement les traités constitutifs d'organisations internationales et traités adoptés au sein d'une organisation internationale. Il dispose que la Convention s'applique à ces traités « sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation ». Cela revient à reconnaître que non seulement l'acte

son entrée en vigueur, le traité constitutif d'une organisation internationale est par ailleurs soumis au droit constitutionnel des Etats parties et il ne peut déployer des effets dans l'ordre juridique de ces derniers qu'à la condition d'avoir été valablement conclu au regard des règles du droit interne.

En revanche, si l'observateur se place dans l'ordre juridique de l'organisateur auquel ce traité a donné naissance, ce dernier se présente à lui comme une constitution. Cet instrument contient en effet les règles fondamentales relatives à la finalité et aux compétences de l'organisation, à ses membres, à la composition et au fonctionnement de ses organes, aux modalités de vote, à ses relations externes, à ses finances et à sa propre modification. Il s'agit là à l'évidence de questions constitutionnelles¹¹⁸. Si l'acte constitutif d'une organisation internationale est donc un traité par sa forme, il n'en est pas moins une constitution par sa substance¹¹⁹. Le caractère constitutionnel du traité constitutif a en outre tendance à s'accroître progressivement. L'organisation étant le plus souvent créée pour une durée illimitée, sa « constitution matérielle s'accomplit au fur et à mesure de son évolution ». Notamment « à travers la pratique de ses organes, dans la mesure où ceux-ci sont compétents à interpréter les clauses de l'acte

constitutif l'emporte sur les règles de la Convention de Vienne. Voir en ce sens Monaco (R.), « Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales », in *La Communauté internationale, Mélanges Charles Rousseau*, Pedone, Paris 1974, p. 160 ; Dehaussy (J.), « Le problème de la classification des traités et le projet de convention établie par la Commission du droit international des Nations Unies », in *Mélanges Guggenheim*, Genève 1968, p. 318.

¹¹⁸ Voir l'analyse de Jenks (W.), « Some constitutional problems of international organisations », *British Yearbook of international law*, 1945, pp. 11-72.

¹¹⁹ Paul Reuter souligne que les chartes constitutives des organisations internationales ont un caractère mixte. « Elles restent des traités internationaux, mais par certains aspects elles sont des constitutions ». Voir : *Droit international public*, 7^{ème} éd., PUF 1993, p. 233.

lui-même » et au moyen « d'accords successifs qui se réalisent en son sein » entre ses Etats membres¹²⁰.

Si l'aspect conventionnel est donc dominant au moment de sa conclusion, le traité constitutif d'une organisation internationale recèle dès le départ des aspects constitutionnels qui peuvent se développer au cours de sa vie. Le terme constitution peut donc être utilisé pour désigner l'acte international qui fonde une organisation internationale¹²¹. De plus, la dénomination officielle des actes constitutifs reflète souvent cette conception. Comme le fait remarquer Paul Reuter, ces conventions portent des noms particuliers. En ce qui concerne par exemple l'OIT, il s'agit d'une « constitution », parfois il s'agit d'un « statut » ou d'une « charte » ou encore le plus souvent d'une « charte constitutive ». Le langage marque ici un affleurement de la « nature des choses¹²² ».

L'analyse doctrinale des chartes constitutives doit donc tenir compte de leur double nature et ne pas négliger l'aspect constitutionnel. Ceci est en effet le cas en ce qui concerne la charte de San Francisco¹²³. Elle forme incontestablement la constitution de l'ONU. En raison de son caractère quasi-universel, du fait qu'elle

¹²⁰ Voir les développements de Ricardo Monaco, op. cit., p. 160 ; pour une critique de cette approche voir Tunkin (Gr.-L.), « The legal bases of international organisation action », in René-Jean Dupuy (éd.), *Manuel sur les organisations internationales*, op. cit., pp. 261-276.

¹²¹ Hahn (H.-J.), « Constitutional limitations in the law of the European organisations », *RCADI*, 1963-I, p. 195.

¹²² Reuter (P.), *Cours d'organisations européennes*, Paris, Les cours de droit, 1959/60, p. 72 ; Hugo J. Hahn, op. cit., p. 196 rapporte que la liste des organisations basées sur une « constitution » comporte au moins onze exemples.

¹²³ Sloan (Bl.), « The United Nations Charter as a constitution », *Pace Yearbook of international law*, 1989, pp. 61-126 ; Ross (A.), *Constitution of the United Nations*, Munksgaard, Copenhague 1950, pp. 30-40 ; voir aussi la présentation des différentes positions doctrinales par Rideau (J.), *Juridictions internationales et contrôle du respect des traités constitutifs d'organisations internationales*, LGDJ, Paris 1969, pp. 4-11.

proclame des principes fondamentaux pour la Communauté internationale et qu'elle jouit d'une certaine primauté en vertu de son article 103, la Charte constitue en outre dans un sens plus large « le cadre constitutionnel du droit international¹²⁴ ». En tant qu'instrument constitutif de l'organisation mondiale, elle est aussi le germe d'une constitution de la Société internationale.

Les études doctrinales portant de façon générale sur le caractère constitutionnel des chartes constitutives des organisations internationales trouvent leur inspiration théorique dans la théorie de l'institution développée par Maurice Hauriou et Georges Renard. Les développements de Henry Lesguillons sur le concept de « traité-fondation » le font clairement apparaître¹²⁵. L'auteur propose une définition de son concept à travers les deux traits caractéristiques du traité-fondation : il comporte une opération contractuelle mais il est en même temps un acte de génération qui « institue un pouvoir au profit d'une idée » ; « le traité-fondation est l'acte par lequel des Etats fondateurs créent une organisation permanente dotée de la personnalité juridique nécessaire à l'exercice des compétences qui lui sont confiées dans un but d'intérêt commun et dont la volonté propre ne se confond pas avec celle de ses membres¹²⁶ ».

L'origine conventionnelle de cet acte de création s'efface ainsi derrière ses effets. En outre, les analogies entre les traités constitutifs et les constitutions n'ont pas qu'un intérêt théorique, elles se ressentent dans le régime juridique. Les deux types d'actes sont en effet adoptés pour une durée normalement illimitée. Ils constituent ensuite la base sur laquelle s'érigera graduellement l'ordre juridique interne et on considère que leur application et leur interprétation doit obéir à des règles spécifiques¹²⁷. Dans la mesure où tout autre élément concret du

¹²⁴ Voir Sir Humphrey Waldock, « General course on public international law, » *RCADI*, 1962-II, tome 106, p. 20.

¹²⁵ Lesguillons (H.), *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la CEE*, LGDJ, Paris 1968, pp. 65-81.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 77.

¹²⁷ Voir l'étude approfondie de Blaise Sloan, *op. cit.*, p. 62. L'auteur se réfère à la célèbre citation du juge américain John Marshall : « We must never forget

régime juridique des traités constitutifs dépend des règles pertinentes de l'organisation, il n'est pas possible d'en tirer des conclusions générales. Il en va ainsi par exemple de la possibilité de formuler des réserves, du retrait des Etats membres ainsi que de la procédure de révision.

Sans vouloir conclure à l'identité entre la « constitution » d'un Etat, l'emploi de cette notion pour qualifier les traités qui donnent naissance à une organisation internationale semble donc non seulement possible mais tout à fait pertinent. Ceci est particulièrement flagrant en ce qui concerne les traités institutifs des Communautés européennes lesquels forment le fondement de la constitution communautaire. Pris dans leur contexte et associés à la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'aux constitutions nationales des Etats membres, ils forment les composantes d'une constitution européenne en émergence.

that it is a constitution we are expounding » et à une citation très semblable de Charles de Visschar dans son opinion dissidente dans l'affaire du statut international du Sud-Ouest africain, (Avis du 11 juillet 1950) : « One must bear in mind that in the interpretation of a great international constitutional instrument, like the United Nations Charter, the individualistic concepts which are generally adequate in the interpretation of ordinary treaties, do not suffice ».