

# Le droit international dans l'ordre interne

## Approche générale et comparée

**Laurence Burgorgue-Larsen**

Présidente du Tribunal constitutionnel d'Andorre

Il est devenu banal aujourd'hui de mentionner la dialectique d'internationalisation des constitutions et de constitutionnalisation du droit international, d'évoquer les liens et même les interactions des deux versants constitutionnel et international du droit public. Ceux-ci se matérialisent par l'existence de clauses « passerelles » aux allures et aux fonctionnalités variées. L'effervescence doctrinale est aujourd'hui à son comble sur la planète pour décrire ce nouveau phénomène, qui pourrait laisser croire qu'il s'agit d'un champ de recherche neuf. Ce serait là une grave erreur.

Un auteur visionnaire, Boris Mirkine-Guetzevitch, avait déjà mis en exergue, avant-guerre, les relations entre le droit international et le droit constitutionnel pour imaginer un droit public unifié. Ce chantre de l'unité du droit public conçut le droit international et le droit institutionnel comme intimement liés. Il estimait que l'unité du droit public, envisagée comme une tendance historique, permettait de dépasser les *disputatio* entre monistes et dualistes. La « conscience juridique des peuples », disait-il, c'est-à-dire la démocratie réalisée par le droit, pour et par la volonté populaire, participait en quelque sorte à la démocratisation du droit constitutionnel, et ce faisant, à la démocratisation du droit international. Autrement dit, Boris Mirkine-Guetzevitch pensa l'idée d'un droit international qui n'aurait pas été entièrement « stato-centré », mais « anthro-centré ». Son approche méthodologique fut celle du droit comparé. Il écrivit des ouvrages entiers consacrés à ce qu'il a appelé le droit constitutionnel international, c'est-à-dire les clauses qui, figurant au sein des constitutions, traitaient du droit international.

De nos jours, dans le contexte de la mondialisation, on parle d'ouverture et d'internationalisation des constitutions nationales. C'est cette dénomination

qui emporte l'intérêt doctrinal. Je souhaiterais aujourd'hui élargir la perspective sur trois continents, l'Afrique, l'Amérique latine et l'Europe, afin de montrer les points d'achoppement et de ressemblance entre ces différents constitutionnalismes et la place du droit international.

S'agissant de la place du droit international dans l'ordre interne, il est remarquable que les néo-constitutionnalismes latino-américains et africains recèlent plus d'originalités que le constitutionnalisme moderne européen. S'agissant de ce dernier, cela ne peut surprendre, étant donné qu'il fut le premier à voir le jour, immédiatement après-guerre. Les néo-constitutionnalismes africains et latino-américains, plus récents, ont pris acte de plusieurs avancées normatives. La différence temporelle d'implantation a eu des conséquences sur le degré et la nature de l'internationalisation des constitutions dans les trois continents. Si le droit international général brille de tous ses feux dans les constitutions européennes, il ne mentionne pas – ou très peu – une branche spécifique, qui est le droit international des droits de l'homme. Or, là réside l'originalité du constitutionnalisme africain et latino-américain.

## **I. Le classicisme européen**

Je dirai tout d'abord quelques mots sur le classicisme du constitutionnalisme moderne européen. J'estime que le constitutionnalisme d'après-guerre en Europe est « classique » dans la mesure où il s'agit de la première vague du constitutionnalisme moderne. S'il a pris très au sérieux la protection des droits fondamentaux, cela n'a pas conduit à une appréhension spécifique du droit international des droits de l'homme au sein des constitutions européennes. Cette branche n'est au demeurant jamais dissociée du droit international général. Nous observons en Europe une prégnance du droit international général et une rareté du droit international des droits de l'homme. Le droit international général est rappelé au regard de son rang dans les constitutions européennes. La première question qui surgit en effet lors de l'étude des constitutions européennes est le rang du droit international et ses fonctionnalités dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, et en particulier pour le contrôle *a priori* des traités internationaux. En général, la problématique se limite à définir la valeur – législative ou supra-législative et infra-constitutionnelle – attribuée aux traités internationaux au sein des constitutions. Une variante de l'analyse consiste à s'interroger sur la nature, dualiste ou moniste, du système.

En Europe, on n'accorde point de valeur supra-constitutionnelle ou même constitutionnelle aux conventions internationales. Est-ce à dire qu'aucune constitution européenne ne mentionne le droit international des droits de l'homme ? Le constitutionnalisme d'après-guerre serait-il hermétique à la dimension humaniste de la protection des droits ? Pas tout à fait. L'histoire

de chaque pays démontre qu'une place lui a été accordée. Elle provient non pas de son rang, mais de son fonction herméneutique. Si sept pays sur les quarante-sept États membres européens faisant partie du Conseil de l'Europe, disposent de clauses d'interprétation conformes (la Roumanie, l'Espagne, le Portugal, le Kosovo, la Moldavie, la Bosnie Herzégovine et le Royaume-Uni), il y a la marque de l'histoire (par l'élaboration de constitutions de rupture avec des passés autoritaires et avec des conflits armés internes) et de la singularité constitutionnelle comme au Royaume-Uni. Ces clauses enjoignent les juges constitutionnels à interpréter les droits fondamentaux à l'aune du droit international des droits de l'homme. En général, le point commun de ces clauses est qu'elles se réfèrent toutes à la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui n'est pas un traité, mais une résolution adoptée par l'Assemblée générale, un texte de droit programmatique (du droit souple, *soft law*). En réalité, la Déclaration des droits de l'homme est devenue un socle éminemment universel de la protection des droits de l'homme. Les clauses portugaise et espagnole font de surcroît référence aux traités signés par l'État. Elles peuvent et doivent inspirer les juges constitutionnels dans l'interprétation des droits fondamentaux. La situation de ces pays est exceptionnelle. S'agissant du Royaume-Uni, avec le *Human Rights Act* de 1998, il a été enjoint à la Cour suprême britannique d'interpréter les droits britanniques à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Royaume-Uni et le Kosovo se rejoignent sur ce point. On note ici une primauté axiologique accordée à la convention européenne.

Si on observe plus avant toutefois la place du droit international dans les constitutions européennes, on se rend compte qu'il comporte une spécificité, qui est celle de la place accordée au droit de l'Union européenne. Il existe en effet en Europe une constitutionnalisation du phénomène « intégratif » européen. La constitutionnalisation de l'intégration européenne est ancrée dans des clauses *ad hoc* (à l'instar de l'article 88-1 de la Constitution française), parfois nommées clauses « Europe », comme en Allemagne (article 23). Néanmoins, on ne peut parler pour autant de constitutionnalisation du droit international des droits de l'homme. Telle est la différence notoire avec les constitutionnalismes africains et latino-américain.

## II. L'originalité africaine et latino-américaine

L'Afrique et l'Amérique latine ont connu d'importantes vagues de démocratisation à la fin des années 1980 et au début des années 1990. Certains soubresauts, au Rwanda, au Burundi, en Angola, ainsi que le printemps arabes, ont permis l'adoption de nouvelles constitutions dans les années 2000. Quoiqu'il en soit, les sous-bassements africain et latino-américain de ce nouveau

constitutionnalisme sont les mêmes qu'en Europe : consécration de l'État de droit par la séparation des pouvoirs et l'instauration de systèmes de justice constitutionnelle. La différence est l'existence d'un rapport singulier avec le droit international des droits de l'homme. Son importance se manifeste de deux manières : par le rang qui lui est attribué dans les constitutions d'une part, et par sa fonction herméneutique d'interprétation des droits fondamentaux d'autre part.

Le rôle du droit international des droits de l'homme en Amérique latine est très étendu. La première vague du constitutionnalisme latino-américain le démontre. Le paragraphe 22 de l'article 75 de la Constitution argentine du 22 août 1994, opère une distinction intéressante et révélatrice entre les traités et accords internationaux généraux ayant une simple valeur législative d'un côté, et neuf instruments internationaux de protection des droits de l'homme, auxquels il est accordé un rang constitutionnel, de l'autre. Le Venezuela a mis en place un système fondé sur l'article 23 de la Constitution de 1999, qui hisse le droit international des droits de l'homme au niveau constitutionnel. Tout éventuel conflit peut être réglé en accordant le primat aux « normes les plus favorables à la protection des êtres humains ». L'article 23 reconnaît en outre une applicabilité immédiate aux traités internationaux.

La deuxième vague du constitutionnalisme latino-américain, dans les années 2000, a vu la création soit de nouvelles constitutions, soit la réforme de constitutions déjà existantes. Au Mexique, une réforme très importante menée en 2011, a permis d'intégrer une référence explicite au droit international des droits de l'homme à l'article 1<sup>er</sup> de sa Constitution, sur la base d'arrêts de condamnation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme à l'encontre du Mexique. Cela fait du droit international des droits de l'homme un « curseur » du contrôle de constitutionnalité. De véritables ruptures constitutionnelles ont eu lieu dans d'autres pays, comme la Bolivie ou l'Équateur, qui ont érigé le droit international des droits de l'homme à un rang supra-constitutionnel.

Le processus est identique en Afrique. Le rang du droit international des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes est très intéressant. Le nombre de préambules des « jeunes » constitutions africaines mentionnant le droit international des droits de l'homme est élevé. Dans certains cas, il figure dans le texte même de la constitution. Je pense notamment à l'article 7 de la Constitution du Bénin, qui est l'emblème d'une ouverture maximale au droit international et régional africain. Une fois le droit international des droits de l'homme inséré au sein des préambules, qu'en est-il de leur valeur juridique ? De nombreux juges ont « juridictionnalisé » le préambule lorsque la constitution était muette. Dans d'autres cas, la constitution elle-même indiquait que le préambule faisait partie du texte constitutionnel, auquel cas la question ne se posait pas.

En Afrique, le droit international des droits de l'homme est également valorisé par sa fonction herméneutique. On découvre dans certains pays africains l'existence de clauses passerelles d'ouverture ou d'interprétation conforme. Je pense à l'Afrique du Sud, mais aussi à l'Angola ou au Cap Vert, dont les constitutions enjoignent les juges constitutionnels à interpréter les droits fondamentaux à l'aune du traité de protection internationale des droits de l'homme.

\*

Ce rapide tour d'horizon du constitutionnalisme moderne met en évidence un hiatus important entre l'Europe d'un côté, où le droit international des droits de l'homme est inexistant dans les constitutions «classiques» (adoptées après-guerre) et n'existe que dans de rares textes constitutionnels adoptés plus tardivement), et l'Afrique et l'Amérique latine de l'autre, où le droit international des droits de l'homme est devenu un curseur de la «fondamentalité» constitutionnelle. Au-delà de l'étude des textes, se pose bien entendu la question de la pratique judiciaire afin de savoir si les juges prennent au sérieux cette nouvelle donne...