



HAL
open science

Les constitutions Sud-américaines et le droit international

Ivonny Carolina Mora Burbano

► **To cite this version:**

Ivonny Carolina Mora Burbano. Les constitutions Sud-américaines et le droit international. Droit. Université de Bordeaux, 2019. Français. NNT : 2019BORD0337 . tel-02498394

HAL Id: tel-02498394

<https://theses.hal.science/tel-02498394>

Submitted on 4 Mar 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



LES CONSTITUTIONS SUD-AMERICAINES ET LE DROIT INTERNATIONAL

THESE
en vue de l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT
(Droit public, mention Droit International)

Présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2019
Par

Ivony Carolina MORA BURBANO

Sous la direction de
Monsieur le professeur **Olivier DUBOS**
Monsieur le Professeur **Sébastien PLATON**

Présidente du jury :

Mme Leila LANKARANI
Professeur de droit public, Université de Bourgogne Franche-Comté

Membres du Jury :

Mme Leila LANKARANI
Professeur de droit public, Université de Bourgogne Franche-Comté

Mme Francette FINES
Professeure des Universités en droit public. Centre D'Etudes juridiques et politiques

Mme Marta FRANCH SAGUER
Professeure à l'Université Autonome de Barcelona

M. Olivier DUBOS
Professeur à l'Université de Bordeaux, Directeur de Recherche

M. Sébastien PLATON
Professeur à l'Université de Bordeaux, Directeur de Recherche

Titre : Les Constitutions Sud-Américaines et le droit international

Résumé : Cette étude porte sur l'évolution de deux processus, à savoir l'internationalisation des Constitutions sud-américaines et la constitutionnalisation du droit international au sein des Etats sud-américains. Nous analysons l'existence ou l'absence d'une tendance dans le statut du droit international au sein des Constitutions dans la région. Pour ce faire, il y a un raisonnement en quatre étapes. La première étape consacrée à l'analyse des causes de l'inclusion du droit international au sein des Constitutions, la deuxième étape dédiée à l'étude de la reconnaissance constitutionnelle du droit international non conventionné, dans une troisième étape nous mesurerons l'influence du droit international et de la répartition des compétences des branches du pouvoir public sur la conclusion des traités. Finalement, dans une quatrième étape, c'est la valeur constitutionnelle des traités au sein des Constitutions Sud-Américaines qui va nous permettre d'identifier la position atypique des traités des droits de l'homme et de leur place privilégiée dans l'ordre juridique interne.

Mots clés : Droit international, droit constitutionnel, droits de l'homme, constitutionnalisation, internationalisation, traités, Constitution, contrôle constitutionnel, système interaméricain des droits de l'homme, conflit des normes.

Title: The South American Constitutions and international law

Summary: This study focuses on the evolution of two processes, the internationalization of South American constitutions and the constitutionalizing of international law within South American states. We analyze the existence or absence of a trend in the status of international law within the Constitutions in the region. To do this, there is a four-step reasoning. The first step devoted to the analysis of the causes of the inclusion of international law within the Constitutions, the second step dedicated to the study of the constitutional recognition of international law not under agreement, in a third step we will measure the influence of international law and the distribution of powers of the branches of public power on the conclusion of treaties. Finally, in a fourth step, it is the constitutional value of the treaties within the South American Constitutions which will allow us to identify the atypical position of human rights treaties and their privileged place in the legal order internal.

Keywords: International law, constitutional law, human rights, constitutionalizing, internationalization, treaties, Constitution, constitutional review, inter-American human rights system.

A Arthus, pour sa force d'esprit et son courage

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude à mes directeurs de thèse M. le professeur Olivier DUBOS et M. Le professeur Sébastien PLATON. Leur écoute attentive et bienveillante dont ils ont toujours fait preuve, les précieux conseils qu'ils m'ont prodigués ainsi que ses questions stimulantes ont été déterminantes dans la volonté d'entreprendre ce travail et de le mener à bien.

Je tiens aussi à remercier à mesdames Les professeurs Leila LANKARANI
Mme Francette FINES
et Mme Marta FRANCH SAGUER pour avoir accepté de faire partie de mon jury de soutenance, je les remercie pour le temps de lecture et de réflexion consacré à cette recherche.

Je voudrais, également, remercier toutes les personnes qui, sans être nommées, m'ont accompagnée pendant la réalisation de ce travail, pour leur disponibilité et pour la confiance qu'ils m'ont témoignée. La mise en page de cette thèse n'aurait pas été possible sans l'implication personnelle de mon amie Laetitia. Qu'elle trouve ici mon amicale gratitude.

Finalement, j'adresse toute ma reconnaissance et gratitude à ma famille, spécialement à Emma, Sophia et Arthus pour leur amour et leur patiente infinie.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET ACRONYMES

| | |
|--------------|---|
| A.A.I. | Autorité administrative indépendante |
| A.I.J.C | Annuaire International de Justice Constitutionnelle |
| A.J.D.A | Actualité juridique du Droit administratif |
| Al. | Alinéa |
| A.L.A.D.I | Association latino-américaine de libre-échange |
| Art. ; arts. | Article ; articles |
| Ass. | Arrêt d'assemblée |
| c/ | Contre |
| C.A.A. | Cour administrative d'appel |
| C.A.D.H. | Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme |
| C.A.P. | Cour d'appel de Paris |
| C.E.c. | Conseil d'État colombien |
| C.E.D.H. | Cour européenne des droits de l'homme |
| C.E.f. | Conseil d'État français |
| C.E.P.A.L | Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes |
| C.E., Sect. | Section du contentieux du Conseil d'État |
| Cf. | Se rapporter à |
| C.F.P.A. | Les cahiers de la fonction publique et de l'administration |
| Ch. | Chambre |
| Chron. | Chronique |
| C.I.D.H. | Cour Interaméricaine des droits de l'Homme |
| C.I.J. | Cour Internationale de Justice |
| Coll. | Collection |
| Comm. | Commission |
| Const. | Constitution |
| Com. E.D.H. | Commission européenne des droits de l'homme |
| Conv. E.D.H. | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme |
| C.P.A.C.A. | Code de la procédure administrative et du Contentieux administratif |

| | |
|--------------|---|
| C.P.C.c. | Code colombien de la procédure civile |
| C.S.J. | Conseil Supérieur de la Judicature de Colombie |
| C.S.J. | Cour Suprême de Justice |
| C.J.C.E. | Cour de Justice des communautés européennes |
| | |
| D. | Recueil Dalloz |
| Doc. fr. | La documentation française |
| D.C. | Décision de conformité du Conseil Constitutionnel |
| D.D.H.C. | Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen |
| D.I.H. | Droit International Humanitaire |
| D.U.D.H. | Déclaration Universelle des Droits de l'Homme |
| éd. | Édition |
| Ibidem | Même document ; mais, page différent |
| Idem | Au même endroit |
| IIDH | Institut Interaméricain des droits d l'homme |
| J.A | justice administrative |
| J.O. | Journal officiel |
| J.O.C.E. | Journal officiel des Communautés européennes |
| L.G.D.J. | Librairie générale de droit et de jurisprudence |
| L.F. | Loi Fondamentale |
| MERCOSUR | marché commun du sud |
| M.R. | Magistrat rapporteur |
| No | Numéro |
| O.E.A. | Organisation des Etats Américains |
| O.I.T. | Organisation internationale du travail |
| O.M.C. | Organisation mondiale du commerce |
| O.N.U. (N.U) | Organisation des Nations unies |
| op. cit. | Ouvrage cité |
| Ord. | Ordonnance |
| O.T.A.N. | Organisation du traité de l'Atlantique nord |
| p. pp. | Page ; pages |
| P.G.D. | Principe général du droit |
| Paragr. | Paragraphe |
| P.U.A.M. | Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| P.U.F. | Presses universitaires de France |
| P.U.G. | Presses universitaires de Grenoble |
| Q.P.C. | Question prioritaire de constitutionnalité |
| R.A.P. | Revista de administración pública (Espagne) |
| Rec. | Recueil des arrêts du Conseil d'État |

| | |
|--------------|---|
| R.D.P. | Revue du droit public et de la science politique en France |
| R.E.D.A. | Revista española de derecho administrativo |
| R.F.D.A. | Revue française de droit administratif |
| R.F.D.C. | Revue française de droit Constitutionnel |
| R.E.D.P. | Revue européenne de droit public |
| R.F.D.C. | Revue française de droit Constitutionnel |
| R.I.E.J. | Revue interdisciplinaire d'études juridiques |
| S.C.U.E. | Supreme Court of the United States |
| S.T.J | Suprême Tribunal de Justice |
| Sect. | Section |
| suiv. | Suivantes |
| T. | Tome |
| T.L.C | Traité de libre commerce |
| trad. | Traduction |
| T.S.J | Tribunal Suprême de Justice |
| U.A. | Union Africaine |
| U.E. | Union européenne |
| UNASUR | Union des nations sud-américaines |
| U.N.E.S.C.O. | Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture |
| Vol. | Volume |

SOMMAIRE

Remerciements

Liste des principales abréviations et acronymes

INTRODUCTION GENERALE

PREMIERE PARTIE :

LES ORIGINES DE L'ADAPTATION CONSTITUTIONNELLE SUD-AMERICAINE AU DROIT INTERNATIONAL

Chapitre I : La démocratie comme soubassement de l'adaptation constitutionnelle sud-américaine

Chapitre II : Le phénomène de la globalisation

Chapitre III: Des processus d'intégration régionale

DEUXIEME PARTIE :

UNE HETEROGENEITE DANS LES MODES D'INTEGRATION CONSTITUTIONNELLE DU DROIT INTERNATIONAL NON CONVENTIONNEL

Chapitre I : La coutume internationale

Chapitre II : Les principes du droit international

Chapitre III: *Le Jus Cogens*

TROISIEME PARTIE :

LES METHODES DE FORMATION DU DROIT CONVENTIONNEL SELON LES CONSTITUTIONS SUD-AMERICAINES

Chapitre I : Les prérogatives de l'exécutif dans la conclusion des traités

Chapitre II : Les prérogatives du législatif dans la conclusion des traités

Chapitre III : L'intervention du pouvoir judiciaire

QUATRIEME PARTIE :

LE CONFLIT DES NORMES : LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DES NORMES INTERNATIONALES DANS LES ETATS SUDAMERICAINS

Chapitre I: Le contrôle constitutionnel *a posteriori* des traités internationaux

Chapitre II: Le conflit entre les traités internationaux classiques et les lois nationales

Chapitre III: La position privilégiée des droits de l'homme en tant que « Jus cogens »

CONCLUSIONS GENERALES

TABLE DES MATIERES

BIBLIOGRAPHIE

ANNEXES

INTRODUCTION

Avec l'arrivée des espagnols et des portugais en 1492, la colonisation européenne s'installe dans le « Nouveau Monde ». Pendant cette longue période, l'Amérique n'est qu'une spectatrice du développement du droit international. En effet, sans une reconnaissance par la communauté internationale de chacun des Etats américains, il était impossible de faire partie de la scène internationale.

Il aura fallu à ces Etats près de quatre siècles pour récupérer leur indépendance. Simon Bolivar, connu sous la dénomination du « libérateur », a commencé dans les années 1810 un mouvement pour l'indépendance des Etats Sud-Américains avec la ferme intention de « créer » une confédération des nations. En effet, selon Simon Bolivar, la fédération des nations était une évidence pour des Etats qui partageaient une même histoire et une même religion. Ainsi, il écrit dans la charte de la Jamaïque : *« c'est une idée formidable que de vouloir intégrer le Nouveau Monde en une seule nation avec un seul lien entre les Etats. Compte-tenu de leurs origine, langue, coutumes et religion communes, il est par conséquent évident d'avoir un seul gouvernement dans la confédération de tous les Etats qui se forment ; (...) cela serait tellement beau que l'isthme de Panama soit pour nous ce que Corinthe est pour les Grecs.... »*¹

C'est donc avec cette idée en tête que « le libérateur » organise un congrès à Panama où il invite la plupart des nouveaux Etats du continent américain. Ce congrès, également connu sous le nom de Congrès Amphictyonique, en Mémoire de la Ligue Amphictyonique de la Grèce Antique, a eu lieu

¹ Simón Bolívar: *Chronologie* (1783-1830). Charte de la Jamaïque Kingston, 6 septembre 1815. Page web de l'Université de Los Andes, Mérida, Venezuela. (Copié par Vicente Lecuna (lettres, 125) de: Francisco Javier Yanes et Cristóbal Mendoza Montilla: "Collection des documents relatifs à la vie publique du libérateur de la Colombie et du Pérou Simon Bolivar pour servir à la histoire de l'Indépendance de l'Amérique du Sud. Caracas, 1833, T. XXII, p. 207 a 229).

du 22 juin au 17 Juillet 1826 dans la ville de Panama. Les sujets évoqués abordent tous la question du droit international au travers de débats sur la réaffirmation de la Doctrine Monroe², la création d'un droit international propre aux Amériques, les traités des frontières, le soutien à l'Indépendance de Cuba et du Costa Rica, la création d'une force militaire commune, et la conclusion des traités de commerce ainsi que des traités d'union et de confédération. Hélas, au cours de ces débats, chaque Etat défend ses propres intérêts plutôt que ceux de la nouvelle confédération. Dans ce contexte, inutile de préciser que les résultats du Congrès sont mitigés, voire médiocres. Bolivar manifeste son mécontentement en affirmant à propos dudit Congrès que « *son pouvoir sera une ombre et ses décrets rien de plus que des conseils* »³. Et en effet, le Traité de l'Union et de la Confédération Perpétuelle, qui a été le résultat du Congrès du Panama, n'est jamais entré en vigueur.

C'est avec cet échec que commence le long et singulier parcours du droit international en Amérique Latine. Car le rêve de Simon Bolivar ne s'est pas éteint avec lui, et le Congrès de Panama a su inspirer d'autres mouvements qui ont partagé le même objectif : un droit international propre à l'Amérique.

L'EXISTENCE D'UN DROIT INTERNATIONAL AMERICAIN

Cette idée de droit international américain n'est pas apparue uniquement en raison de la méfiance à l'égard du vieux continent, mais également en raison des besoins particuliers des nouveaux Etats. C'est ainsi qu'au travers des différentes conférences panaméricaines organisées entre 1889 et 1948, se sont développées un certain nombre de doctrines sur le droit international américain. Tout d'abord, nous trouvons le panaméricanisme, qui est « *un mouvement diplomatique, politique,*

² « Ladite doctrine, contenue dans le Message du Président Monroe du 2 décembre 1823, est résumée par un dicton populaire : « L'Amérique aux Américains. » En réalité elle se compose de deux parties bien distinctes : le paragraphe 7 dudit Message est relatif à l'interdiction de la colonisation que pourraient tenter les États européens sur le sol américain et les paragraphes 48 et 49 refusent aux mêmes États le droit d'intervenir dans les affaires du Nouveau Monde ». La doctrine Monroe. Revue de questions historiques 1928.

³ BELUCHE Olmedo, "Unidad latinoamericana. Utopía Bolivariana o posibilidad real ? : a 180 años del Congreso Anfictionico de Panama". Colección Ideas Claves. Gobierno Bolivariano de Venezuela, Ministerio de Comunicación e información. 2006

économique et social qui cherche à créer, encourager et organiser les relations, associations et coopérations entre les Etats d'Amérique en vertu d'intérêts communs »⁴.

Le panaméricanisme recherche l'intégration et la création de normes internationales propres à la région avec un objectif commun : l'éloignement de l'Europe. Ainsi, elle trouve son fondement dans la Doctrine Monroe et l'hispano-américanisme de Bolivar. Cependant, selon ses détracteurs tels que Felix Fernandez Shaw, « *non seulement il y a une différence dans ses systèmes, mais aussi dans ses fondements. [La Doctrine] Monroe est le fondement du panaméricanisme et Bolivar le fondement de l'hispano-américanisme. Quand nous analysons la pensée de l'un et de l'autre, selon Badia Malagrida, nous pouvons déduire que Monroe est une doctrine américaine, unilatérale, pacifiste, démocratique avec deux faces : une positive, l'Amérique pour les Américains et une face négative, les Américains en Amérique seulement. La doctrine de Bolivar est américaniste dans l'idée et dans le sentiment, il ne s'agit pas d'une doctrine unilatérale* »⁵.

En tout état de cause, le panaméricanisme reste une théorie très éloignée de la réalité, puisque son but est que le continent américain tout entier soit considéré comme une seule nation, sans prendre en compte la pluralité des peuples. C'est dans cette perspective qu'apparaît le système interaméricain qui a été consolidé avec la création de l'OEA en 1948.

Le système interaméricain a pour objectif, à l'égal de son prédécesseur le panaméricanisme, l'intégration de la région autour d'un droit international propre. Mais ce système respecte et reconnaît la diversité du continent américain et il en donne l'assurance en reprenant certains principes du droit international qui ont été consacrés dans le Congrès de Panama, tels que l'égalité juridique des Etats, la résolution des conflits par voie pacifique, la démocratie et l'équité sociale.

L'existence ou non d'un droit international américain suscite toujours un grand débat dans la région. Le professeur Celso de Albuquerque Mello, un défenseur de l'existence d'un droit international américain, affirme que : « *le droit international américain, stricto sensu, c'est-à-dire en tenant compte seulement des principes normatifs, peut être défini comme l'ensemble des normes*

⁴ *DICIONNAIRE de la terminologie du droit international*. Paris: Sirey, 1960. p. 436

⁵ SHAW Felix Fernandez, "La Organización de Los Estados Americanos (O.E.A.): una nueva visión de América." 2. ed. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1963. p. 70.

conventionnelles et usuelles développées sur le continent américain et appliquées dans les relations internationales »⁶. « *Dans un sens plus large, le droit international américain est l'ensemble des principes, normes, doctrines et pratiques appliqués dans les relations interaméricaines* »⁷. Mais on trouve également des adversaires à cette théorie, tels que le professeur Luiz Ivani de Amorim Araujo qui affirme que « *le droit international public est un droit universel et ne peut pas être accepté comme un droit divisé selon le nombre des continents ou des idéologies politico-philosophiques. Les droits internationaux publics américain et soviétique sont seulement des doctrines que certains Etats appliquent avec des degrés différents, sans pour autant perdre leur caractère de droit international public universel* »⁸.

Malgré leur différence, nous trouvons un point commun à ces deux théories. Les deux auteurs reconnaissent le développement de figures juridiques propres au sein des relations entre les Etats américains, l'un affirme que ce sont ces figures qui font naître le droit international américain, et l'autre que ce sont des méthodes propres mais qui ne sortent pas du cadre établi par le droit international public universel.

Effectivement, une fois que les jeunes Etats américains ont obtenu la reconnaissance de leur personnalité juridique et qu'ils ont donc pu se prévaloir du droit international, ils ont établi des relations avec leurs semblables. Cela a parfois engendré des situations dans lesquelles il fallait innover afin de trouver une solution au conflit sans perturber la déjà fragile harmonie de la région. En ce sens, le juriste Podesta Costa fait un descriptif des apports au droit international que l'on doit aux Etats américains : « *les pays américains ont introduit ou affirmé les suivantes normes du droit international : la reconnaissance de la belligérance, la liberté de la mer pour les pays neutres ; le droit des étrangers sur une base d'égalité civile avec les nationaux, le droit de la libre expatriation, l'égalité juridique des Etats, le principe de non-intervention, la doctrine Calvo et la doctrine Drago comme restrictions des abus dans les réclamations étrangères, la conciliation internationale et le*

⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.*, 1995, p. 180.

⁷ MELLO Celso D. de Albuquerque, "Direito Internacional Americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica" Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.36

⁸ ARAÚJO Luiz Ivani de Amorim, "Da globalização do direito internacional público: os choques regionais" Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 119-120

développement de l'arbitrage comme solutions des conflits, la règle de la non-reconnaissance des conquêtes territoriales et la codification du droit international »⁹.

Quelle que soit la position prise dans le débat sur l'existence ou non d'un droit international américain, il est indéniable que l'apparition de ces doctrines a eu et a encore une influence sur l'approche qu'ont les Etats latino-américains sur la notion du droit international entendue comme « l'ensemble des normes et principes qui encadrent les relations juridiques établies entre les sujets de la communauté internationale »¹⁰ et cette approche se voit matérialisée dans le statut octroyé par chaque Etat en exercice de sa souveraineté audit droit international.

LA NOTION DE CONSTITUTION EN AMERIQUE DU SUD

L'importance du droit international au sein des Etats se mesure à la place qu'il occupe dans la Constitution et les lois, lesquelles déterminent les compétences des pouvoirs publics dans la conclusion des traités et leur valeur constitutionnelle et légale dans l'ordre juridique interne.

Dans cette étude, nous nous consacrerons à l'analyse dudit statut de droit international conventionnel et non conventionnel au sein des Constitutions Sud-Américaines. Pour cela nous nous intéresserons d'abord à la définition de la Constitution telle qu'elle a été retenue dans cette partie du continent américain.

L'Amérique du Sud est composée de douze Etats, à savoir la Colombie, le Pérou, l'Equateur, le Venezuela, la Bolivie, le Chili, le Paraguay, l'Uruguay, l'Argentine, le Brésil, le Surinam et la Guyane.

Nous excluons du présent travail, le Surinam et la Guyane. Cette exclusion est faite en fonction des particularités de ces deux Etats, car ils ne partagent pas le socle constitué par une identité culturelle, une identité politique et une identité linguistique des autres Etats Sud-Américains. En effet ces deux Etats ont une évolution politique et sociale très différente. Ainsi, le Surinam est une

⁹ COSTA L. A. Podestá, "Derecho internacional público" Buenos Aires: Tipográfica Ed. Argentina, 1955.

¹⁰ MENEZES, Wagner. Derecho internacional en America Latina. Traducción de Ana Carolina Iza ga de Senna Ganem. Fundacion Alexandre de Gusmao. Ministerio de relaciones exteriores. Brasilia DF. 2010. Pag. 114.

ancienne colonie hollandaise qui a eu son indépendance assez tardivement en comparaison avec les autres Etats Sud-Américains (1975), sa langue officielle est le néerlandais. En ce qui concerne la Guyana, elle a obtenu son indépendance du Royaume Uni le 26 mai 1966, sa langue officielle est l'anglais.

Les dix Etats objet de la présente étude ont eu bien évidemment une évolution et une conception constitutionnelle propre. Cependant, ils partagent un même point de départ : l'indépendance¹¹. En effet, l'installation d'une république a été la priorité des « libérateurs », et pour cela la rédaction d'une Constitution était indispensable. Ainsi, on trouve, depuis les premières Constitutions, des influences de l'Europe et de l'Amérique du Nord. La séparation des pouvoirs a été consolidée dans l'intégralité des Constitutions, de même que le principe de souveraineté et les droits octroyés aux citoyens.

Bien que des caractéristiques propres au constitutionalisme libéral soient présentes dans le corps constitutionnel sud-américain, le processus d'évolution et les résultats n'en ont pas été les mêmes. A ce propos, Giancarlo Rolla affirme : « *si bien qu'il n'y ait pas de doute sur le fait que l'Amérique Latine ait appliqué la pensée philosophique et politique du monde moderne et civilisé, au travers de l'ordre constitutionnel, il est certain que cela a été encadré par un procédé original dans le sens que les solutions constitutionnelles introduites dans l'étape de l'indépendance avaient des éléments différents de l'expérience européenne, ce qui permet d'affirmer que « l'Europe est la source, mais l'Amérique Latine est une réalité propre »* »¹².

¹¹ Il faut préciser que dès cette période nous allons faire une différence entre le Brésil et les autres Etats faisant partie de la présente étude. En effet, la Colombie, le Pérou, l'Equateur, la Bolivie, l'Uruguay, le Paraguay, le Venezuela, le Chili et l'Argentine ont en commun qu'ils ont été à l'origine de l'instauration d'une Constitution. Par contre, le Brésil a une histoire bien différente : « le cas du Brésil est radicalement distinct, puisque ce pays devient indépendant en 1822 sans rupture institutionnelle. Fuyant l'invasion des troupes de Napoléon en 1807, le roi du Portugal Joao VI s'était réfugié au Brésil. Il retourna en Métropole en 1821, en laissant sur place son fils Dom Pedro à qui il confia la régence de la colonie. Les revendications d'autonomie, émanant là aussi des populations créoles(...) aboutirent à la proclamation de l'indépendance par le régent en 1825. Une Constitution fut élaborée. Elle mettait en place un régime original : une structure fédérale sur le modèle étatsunien d'une part, une monarchie parlementaire sur le modèle anglais d'autre part » COUFFIGNAL, Georges. *La nouvelle Amérique Latine*. Sciencespo. Les presses. 2013. P. 54

¹² ROLLA Giancarlo, "La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional" in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Número 16, Enero/diciembre 2012 pag 4: "si bien no hay duda de que América Latina ha participado plenamente "del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional, es igualmente cierto que ello se produjo sobre la base de un original proceso, en el sentido de que las soluciones constitucionales introducidas en la fase de independencia

La définition de Constitution dans les Etats sud-américains a constamment évolué. Ainsi, dans la première étape constitutionnaliste, c'est-à-dire celle comprise entre 1810 et 1830, la Constitution est définie comme « un texte normatif écrit situé au sommet de l'ordre juridique interne, qui avait dans son corps les dispositions essentielles sur la nature de l'Etat, la situation des êtres humains, leurs droits, la souveraineté, la formation de la volonté politique, la nationalité et la citoyenneté, le suffrage, la forme et la structure du gouvernement et de ses pouvoirs. Ce texte supérieur à la loi avait un caractère rigide »¹³.

A cette période, la Constitution avait en Amérique du Sud une importance majeure, non pas pour les droits qu'elle protégeait mais pour le symbole de l'indépendance des Etats sud-américains qu'elle représentait. La Constitution étant automatiquement liée à l'existence d'un Etat, cela permettait une reconnaissance internationale : « le symbole visible d'une Constitution était d'être un puissant instrument pour la recherche de respectabilité internationale »¹⁴. Mais cette conception s'est transformée : Roberto Miciano et Victor Martinez, dans un rapport sur le droit constitutionnel latino-américain, précisent à ce sujet que « depuis quelques décennies, et devant la fragilité d'un concept de Constitution, le néo-constitutionnalisme fait la différence entre les concepts formel et matériel d'Etat constitutionnel. La différence consiste à comprendre qu'un Etat n'est pas constitutionnel seulement pour avoir un texte dénommé « Constitution » (concept formel), un Etat est constitutionnel quand il a une Constitution dans le sens propre du terme (concept matériel), c'est-à-dire qui est le fruit de la légitimité démocratique et qui a les instruments nécessaires pour garantir la limitation du pouvoir et l'efficacité des droits consacrés par le corps constitutionnel (...). Ainsi, la Constitution est la codification des décisions politiques

contenían significativos elementos de diferenciación respecto a la experiencia contemporánea europea. Esto ha permitido sostener que “Europa es la matriz, pero América Latina es una realidad propia”.

¹³ GROS ESPIELL Hector. “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 147: “un texto normativo escrito de jerarquía suprema, que reuniese en sí las disposiciones esenciales relativas a la naturaleza del estado, a la situación en el de los seres humanos y a sus derechos, a la soberanía, a la formación de la voluntad política, a la nacionalidad y a la ciudadanía, al sufragio, su organización y garantías, a la forma y a la estructura del gobierno y a los poderes actuantes dentro de él. Este texto, situado por encima de la ley, debía tener, como consecuencia, carácter rígido”.

¹⁴ PEELER John, “Building democracy in latin America”. Boulder et Londres, Lynne Rienner Publishers, 1998, P. 41 Note 24.

fondamentales adoptées par la souveraineté populaire, et elle est l'élément d'union entre la politique, le droit et le mécanisme de légitimation démocratique de ce dernier»¹⁵

Cette définition correspond à la conception actuelle des Etats sud-américains de ce qu'est et de ce que représente la Constitution, une définition qui peut être complétée par celle d'Alexis de Tocqueville comme étant « *une œuvre à part qui, représentant la volonté de tout le peuple, oblige les législateurs comme les simples citoyens, mais qui peut être changée par la volonté du peuple, suivant des formes qu'on a établies et dans des cas qu'on a prévus, En Amérique, la Constitution peut donc varier. Mais, tant qu'elle existe, elle est l'origine de tous les pouvoirs. La force prédominante est en elle-seule* »¹⁶.

Dans ce contexte, on trouve dans l'actuel corps constitutionnel sud-américain une partie dogmatique, dans laquelle sont consacrés les principes selon lesquels vont être développés les articles constitutionnels. On va notamment remarquer ici un attachement à la souveraineté, entendue comme étant un attribut supérieur qui a son origine dans le peuple et « *qui devient tout à la fois fondatrice, créatrice et justificatrice du pouvoir* »¹⁷. On remarque également un attachement à la proclamation des droits des individus, avec un encadrement des mécanismes constitutionnels de protection desdits droits constitutionnels et une partie organique consacrée à l'organisation, la limitation et la répartition du pouvoir public.

Au fil du temps, les clauses de cette partie qui font référence au droit international vont non seulement se multiplier mais également devenir plus importantes, et cela en raison de

¹⁵ Corte Constitucional de Ecuador para el periodo de transición, "El nuevo constitucionalismo en América Latina". 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010 Pág. 15: « pero, desde hace unas décadas, ante el progresivo debilitamiento de un concepto fuerte de constitución, el neoconstitucionalismo ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional. La distinción estriba en entender que no es un Estado Constitucional aquel que cuenta con un texto que se autodenomina constitución (concepto formal) sino el que cuenta con una constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional(...) por lo tanto, la constitución es la jurificación de las decisiones políticas fundamentales adoptadas por la soberanía popular, es el elemento de enlace entre la política y derecho y el mecanismo de legitimación democrática de este.»

¹⁶ TOCQUEVILLE Alexis, « De la démocratie en Amérique, Tome I », Gallimard, folio historie 1986, P. 167.

¹⁷ RIGAUDIERE Albert, « L'invention de la souveraineté » in Revue française d'études constitutionnelles et politiques. No 67. 1^{re} édition Novembre 1993. P, 5.

l'accroissement de la tendance constitutionnelle sud-américaine qui consiste à réglementer les rapports avec le droit international. L'accroissement de cette tendance est dû à trois grands facteurs : la stabilité démocratique, la globalisation et la consolidation des intégrations dans la région. Cette inclusion renforcée du droit international au sein des Constitutions s'est traduite par une reconnaissance constitutionnelle du droit international. Il s'agit ici d'un processus qui mérite une analyse approfondie, analyse que nous allons nous attacher à faire dans la première partie de cette étude.

VERS UNE INTERNATIONALISATION DE LA CONSTITUTION

En ce qui concerne les rapports entre Constitution et droit international, il est assez fréquent de trouver des études qui portent sur ce sujet sous l'angle de « *l'internationalisation du droit constitutionnel* », entendue comme une évolution juridique dans la relation droit interne et droit international.

Selon Mme Delmas Marty : « *l'expression internationalisation du droit ne désigne pas une catégorie juridique stabilisée, comme le droit interne ou international, mais un processus, une dynamique qui marque une ouverture des systèmes, des droits et atténue les frontières entre le dedans et le dehors* ». ¹⁸

Mme Tourard, dans son remarquable travail sur l'internationalisation des Constitutions, définit l'internationalisation comme « *un processus à double sens : d'une part, il existe un développement de la prise en considération par les Constitutions nationales du rapport de l'Etat avec le droit international ; d'autre part, on constate une pénétration croissante des normes internationales en droit constitutionnel et donc une soumission au droit international de l'ensemble des dispositions constitutionnelles. L'internationalisation des Constitutions correspond à un degré de plus en plus fort de pénétration du droit international en droit constitutionnel* » ¹⁹.

¹⁸ DELMAS-MARTY M. et BREYERS S, « Regards croisés sur l'internationalisation du droit France – Etats Unis ». Paris, Société de législation comparée. 2009 P 25.

¹⁹ TOURARD Hélène, « L'internationalisation des Constitutions nationales » Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 96, Paris, L.G.D.J., 2000.

Nous pouvons aussi signaler la définition très précise de M. Constantinesco et M. Pierré-Caps : « *l'internationalisation désigne la soumission de rapports juridiques de droit interne à des règles internationales* »²⁰.

En ce qui concerne l'Amérique du Sud, l'internationalisation n'est pas admise comme une soumission de la Constitution au droit international, mais plutôt comme une influence. Ainsi, le professeur allemand Matthias Herdegen, à partir d'une perspective latino-américaine, décrit l'internationalisation comme un processus « *au travers duquel les standards issus de l'extérieur ont une influence sur l'ordre constitutionnel. Ici la Constitution apparaît comme un objet d'influence de ces standards externes. D'un autre côté, la loi constitutionnelle se présente comme un sujet actif qui s'ouvre vers l'extérieur pour ainsi s'accoupler avec les standards du droit international* »²¹.

Depuis les années 1990, compte tenu de l'influence grandissante du droit international, des réformes constitutionnelles ont été effectuées. On remarque également un phénomène plus répandu de constitutionnalisation du droit international. En effet, les Etats sud-américains ont voulu s'approprier des normes internationales, et tout particulièrement celles qui portent sur les Droits de l'Homme dans le but de garantir leur efficacité.

Cette étude porte sur le fait de déterminer le degré de développement de ces deux processus, à savoir l'internationalisation des Constitutions sud-américaines et la constitutionnalisation du droit international au sein des Etats sud-américains. Ensuite, nous analyserons l'existence ou l'absence d'une tendance dans le statut du droit international au sein des Constitutions dans la région. Pour ce faire, nous suivrons un raisonnement en quatre étapes.

²⁰ CONSTANTINESCO Vlad et PIERRE-CAPS Stéphane, « Droit constitutionnel ». Presses Universitaires de France. 2004. P. 215.

²¹ HERDEGEN Matthias, "La internacionalización del orden constitucional" Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010. P 71-81: " a través del cual los estándares provenientes del exterior influyen sobre el orden constitucional. Aquí se presenta la constitución como objeto de influencia de tales estándares externos? Por otro lado, la ley constitucional se presenta como sujeto activo que se abre hacia el exterior para así acoplarse con los estándares de derecho internacional"

La première étape sera consacrée à l'analyse des causes de l'inclusion du droit international au sein des Constitutions, nous analyserons les objectifs recherchés avec chaque avancée et les moyens qui ont été mis en place pour leur aboutissement.

La deuxième étape sera dédiée à l'étude de la reconnaissance constitutionnelle du droit international non conventionné, nous verrons les difficultés qui ont eu et qui ont encore les Constitutions sud-américaines face au droit international général, les particularités de sa reconnaissance et le développement d'un droit international régional.

Dans une troisième étape nous nous attacherons à mesurer l'influence du droit international et de la répartition des compétences des branches du pouvoir public sur la conclusion des traités. Ainsi, nous serons en mesure de déterminer non seulement les étapes de conclusion retenues par les Etats Sud-Américains mais aussi toutes les particularités et les restrictions des pouvoirs publics dans la conclusion des différentes sortes de traités.

Finalement, dans une quatrième étape, nous étudierons la valeur constitutionnelle des traités au sein des Constitutions Sud-Américaines. Nous nous apercevront de la position atypique des traités des droits de l'homme et de leur place privilégiée dans l'ordre juridique interne, mais pour mettre en exergue cette exception à la règle nous devons étudier la valeur des traités « classiques » face à la loi. Nous allons également examiner, au regard des conflits de normes, la position prépondérante du juge constitutionnel pour déterminer la validité et l'application des normes internationales, et cela au travers du contrôle constitutionnel « a posteriori » ou répressif qui met lui en exergue un principe fort important au sein des Constitutions Sud-américaines : le principe de la suprématie constitutionnelle.

Il faut préciser dès à présent que bien qu'il ne s'agit pas ici d'aborder le débat classique sur le monisme ou le dualisme, nous aborderons le sujet à partir d'un regard sur la validité et l'application de la norme et non à partir de la réception de la norme. Cela sera fait avec l'objectif de mettre en avant la théorie conciliatrice qui est la thèse la plus répandue en Amérique latine, Ernesto Rey Cantor la définit ainsi : « *est dénommée thèse conciliatrice ou de l'harmonisation, puisque dans l'essence il s'agit de la coordination du droit international et du droit interne, il s'agit donc d'une thèse intermédiaire [...]* ».

PREMIERE PARTIE

LES ORIGINES DE L'ADAPTATION CONSTITUTIONNELLE SUD-AMERICAINE AU DROIT INTERNATIONAL

Après la fin de la Deuxième Guerre Mondiale, et dans le contexte de la Guerre Froide, naît le concept d'Etat de Sécurité Nationale, « *concept utilisé pour désigner la défense militaire et la sécurité interne, face à des menaces de révolution, face à l'instabilité du capitalisme et face à la capacité destructrice des armements nucléaires* »²². Les Etats Sud-Américains se sont inspirés de ce concept américain pour établir « *la doctrine de la sécurité nationale* » qui se caractérise par le fait de « *maintenir l'idée qu'à partir de la Sécurité de l'Etat se maintient celle de la société, (...) considérer que pour réussir son objectif il fallait un contrôle militaire de l'Etat (...) et la substitution d'un ennemi externe par un ennemi interne* »²³. Cette doctrine, qui a été soutenue par

²² LEAL BUITRAGO Francisco, "La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur". Revista de estudios sociales No. 15. Junio 2003. Pág., 74. "es un concepto se utilizó para designar la defensa militar y la seguridad interna, frente a las amenazas de revolución, la inestabilidad del capitalismo y la capacidad destructora de los armamentos nucleares".

²³ LEAL BUITRAGO Francisco, "La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur". Revista de estudios sociales No. 15. Junio 2003. Pág., 74 "esta variante mantuvo la idea de que a partir de la

les Etats-Unis d'Amérique, fut le socle des relations internationales durant l'Après-Guerre et est à l'origine de l'installation des dictatures essentiellement militaires dans les Etats sud-américains.²⁴

Pendant cette période, les Etats de l'Amérique du Sud ont été submergés par des conflits internes qui ont semé la terreur. L'instabilité de la région ne permettait pas un développement des relations internationales des Etats et leur retard économique et social fut tel que toute la région était considérée par les Occidentaux comme faisant partie du Tiers-Monde.

A la fin des années 1970, la totalité de l'Amérique Latine voit dans le discours du néo-libéralisme une sortie de crise. Mais pour y accéder, un changement s'impose : « *un gouvernement, pour être moderne [...], doit être compatible avec le discours néolibéral dans l'adoption des mesures de libération, dans la suppression des obstacles douaniers, il doit respecter les objectifs des organismes économiques internationaux, s'intégrer aux schémas régionaux d'intégration économique et payer ses dettes, pour être crédible sur la scène internationale* »²⁵.

Ces changements sont préconisés aussi par le Consensus de Washington, nom attribué à l'ensemble de prescriptions établies par le FMI et la Banque Mondiale qui « *ont été imposées aux Etats latino-américains pour sortir de la crise de la dette : réduction drastique des dépenses de l'Etat, privatisations, libéralisation des échanges et dérégulation. A la fin des années 1990, des éléments*

seguridad del estado se garantizaba la de la sociedad (...) considerar que para lograr ese objetivo era menester el control militar del estado (...) la sustitución del enemigo externo por el enemigo interno»

²⁴ Argentine : 1930-1946, 1951-1958, 1962-1963, 1966-1973, 1976-1983. La Bolivie : 1930-1952, 1964-1982. Le Brésil: 1930-1945, 1964-1985. Le Chili: 1973-1989. La Colombie: 1953-1958. L'Equateur: 1925-1948, 1961-1978. Le Pérou: 1930-1939, 1948-1956, 1962-1963, 1968-1980. L'Uruguay: 1933-1942, 1973-1984. Le Venezuela: 1935-1945, 1948-1958. Regimenes dictatoriales desde 1930. Historia General de América Latina. Tomo III. América latina desde 1930. UNESCO/trotta.2008. P. 355.

²⁵ MENEZES Wagner, "Derecho internacional en América Latina". Traducción de Ana Carolina Izaga de Senna Ganem. Fundacion Alexandre de Gusmao. Ministerio de relaciones exteriores. Brasilia DF. 2010. P. 59: « un gobierno para ser moderno y de vanguardia, o representar los nuevos tiempos, debería corroborar con el discurso neoliberal en la adopción de medidas de liberación, acabar con las barreras tarifarias, cumplir las metas de los organismos económicos internacionales, integrarse a esquemas regionales de integración económica, pagar sus deudas para mantener la credibilidad internacional. »

*de gestion démocratique, de consultation, de transparence et de contrôle y ont été ajoutés pour former les préceptes dits de la « bonne gouvernance » ou de « gouvernance démocratique »*²⁶ .

Pour obtenir une reconnaissance internationale, il fallait donc une stabilité interne, il fallait des changements de fond. Ainsi, les Etats sud-américains s'intéressent à l'ouverture mondiale, et pour cela l'inclusion du droit international au sein de la loi suprême était indispensable.

Les changements constitutionnels qui se sont produits dans l'intégralité des Etats sud-américains cherchaient à mettre un terme à divers conflits : les dictatures, l'autoritarisme et les conflits armés. Ces changements avaient trois buts en commun : le processus de démocratisation de la région, la globalisation et l'intégration régionale. Ils cherchaient à atteindre deux objectifs majeurs étroitement liés : consolider la démocratie et atteindre un rôle prépondérant sur la scène internationale.

Ces mutations constitutionnelles ont pris la forme soit de réformes approfondies des Constitutions qui étaient déjà en vigueur, soit de nouvelles Constitutions. Ainsi, le Brésil (en 1988), la Colombie (en 1991), le Paraguay (en 1992), le Pérou (en 1993), l'Argentine (en 1994), le Venezuela (en 1999), l'Equateur (en 2008) et la Bolivie (en 2009) ont opté pour une nouvelle Constitution. A l'inverse, l'Uruguay et le Chili, compte-tenu de leurs Histoires respectives, ont préféré réaliser des amendements constitutionnels.

Pour arriver à ce stade de changement constitutionnel, un processus de transition fut indispensable. Par « *processus de transition* » on entend « *le processus qui va de la crise terminale du régime militaire jusqu'aux premières élections libres* »²⁷ . Ainsi, de nouvelles Constitutions sont entrées en vigueur dans des gouvernements élus selon les mandements démocratiques. Le premier Etat à franchir le pas fut l'Equateur qui, en 1978, met fin à des années de dictature militaire. Il est suivi de près par son voisin le Pérou en 1980, puis par la Bolivie en 1982, l'Argentine en 1983, l'Uruguay en 1984, le Brésil en 1985, le Chili en 1988 et le Paraguay en 1989.

²⁶ FREGOSI Renée, « Parcours transnationaux de la démocratie. Transition, consolidation, déstabilisation ». Editions scientifiques internationales. Bruxelles 2011. P. 13.

²⁷ GARRETON Antonio, "Reconstruir la política, transición y consolidación". Democracia en Chile, Santiago. Andante 1987. P. 37

Dans les années 1980, la Colombie et le Venezuela n'étaient pas des pays soumis aux dictatures militaires, mais ils n'étaient pas pour autant en démocratie. La Colombie, prisonnière d'un conflit armé interne depuis les années 1940, n'avait pas connu d'autre régime que celui de l'Etat d'exception (avec les conséquences que cela implique). Les professeurs Garcia et Uprimmy écrivent à ce propos que « depuis la clôture du Parlement par le gouvernement Ospina Perez (1946-1950) en novembre 1949, et jusqu'à la Constitution de 1991, la Colombie a vécu quasiment sous un régime d'exception permanent. Grâce à ce régime d'exception, le gouvernement a non seulement mis en place des normes relatives à tous les aspects de la vie sociale - se substituant de fait au Congrès comme législateur - mais en plus sa rigueur a rendu possible la violation de nombreux droits des citoyens. Ainsi, un régime qui devait être d'exception et pour une durée transitoire, comme prévu par la Constitution de 1886 (article 12), est devenu un mode normal et quotidien d'exercice du pouvoir politique, défigurant le régime constitutionnel »²⁸.

Pour le Venezuela, les choses n'étaient guère plus simples. En effet, dans les années 1980, le pays a vécu une grande crise économique et sociale qui sera marquée par une manifestation le 27 et 28 février 1989, connue sous le nom de « el caracazo », durant laquelle le peuple vénézuélien exprima son souhait de ne pas prendre en charge le coût des réformes économiques introduites par le président de l'époque Carlos Perez. « Le caracazo est lié à la tentative du gouvernement de Carlos Andres Perez [...] d'imposer un programme de réforme dénommé le « grand virage ». Ce programme de réformes structurelles, sous l'égide du FMI, était composé d'une libération des taxes de change et d'une dévaluation de la monnaie de 170%, ainsi que d'une série de mesures de régulation économique dénommées « le paquet » qui avaient pour objectif d'obtenir un prêt du FMI de 5 000 millions de dollars »²⁹. Cette rude protestation ouvrit les portes du pouvoir au Colonel Hugo Chavez qui le 4 février 1992 fit une tentative de coup d'Etat.

²⁸ GARCIA VILLEGAS Mauricio et UPRIMMY YEPES Rodrigo, « La normalisation de l'exceptionnel sur le contrôle juridictionnel des états d'urgence en Colombie ». Justice et Démocratie en Amérique Latine. CERDAP.Presses Universitaires de Grenoble.2005. P. 117.

²⁹ VASQUEZ LEZAMA Paula, "El Caracazo veinte años después". Revista cuadernos metropolitanos de la universidad metropolitana. Venezuela 2013.P. 3 " el caracazo es indisociablemente ligado a la tentativa del gobierno de Carlos Andres Perez... de imponer un programa de reformas llamado el gran viraje, este programa de ajustes estructurales bajo la égida del FMI, que comprendía una liberación de las tasas de cambio y una devaluación de la moneda de 170% estaba asociado a una serie de medidas de regulación económica llamadas el paquete, que pretendían

Ainsi, malgré des raisons différentes, l'intégralité des Etats sud-américains avait besoin de refonder la démocratie pour matérialiser son adaptation constitutionnelle. Cela déclenchera ce qui a été appelé par Samuel Huntington « *la troisième vague de démocratisation* »³⁰

CHAPITRE I

La démocratie comme soubassement de l'adaptation constitutionnelle sud-américaine

Le processus démocratique dans les Etats Sud-américains est long, varié et toujours inachevé, car, malgré les efforts fournis par l'ensemble de la région, la stabilité démocratique n'est toujours pas acquise³¹. Depuis l'indépendance et jusqu'à nos jours, la démocratie est née et s'est éteinte à de nombreuses reprises au sein des différents Etats qui composent sud-Amérique. « *La démocratie est à la fois une pratique et une vertu qui gagne ou perd en efficacité selon l'intensité et la manière dont on l'exerce. C'est pourquoi, même dans les sociétés qui connaissent une longue histoire de la pratique démocratique, la démocratie n'est jamais un acquis définitif* »³². Malgré cette affirmation tout à fait pertinente de Renée Fregosi, on ne peut pas nier les avancements dans la région.

En effet, même si la démocratie a fait partie intégrante de l'histoire de ces Etats (puisque à l'instant même de leur naissance, la démocratie a été choisie comme l'élément qui allait légitimer le pouvoir), son objectif extrêmement limitatif, n'était pas suffisant pour les citoyens, qui, au fur et à

conducir a una serie de reformas como condición para obtener del FMI un préstamo de 5.000 millones de dólares en tres años”.

³⁰ Cette notion fait référence au procès de transition démocratique des années 1980. Selon Huntington, la première vague démocratique commence dans le début du XIX siècle avec l'expansion du suffrage aux Etats-Unis, la deuxième vague après la Deuxième Guerre Mondiale et la troisième vague au début des années 1980. Voir HUNTINGTON Samuel, « La tercera Ola ? » in *la democratización a finales del siglo XX*, Barcelona, Paidós, 1994.

³¹ Quelques exemples de démocraties douteuses : Hugo Chavez au Venezuela de 1998 à 2014, Alvaro Uribe en Colombie, le coup d'Etat civil d'Alberto Fujimori au Pérou en 1992, la destitution de Fernando Lugo au Paraguay en 2012)

³² FREGOSI Renée, « Parcours transnationaux de la démocratie. Transition, consolidation, déstabilisation ». P.I.E Peter lang. Editions scientifiques internationales. Bruxelles 2011. P. 98.

mesure, ont voulu élargir la définition de la démocratie. C'est ainsi que, comme nous allons le voir, ce processus démocratique a évolué au travers de différentes étapes.

I. Un processus de gestation démocratique

Bien que l'embryon démocratique ait été conçu juste après l'indépendance par les patriotes d'Amérique du Sud au travers de l'instauration d'une république au sein de laquelle ils avaient prévu deux éléments légitimateurs du pouvoir (les élections et les partis politiques), il était prétentieux de leur part de croire que la mise en place de ces éléments suffisait pour parler de démocratie. Qui plus est, pendant des nombreuses années, ces deux éléments, n'ont pas été respectés puisque le suffrage n'a pas été universel et encore moins transparent et que le pluralisme était absent des partis politiques.

En effet, la pratique électorale était essentielle pour légitimer le pouvoir. Mais dans une société hétérogène où les fondements raciaux étaient bien ancrés, le suffrage posait un grand problème. Ainsi, les patriotes voulaient, certes, une légitimité, mais sans avoir à payer le prix de l'égalité politique. Mr. Rouquié expose très bien le dilemme : *« si l'explosion révolutionnaire a été propice au lyrisme démocratique et à l'utopie universaliste, il faut maintenant gouverner – et avec la plus grande légitimité possible. La question électorale se trouve, par voie de conséquence, au cœur d'un équilibre précaire entre liberté individuelle et participation populaire »*³³.

C'est ainsi que dans un premier temps, le suffrage est limité dans ces pays. Dès la première Assemblée Constituante en Amérique du Sud, des débats portent sur des éléments qui allaient permettre d'octroyer aux citoyens le droit de vote. Dans le discours prononcé par Simon Bolivar au Congrès d'Angostura, le « libérateur » affirmait : *« je vous propose la division des citoyens en actifs et passifs, pour ainsi inciter la prospérité nationale par deux grands leviers de l'industrie : le travail et le savoir. En stimulant ces deux ressorts puissants de la société, nous allons réussir le plus difficile objectif : rendre les hommes honnêtes et heureux. En mettant des restrictions justes et prudentes aux assemblées primaires et électorales, nous mettons la première digue à l'action*

³³ ROUQUIÉ Alain, « A l'ombre des dictatures. La démocratie en Amérique Latine ». Editions Albin Michel, 2010. P. 18

populaire, en évitant l'assistance en masse et aveugle qui par tous temps a engendré l'incurie aux élections et s'est étendue par conséquent aux Magistrats et aux décisions du Gouvernement »³⁴. La conséquence directe de ces idées a été, dans un premier temps, de limiter le droit au suffrage aux hommes sachant écrire, lire et possédant des biens. Au fil des années et grâce à des revendications, le droit de vote a été accordé aux femmes, aux pauvres et aux analphabètes pour finalement aboutir à la consécration du Suffrage universel dans toute la région sud-américaine.

Pendant des décennies, les partis politiques se sont limités à deux : la droite (qui était dans la pratique le synonyme du capitalisme ou encore pire d'autoritarisme) et la gauche (qui était synonyme de communisme ou bien pire d'anarchisme). C'est entre ces deux extrêmes que l'Amérique du Sud s'est débattu tout au long du XIX siècle, et jusqu'à la moitié du XX siècle.

C'est à partir des années 2000 que l'on observe un changement généralisé dans les partis politiques : « il est frappant de constater à quel point les élites politiques ont été profondément renouvelées. Loin des processus fermés et contrôlés par les partis qui prévalaient par le passé, on a assisté à l'émergence de leaders politiques qui se sont imposés tantôt par les urnes en s'appuyant sur des bases locales (comme en Colombie), tantôt dans le cadre de processus syndicaux (au Brésil et en Bolivie), tantôt portés par des mouvements d'opinion (en Equateur, au Chili, au Pérou et au Venezuela). Ainsi, l'Amérique Latine, qui n'avait pas véritablement connu la « démocratie des partis », est entrée d'emblée dans l'ère de ce que Bernard Manin a appelé la « démocratie du public »³⁵.

Le parcours pour arriver au premier étage démocratique, c'est-à-dire à la démocratie électorale entendue comme « celle dans laquelle sont réalisées des élections universelles transparentes et à

³⁴ Discours de Simon Bolívar au Congrès d'Angostura. Bibliothèque Luis Angel Arango. Bogota, Colombie. « *Al proponeros la división de los ciudadanos en activos y pasivos, he pretendido excitar la prosperidad nacional por las dos más grandes palancas de la industria: el trabajo y el saber. Estimulando estos dos poderosos resortes de la sociedad, se alcanza lo más difícil entre los hombres: hacerlos honrados y felices. Poniendo restricciones justas y prudentes en las asambleas primarias y electorales, ponemos el primer dique a la licencia popular, evitando la concurrencia tumultuaria y ciega que en todos tiempos ha imprimido el desacierto en las elecciones y ha ligado por consiguiente, el desacierto a los Magistrados y a la marcha del Gobierno; pues este acto primordial es el acto generativo de la libertad o de la esclavitud de un pueblo* »

³⁵ COUFFIGNAL Georges, « La nouvelle Amérique Latine, laboratoire politique de l'occident ». Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2013 P. 25.

bulletin secret, où il y a des autorités élues, le droit de vote, ainsi que le droit de choisir entre plus d'un parti »³⁶, ne fut pas évident. Bien que, sur le papier, la démocratie électorale ait été instaurée depuis des siècles, son application s'est confrontée à des obstacles qui ont fragilisé la démocratie dans la région et qui ont éloigné pendant des années l'objectif de faire de la démocratie électorale une valeur universelle en Sud-Amérique.

A. Les faiblesses de la démocratie électorale

La démocratie électorale constitue donc la première manifestation de démocratie en Amérique du Sud. Au départ, cette démocratie comportait des limites, non seulement en ce qui concerne le droit de vote, mais aussi en ce qui concerne les choix politiques. Malgré cela, on ne peut pas nier que son inclusion au sein des Constitutions sud-américaines ait été précoce. Le suffrage universel et la pluralité politique ont également trouvé une reconnaissance au-delà des Constitutions nationales. En effet, ces deux principes ont aussi été réaffirmés par le droit international au travers de différentes déclarations et conventions. Dans la région, nous trouvons la *Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme* de 1969, qui a été ratifiée par l'intégralité des Etats sud-américains³⁷ et qui consacre dans son article 23 aux droits politiques : « 1. Tous les citoyens doivent jouir des droits et opportunités suivantes : (...) b. voter et être élus dans des élections authentiques, réalisées au suffrage universel, égalitaire et au scrutin secret qui garantit la libre expression de la volonté des électeurs (...) »

L'instauration d'un suffrage universel, libre et à bulletin secret avec l'âge pour seule condition à l'accession au vote, et au minimum égal à deux et interdisant les partis uniques, sont les deux grands pas qui ont permis l'accession à l'égalité politique. Cependant, une fois que ces principes majeurs ont été posés avec l'objectif de garantir ne serait-ce qu'une démocratie électorale au sein

³⁶ JACOME Francine, "Evolución/involución de la democracia en América Latina" Ildis Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales. Septiembre 2010. P. 7. " aquellas en las cuales se realizan elecciones universales limpias y secretas, hay autoridades electas, derecho a elegir así como el derecho a escoger entre más de un partido".

³⁷ L'Argentine le 5 septembre de 1984, la Bolivie le 19 juillet 1979, La Colombie le 31 juillet 1973, Le Chili le 21 août 1990, l'Equateur le 28 décembre 1977, Le Paraguay le 24 août 1989, Le Pérou le 28 juillet 1978, l'Uruguay le 19 avril 1985 et le Venezuela le 9 août 1977. Voir la Convention Interaméricaine des droits de l'homme –Pacto de Jose de Costa Rica.P 1.

des Etats, des éléments limitatifs à l'application de cette démocratie ont aussitôt été trouvés, tels que la fraude, la corruption et le clientélisme.

Nombreux sont les exemples dans l'histoire des Etats de l'Amérique du Sud qui témoignent des différents pièges dans lesquels la démocratie électorale pouvait tomber. Parmi les Etats qui ont vécu des conflits internes, nous pouvons citer la Colombie au sein de laquelle les deux partis traditionnels, le parti libéral et le parti conservateur, ont conclu un accord dénommé « *le front national* », leur permettant, à partir de 1958 et jusqu'en 1974, de se succéder à la Présidence de la République, limitant ainsi le choix du peuple colombien et entraînant la naissance des groupes guérilleros.

Si ce genre de coalitions politiques ne peut que nous scandaliser actuellement, l'obstacle le plus récalcitrant à la démocratie électorale de l'époque était la fraude électorale, entendue comme « *la conduite par laquelle, à travers le mensonge, la manipulation, la falsification, la distorsion, la dépouille, l'obstruction ou la violence, exercés dans n'importe quelle phase du processus électoral, se cherche à empêcher la célébration d'élections périodiques, libres et équitables, ou bien compromettre le caractère universel, égalitaire, libre et secret du vote citoyen* »³⁸.

En effet, l'imprévisibilité des résultats électoraux a semé la tentation de la fraude pour ainsi déterminer le vainqueur avant même les prémices du processus d'élection. Ce simulacre démocratique a été utilisé au Paraguay par Alfredo Stroessner qui a été élu huit fois consécutives de 1954 à 1988 lors d'élections pour le moins douteuses : « *le général Stroessner a été porté à la tête du Paraguay en 1954 par l'armée dont il était commandant en chef. Il se fait désigner candidat officiel et unique du parti au pouvoir, le vieux parti Colorado. Il est élu Président Constitutionnel. Confirmé à la présidence en 1958 par un plébiscite, il est ensuite reconduit tous les cinq ans avec une régularité d'horloge qui étonne sur ce continent. Tout aussi régulièrement, et tous les soixante jours, le gouvernement proroge l'état de siège qui n'est levé que le jour des élections. Dans ces consultations dont sont exclus les partis antidictatoriaux, une opposition « croupion » se voit*

³⁸ GOODWIN-HILL Guy, "Elecciones libres y justas. Derecho internacional y práctica" Unión Interparlamentaria; Ginebra, Suiza, 1994.

reconnaître une place sinon honorable du moins permanente au parlement, ou elle reçoit automatiquement un tiers des sièges »³⁹.

Le Chili a connu aussi des fraudes électorales. Augusto Pinochet voulait « légitimer » la Constitution de 1980, raison pour laquelle il convoqua un plébiscite pour que ce soit le peuple qui adopte une nouvelle Constitution qui lui était particulièrement avantageuse (car elle avait été rédigée par une assemblée militaire et préconisait entre autres choses une période présidentielle de huit ans pour Pinochet). Inutile de préciser que les résultats de l'élection ont été largement favorables à la dictature, à tel point qu'ils ont éveillé des soupçons de fraude électorale. En 1982, après un recensement de la population, il a été établi que *« les majeurs de 18 ans au 11 septembre 1980 étaient 6.668.240 personnes, ce qui signifie que, pour l'approbation de la Constitution, 93,8% de la population pouvant exercer le droit de vote avait voté, chiffre en distorsion avec les tendances électorales du pays »⁴⁰.*

Voici deux exemples représentatifs d'élections maquillées dans lesquelles le discours démocratique est cyniquement utilisé pour perpétuer le pouvoir. Ainsi, la démocratie électorale ne dépend pas seulement de la mise en place physique d'élections mais aussi de la liberté de l'électeur de manifester son choix parmi une pluralité d'options.

L'omniprésence de la manipulation de la démocratie en Amérique du Sud a fini par engendrer un agacement généralisé qui est à l'origine de la formation de mouvements sociaux contestataires. Compte-tenu du régime dictatorial généralisé en Sud-Amérique, la violation des Droits de l'Homme est devenue systématique, témoins les chiffres ahurissants cités par M. Rouquié : *« au Brésil, en vingt et un ans, [il y a eu] 300 assassinats politiques, 125 « disparus », 1843 cas de torture. En Argentine, avec une population cinq fois moindre, une commission officielle a dénombré, entre 1976 et 1983, 8960 « disparus » dans les camps de détention clandestins de la*

³⁹ ROUQUIE Alain, « A l'ombre des dictatures. La démocratie en Amérique Latine » Editions Albin Michel 2010. P. 91.

⁴⁰ GUEVARA Pilar, "El gran fraude de la historia: el plebiscito de la constitución de 1980". Cambio21: "se realizó un censo de población que permitió despejar definitivamente las dudas y confirmar las sospechas. Se estableció así que los mayores de 18 años, al 11 de septiembre de 1980, eran 6.668.240 personas, lo que significa que para aprobar la Constitución habría votado el 93,8% de los electores habilitados, cifra ajena a toda tendencia histórica electoral del país"

*dictature. L'Uruguay, malgré le fait d'avoir été privé de démocratie, demeure une terre de modération. On y relèvera, dans les années quatre-vingt, des centaines de milliers d'exilés, 5000 prisonniers politiques mais seulement 22 « disparus ». Quant au Chili, le 11 septembre 1973, 3014 personnes y ont été exécutées par les forces de répression et 27000 ont été torturées dans les prisons de la dictature du général Pinochet ».*⁴¹

Bien que chaque Etat d'Amérique du Sud ait connu des pathologies différentes, le chaos qui a régné pendant des lustres au sein des Etats a le même point de départ : le mépris des droits politiques. Ces Etats partagent également un phénomène qui peut être considéré comme le point final à l'indifférence de la démocratie électorale : la montée en puissance des sociétés civiles qui ont été une réponse naturelle aux crises politiques, sociales et économiques de l'époque.

C'est sous l'égide d'une réconciliation nationale qu'a eu lieu la transition démocratique en Amérique du Sud, mais pour l'atteindre il a absolument fallu réinstaurer l'acte fondateur de toute démocratie qui n'est autre que la démocratie électorale. Ainsi commença un nouveau défi pour les Etats d'Amérique du Sud : ériger la démocratie électorale comme une valeur universelle.

B. La démocratie électorale : une valeur universelle

Bien que le vote ait été présent depuis la naissance des républiques en Amérique du Sud, il avait toujours été manipulé, soit par une limitation, soit par la fraude. Malgré cela, il reste le noyau dur de la démocratie. En effet, c'est grâce à lui que le peuple peut faire entendre sa voix. Il n'était donc pas question de modifier ce socle mais de rendre le vote plus transparent, et cela avec une double finalité : garantir le respect du choix des citoyens et inciter le citoyen à exercer son droit de vote. En effet, si chaque citoyen sait que sa voix sera effectivement prise en compte, il n'hésitera pas à participer aux élections et de cette façon l'abstentionnisme sera limité, ce qui donnera une plus grande légitimité au processus électoral.

La mise en place des scrutins libres a été la concrétisation de la transition démocratique. Elle a également constitué la consolidation du lien indissoluble entre la démocratie et le processus

⁴¹ ROUQUIE Alain, « A l'ombre des dictatures. La démocratie en Amérique Latine ». Editions Albin Michel 2010. P. 122 .

électoral, qui s'est transformé en une branche à part entière du droit. C'est ainsi que nous parlons du droit électoral, en le définissant de la manière suivante : « *Non seulement le droit individuel de participation au processus d'élection des organes représentatifs, mais aussi de l'ensemble des normes qui encadrent le processus électoral : l'institutionnalisation des acteurs dans ce process, l'indépendance du gouvernement, la réalisation du recensement électoral, les dispositions qui assurent une libre concurrence et une égalité d'opportunités dans le processus électoral, l'opération matérielle du vote qui doit garantir la liberté et le secret du vote, la fiabilité du scrutin. En conclusion [le droit électoral est composé de] toutes les garanties administratives et juridiques destinées à ce que les élections soient libres et transparentes (free and fair) »⁴².*

Pour concrétiser cette vaste définition du droit électoral, les Etats ont mis en place des autorités électorales indépendantes qui avaient comme objectif de mener à bien toutes les procédures d'élection du pays. Ainsi, depuis 1980, les Etats se sont dotés de lois qui ont développé des articles constitutionnels. Ces articles constitutionnels ont érigé les droits politiques comme les droits fondamentaux de tout citoyen⁴³. Cet encadrement interne fut nécessaire et fort utile. Cependant,

⁴² NOHLEN Dieter, et ZOVATTO Daniel, et OROZCO Jesús et THOMPSON Jose, « Tratado de derecho electoral comparado de América Latina ». Instituto interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, internacional IDEA, Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, Instituto federal electoral. México 2007. P. 21: " no solo se define por el derecho individual de participar en la elección de órganos representativos, sino también por todo este conjunto de normas que regulan el proceso electoral: la institucionalización de los actores en este proceso; su independencia del gobierno; la elaboración del censo electoral; las disposiciones que garantizan la libre competencia y la igualdad de oportunidades en la contienda electoral: la operación material de la votación que asegura la libertad y el secreto del voto; la fiabilidad del escrutinio; en suma, todas aquellas garantías administrativas y jurídicas destinadas a que las elecciones sean libres y honestas (free and fair)"

⁴³ L'Argentine: le Code électoral de 1983 modifiée par les lois 23.247, 23.476, 24.012, 24.444 et 24.904. La Bolivie : Code électoral de 1984 modifié par les lois 2006, 2232 et 2282. Le Brésil : la loi 9.504 de 1997. Le Chili : la loi 18.700 de 1988 modifié par les lois 18.733, 18.799, 18.807, 18.809, 18.825, 18.828, 18.963, 19.351, 19.438 et 19.654. ainsi que par la loi 18.556 de 1986 et la loi 18.460 de 1985. La Colombie : loi 134 de 1994 et la loi 403 de 1997. L'Equateur : la loi électoral 59 de 1986, modifiée en 2000. Le Paraguay : le Code électoral de la loi 834 de 1996 modifié en 2001 et la loi 635 de justice électoral de 1995. Le Pérou : la loi organique des élections No. 26859 de 1997, la loi des élections municipales de 1997, la loi des droits de participation et du contrôle citoyen de 1994 et la loi des élections régionales de 2002. L'Uruguay : la loi des élections de 1925 modifiée en 1999 et la loi 16.019 de 1989. Le Venezuela : la loi Organique de suffrage et participation politique de 1998 et la loi organique du pouvoir électoral de 2002. Voir cuadro VI.I Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. Instituto interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, internacional IDEA, Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, Instituto federal electoral. México 2007. P. 111

compte-tenu de la réputation douteuse du processus électoral dans les pays de l'Amérique latine, il fallait aller au-delà de l'ordre interne des Etats pour atteindre une véritable légitimité et une véritable transparence. C'est ainsi que les organisations internationales vont assumer un rôle d'observation déterminant pour garantir le bon déroulement et donc la bonne gouvernance des Etats.

Bien entendu, cette fonction des organisations internationales s'est concrétisée majoritairement dans le cadre de la coopération internationale. Il faut remarquer qu'en Amérique du Sud, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a été, depuis la transition démocratique, une institution très active et soucieuse de l'avenir des droits politiques. Cette institution a voulu également soutenir les Etats dans cette étape de transition démocratique, avec la création d'organismes conçus exclusivement à ces fins, tels que le Capel⁴⁴, un centre de soutien technique sur les élections libres qui a mis en place des missions d'observation pour certifier le bon déroulement de tout le processus d'élections.

L'ONU a également été présente dans le cadre de cette coopération internationale. En effet, elle a créé, en 1991, l'unité d'assistance électoral, chargée d'effectuer des missions d'observation. L'ONU possède également un programme pour le développement (PNUD), présent dans plus de 80 pays, comprenant une action de coopération en matière électoral et ayant une forte reconnaissance internationale en tant qu'observateur des élections. Le PNUD a créé un Indice de Démocratie Electorale⁴⁵ pour déterminer le taux de démocratie au sein des Etats, et cela à partir de quatre questions :

- Le droit de vote est-il reconnu ?
- Est-ce que les élections sont transparentes ?
- S'agit-il d'élections libres ?
- Les élections sont-elles le moyen d'accéder aux fonctions publiques ?

Grâce à cet indice, le PNUD, dans son rapport de 2004, a établi que « *la conclusion en matière d'IDE est que l'Amérique Latine a fait beaucoup de progrès en ce qui concerne la démocratisation*

⁴⁴ Centro de asesoría y promoción electoral créé en 1984.

⁴⁵ IDE índice democrático electoral

du régime d'accès au gouvernement. Auparavant, l'Amérique latine n'avait jamais eu de régimes électoraux aussi démocratiques et durables qu'à partir du XXIème siècle [...]. La moyenne d'IDE (dont la valeur est comprise entre 0 et 1) en Amérique Latine a progressé de 0,28 en 1977, à 0,69 en 1985 et à 0,86 en 1990 pour finir en 2002 à 0,93 »⁵⁰.

Selon la conclusion de ce rapport, aucun doute n'est possible sur le fait que l'intégralité des Etats de l'Amérique du Sud a réussi son pari et a fait de la démocratie électorale une valeur universelle. Il faut signaler également que tous les Etats ont prévu des sanctions administratives et pénales en cas de violation des droits politiques. Ces sanctions sont renforcées par le Système Interaméricain des Droits de l'Homme. Selon la Résolution No. 01/90 de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, on peut affirmer que cet organe international est compétent pour juger les Etats qui ont ratifié le pacte de San Jose (Costa Rica) et qui n'ont pas respecté le libre exercice des droits politiques de leur citoyens. En effet, la Commission a eu l'occasion de manifester sa position sur ce sujet lors de plaintes déposées par le Parti mexicain d'Action Nationale (PAN) qui contestait trois processus électoraux : celui des députés dans l'Etat de Chihuahua qui a eu lieu le 7 juillet 1985, celui des élections municipales dans l'Etat de Durango le 6 Juillet 1986 et celui du Gouverneur de l'Etat de Chihuahua le 6 juillet 1986. A l'époque, le PAN a désigné le Parti Révolutionnaire Institutionnel (PRI), qui était au pouvoir au Mexique, comme étant l'auteur des irrégularités. La Commission a affirmé sa compétence dans le cas de violations de droits politiques qui sont consacrées par l'article 23 de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme en affirmant que « *la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme est compétente pour vérifier, en relation avec les droits politiques, la bonne réalisation d'élections périodiques, authentiques, avec un suffrage universel, égalitaire et secret, dans le cadre des garanties nécessaires pour que les résultats soient représentatifs de la volonté du peuple, et la possibilité que les électeurs puissent effectuer un recours contre un processus électoral qui serait considéré*

⁴⁶Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas. 2da edición, Buenos Aires. Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004. P. 78 " la conclusión más evidente que surge del IDE es que América Latina ha progresado notablemente en cuanto a la democratización del régimen de acceso al gobierno. Nunca antes América Latina conto con regimenes electorales tan democráticos y durables como a principios del siglo XXI... el promedio del IDE (cuyo valor varía entre 0 y 1) para América Latina sube rápidamente de 0,28 en 1977 a 0,69 en 1985, y a 0,86 en 1990, mejorando de ahí en adelante para terminar el 2002 con 0,93."

comme irrégulier ou qui n'aurait pas respecté le droit d'avoir accès, en conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ».

Bien que l'Amérique du Sud ait fait des progrès remarquables concernant la démocratie électorale, il ne faut pas oublier que celle-ci n'est que le premier échelon vers une complète et véritable démocratie dont le parcours n'est pas encore achevé. Le rapport du PNUD de 2004 affirme que *« l'Amérique Latine est parvenue à garantir la démocratie électorale et ses libertés basiques. Maintenant il s'agit de conquérir la démocratie citoyenne ».*

Nous verrons comment les réformes constitutionnelles réalisées après les années 1980 ont permis de renforcer la démocratie en passant d'une démocratie électorale à une démocratie constitutionnelle et citoyenne.

II. La démocratie citoyenne comme élément essentiel des réformes constitutionnelles en Amérique du Sud

Une fois que le déficit de démocratie électorale en Amérique Latine a été surpassé, l'idée d'une citoyenneté sociale est devenue le nouvel objectif du peuple de l'Amérique du Sud. En effet, il a adhéré à une pensée sociale telle que celle exposée par Bruno Lautier qui affirme que *« si la démocratie signifie la généralisation du statut de citoyen, et si la citoyenneté est définie par l'inscription dans un système des droits-devoirs, ceux-ci ne peuvent se limiter aux droits et devoirs civils et politiques »*⁴⁷.

La démocratie citoyenne est définie selon le rapport du PNUD de 2004 comme celle qui : *« est là pour garantir l'effectivité de nos droits. Elle va nous permettre d'évoluer d'électeurs à citoyens.*

⁴⁷ LAUTIER Bruno, « L'état providence en Amérique Latine : Utopie légitimatrice ou moteur du développement ? ». L'Amérique Latine : vers la démocratie. Editions complexe, 1993. P . 97.

[La démocratie citoyenne] *se sert des libertés politiques pour construire la citoyenneté civile et sociale* ».

Pour parvenir à cette démocratie citoyenne en Amérique du Sud, les différents Etats ont d'abord choisi de renforcer les droits fondamentaux des citoyens grâce à des réformes constitutionnelles qui ont inclus différents mécanismes d'action constitutionnelle et tout particulièrement la création de Cours constitutionnelles et de mécanismes d'action citoyenne afin de mettre en place une démocratie participative ayant pour objectif de combler les faiblesses de la démocratie représentative. Cette démocratie représentative présentait, en Amérique du Sud, une faille, dans le sens où les citoyens n'avaient aucun type de contrôle sur les gouvernants et où le présidentialisme, fortement enraciné, rompait l'équilibre qui doit régner entre les branches du pouvoir public. C'est ainsi que Guillermo O'Donnell a considéré qu'il était plus approprié de dénommer ces démocraties représentatives de l'Amérique du Sud comme des « *démocraties déléгатives* » 48.

A. Vers une démocratie participative

La démocratie participative comporte, en Amérique du Sud, les instruments au travers desquels les citoyens peuvent exercer directement leur pouvoir décisionnel sur certaines questions d'intérêt national ou local. Ces instruments ont été mis en place afin de remédier à la crise aigüe du système représentatif. Il s'agit ici des mécanismes dit « *traditionnels* » ou « *classiques* » tels que le référendum, l'initiative législative populaire, ou encore le plébiscite. Il s'agit également de mécanismes dits « *originaux* » ou « *atypiques* » tels que la révocation du mandat, les « *cabildos abiertos*⁴⁹ », les assemblées des citoyens, ou encore des mécanismes éloignés de la participation politique et dirigés vers plus de participation et de gestion (budget participatif par exemple).

⁴⁸ O'DONNELL Guillermo, « Delegation democracy » Journal of democracy 5, Janvier 2014.

⁴⁹ La définition du « *cabildo abierto* », selon la Cour Constitutionnelle Colombienne, Sentence C-180/94 : « la congrégation du peuple souverain pour discuter librement, à propos des sujets qui l'intéressent ou l'affectent. Il constitue ainsi la garantie constitutionnelle des réunions politiques de caractère délibératoire. L'expansion de la modalité de participation directe (sous la forme d'assemblées générales) à d'autres domaines de l'État dépend du renforcement du *cabildo abierto* avec son propre espace, El *cabildo abierto*, comme il nous apprend l'histoire, quand il acquiert une dynamique, se convertit en scène du traitement populaire aux problèmes nationaux, régionaux ou locaux, selon le cas... » « debe entenderse por Cabildo Abierto la congregación del pueblo soberano para discutir

Il faut, dès à présent, signaler que, bien que les Etats de l'Amérique du Sud aient voulu, dans la majorité des cas, consacrer au sein de leur Constitution nationale des instruments permettant à leurs citoyens de participer activement à la construction sociale, culturelle, politique et économique de leur nation, chaque Etat a retenu une définition et un degré différents de ces mécanismes de participation citoyenne. Ainsi, Daniel Zovatto, directeur du programme Amérique Latine d'IDEA International⁵⁰, signale le problème en affirmant ceci : « *En Amérique Latine, il existe une variété d'institutions de démocratie directe additionnées à une pluralité conceptuelle et terminologique qui génère confusion [...] car la majorité des Constitutions latino-américaines ont dénommé ces mécanismes avec des termes différents : l'initiative législative, l'initiative populaire, le plébiscite, le référendum, la consultation populaire, la révocation du mandat, le cabildo abierto [...]. Obtenir un accord terminologique et conceptuel qui aille au-delà du domaine national est impossible* ». ⁵¹

Accorder une pluralité de sens à une figure juridique n'est pas, hélas, un problème isolé dans les Etats sud-américains. On aura l'occasion de vérifier l'ampleur du phénomène tout au long de la présente étude. Cette particularité doit attirer l'attention des lecteurs qui doivent automatiquement vérifier le sens donné aux figures juridiques au sein de chaque Etat.

Ainsi, en ce qui concerne les mécanismes de participation citoyenne, nous constatons que, malgré une hétérogénéité au niveau du fond, il y a une homogénéité au niveau de la forme. Ces mécanismes de participation citoyenne sont encadrés dans tous les Etats sud-américains par la Constitution nationale et sont développés ensuite par des lois organiques.

libremente, acerca de los asuntos que le interesen o afecten. Se constituye además, en la garantía constitucional de las reuniones políticas de carácter deliberante. Del fortalecimiento del cabildo abierto con su espacio propio, depende la expansión de la modalidad de participación directa en forma de asambleas generales a otros ámbitos del Estado. El cabildo abierto, como nos enseña la historia, cuando adquiere dinámica, se convierte en escenario del tratamiento popular a los problemas nacionales, regionales o locales, según el caso.

⁵⁰ Institut pour le développement en économie et gestion.

⁵¹ ZOVATTO Daniel, "Conferencia internacional democracia directa en América Latina". Buenos Aires 14 y 15 de marzo de 2007. http://WWW.idea.int/americas/dd_in_la_conference.cfm.: " en America Latina existe una variedad de instituciones de democracia directa, sumado a una pluralidad conceptual y terminológica que genera confusión... dado que la mayoría de las constituciones latinoamericanas denominan estos mecanismos con términos diferentes : iniciativa legislativa, popular, plebiscito, referéndum, consulta popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto... la búsqueda de un acuerdo terminológico y conceptual que vaya mas alla del ámbito nacional es imposible"

Bien que la démocratie directe ne soit pas un nouveau concept, selon Ana Marie Silva Jimenez, « la démocratie participative, née comme un slogan des mouvements étudiants de gauche des années 1960, est arrivée au sein de la classe ouvrière dans les années 1970 en réaction au mécontentement des travailleurs et au sentiment d'aliénation provoqué par le fonctionnement de la démocratie [...] Dans les mêmes décennies, les gouvernements nationaux ont commencé à s'engager, au moins sous une forme verbale, dans les prémices de la démocratie participative. Dans ce sens, certains gouvernements ont initié des programmes qui contemplaient une ample participation citoyenne. Par exemple, le "Community Action Programs" a été développé par le Gouvernement Fédéral des États-Unis en 1964. Il appelait à la "participation maximale possible des résidents et des membres des groupes concernés »⁵². Cette participation maximale a eu pour référence la démocratie directe, qui été la forme de gouvernement de la polis dans la Grèce Antique « où le peuple, en assemblée, dans l'agora, adoptait ses lois et toutes les décisions de gouvernance sans élire de représentants pour être gouverné »⁵³. L'inclusion de cette démocratie participative au sein des Constitutions sud-américaines remonte, dans la grande majorité des cas, aux années 1990.

Cependant, il faut souligner le cas très atypique de l'Uruguay. En effet, c'est au sein de la Constitution Uruguayenne de 1919 que se trouvent les premiers vestiges des mécanismes de démocratie participative. Ainsi, l'article 41 de cette Constitution prévoyait le plébiscite local à

⁵² SILVA JIMENEZ Ana María, "Hacia una democracia participativa (II parte) Teoría participacionista de la democracia". Revista de derecho (valdivia) v.8 n.1 Valdivia Dic. 1997. Version on-line. Universidad Austral de Chile: "la democracia participativa surgió como un eslogan de los movimientos estudiantiles de la Nueva Izquierda de los años 60. De allí pasó a la clase trabajadora en los sesenta y setenta, como una consecuencia del creciente descontento entre los trabajadores y el extendido sentido de alienación provocado por el funcionamiento de la democracia... En las mismas décadas, los propios gobiernos nacionales comenzaron a comprometerse ellos mismos, por lo menos en forma verbal, con las premisas de la participación. En este sentido algunos incluso iniciaron programas que contemplaban amplia participación ciudadana, por ejemplo el "Community Action Programs" que fue desarrollado por el Gobierno Federal de los Estados Unidos en 1964, que llamaba a la "máxima participación posible de los residentes de las áreas y miembros de los grupos servidos"

⁵³ SEALL-SASIAIN Jorge, "Referéndum, Iniciativa Popular y Democracia Participativa: Limitaciones Constitucionales y Legales para su Efectiva Aplicación" en Anales de Legislación Paraguaya Asunción: Ed. La Ley, Año 8, Marzo 2006, N° 3, p. 1 : « la democracia directa era la forma de gobierno de las polis o ciudades-estados de la Grecia Antigua, donde el pueblo mismo reunido en el agora adoptaba sus leyes y toda otra decisión de gobierno ; no elegían representantes para que los gobernaran »

partir de 1934⁵⁴, et depuis 1967 le référendum national. Mais, en dépit de son inclusion précoce, le référendum reste un mécanisme très peu utilisé. En effet, malgré une reconnaissance constitutionnelle de la démocratie directe au travers de l'article numéro 82 de la Constitution (« *la souveraineté sera exercée directement par les électeurs dans les élections, l'initiative et le référendum et indirectement par les pouvoirs représentatifs selon la Constitution* » 55), la démocratie participative ne s'est pas développée au travers de mécanismes de participation politique mais au travers de mécanismes de participation dans la gestion. Ces mécanismes, pour être mis en place, ont eu besoin d'une décentralisation administrative. Ainsi, depuis 1990, la capitale de l'Uruguay, Montevideo, a été divisée en 18 zones dans lesquelles se sont installées des Unités Politiques et Administratives. A l'intérieur de ces unités se sont créés des organismes de participation tels que les conseils de proximité (qui interviennent activement dans la préparation du « *budget participatif* »). Cette forme de décentralisation participative a été renforcée depuis 2006 et 2007 grâce à la possibilité, pour les conseils de proximité, de présenter directement des projets d'exécution du budget participatif. 56

En effet, la démocratie participative a trouvé son atout majeur (ou néanmoins le plus populaire) : les « budgets participatifs ». Ce système né à Porto Alegre (Brésil) en 1989 consiste, dans les grandes lignes, à la Constitution d'assemblées dans lesquelles les citoyens peuvent discuter et exercer leur pouvoir décisionnel sur les priorités de la ville, les critères pour l'attribution de fonds publics et les besoins en matière d'investissement public. Ce mécanisme, qui a eu un grand succès en Amérique du Sud, n'a pas de support légal en dehors du paragraphe unique de l'article 1 de la Constitution du Brésil qui stipule que « *tout le pouvoir émane du peuple qui l'exerce, par ses représentants élus ou directement* » 57. En effet, elle est née d'un contrat politique et social conclu

⁵⁴ RISSOTO GONZALEZ Rodolfo, "La democracia directa en Uruguay". Revista de derecho electoral. Tribunal supremo de elecciones No6, segundo semestre del 2008.

⁵⁵ Artículo 82 Constitución de La Republica del Uruguay : « la soberanía sea ejercida directamente por los electores en las elecciones, iniciativas y referéndums e indirectamente por los poderes representativos según la constitución ».

⁵⁶ Voir : ESPERON Alicia, "La participación ciudadana en la descentralización de Montevideo : Aprendizajes y reflexiones desde los noventa". Revista Uruguaya de Ciencia Política VOL 17 No. 1 Montevideo diciembre 2008.

⁵⁷ Constitution du Brésil Art 1: « Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição »

entre le gouvernement de Porto Alegre et les citoyens, qui ont eu l'occasion d'améliorer au fur et à mesure le système⁵⁸.

Cet instrument se retrouve dans l'intégralité des Etats de l'Amérique du Sud, à différents degrés bien entendu. Dans les Etats qui ont une organisation étatique fédérale (tels que l'Argentine, le Brésil et le Venezuela), sa mise en place est faite naturellement. Cependant, pour la majorité des Etats, qui ont une organisation centraliste ou unitaire, la mise en place de ce système a impliqué davantage de décentralisation administrative.

Si nous avons évoqué la précoce inclusion du référendum au sein de la Constitution de l'Uruguay comme étant un cas pour le moins étonnant, c'est qu'en effet l'inclusion constitutionnelle des mécanismes de participation citoyenne n'était pas une mince affaire dans une région où la démocratie représentative avait pris une place prépondérante au sein de la Constitution de chaque Etat. Ainsi, par exemple, dans la Constitution du Paraguay de 1870 (article 30), de 1940 (article 34) et de 1967 (article 39) il fut consacré que « *le peuple ne délibère ni gouverne par lui-même mais au travers de ses légitimes représentants [...], toute force armée ou réunion de personnes qui s'accorde les droits du peuple et agit en son nom commet le délit de sédition* »⁵⁹. Actuellement, la démocratie participative est constitutionnellement admise par le Paraguay, et cela grâce à l'article 117 de la Constitution Paraguayenne qui affirme que « *les citoyens, sans distinction de sexe, ont le droit de participer aux affaires publiques, directement ou au travers de ses représentants, selon les modalités définies par la présente Constitution et par la loi* »⁶⁰, ainsi que par les articles 121 et 122 qui réglementent le référendum et par les articles 266 à 275 du Code Electoral qui consacrent les modalités de l'initiative populaire.

Un grand nombre d'Etats de la région ont supprimé de leur Constitution l'article qui limitait la démocratie à s'exercer de façon exclusivement représentative. Ce n'est pourtant pas le cas de l'Argentine qui, dans l'article 22 de sa Constitution actuellement en vigueur, stipule que « *le*

⁵⁸ Voir : www.presupuestoparticipativo.com

⁵⁹ « *el pueblo no delibera ni gobierna por si sino a través de sus legítimos representantes... toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos a nombre de éste, comete delito por sedición* »

⁶⁰ « *los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por intermedio de sus representantes en la forma que determinen esta constitución y las leyes* »

peuple ne délibère ni ne gouverne par lui-même mais au travers de ses représentants et les autorités créées par cette Constitution. Toute force armée ou réunion de personnes qui s'accorde les droits du peuple et agit au nom de celui-ci, commet le délit de sédition » 61 et dans son article 1 que « *la Nation Argentine adopte pour son gouvernement la forme représentative républicaine fédérale, selon la présente Constitution* ». 62 Ainsi, au sein de la République Fédérale Argentine, on trouve une très maigre démocratie participative, et cela malgré l'introduction, depuis la réforme constitutionnelle de 1994, de l'initiative populaire (article 39) et de la consultation populaire (article 40). En effet, la démocratie participative s'est développée au sein des Constitutions des Provinces Argentines, et cela majoritairement grâce à la mise en place de mécanismes de participation et de gestion.

Un autre pays qui a opté pour la démocratie participative grâce à l'intervention citoyenne dans la gestion du budget public est le Chili. En effet, l'Etat Chilien possède une démocratie éminemment représentative, selon l'article 5 de sa Constitution, qui détermine que « *la souveraineté repose essentiellement dans la nation. Son exercice se réalise par le peuple au travers du plébiscite, des élections, mais aussi par les autorités établies par la Constitution. Aucun groupe ni aucun individu ne peut s'en octroyer l'exercice* » 63. Dans cet état de fait, le gouvernement chilien a voulu privilégier une participation citoyenne au travers de la gestion du budget public. Cette politique a été concrétisée avec la loi 20.500 sur les associations et la participation citoyenne (en 2011).

Contrairement à l'Argentine et au Chili, la Bolivie a commencé, à partir de la réforme constitutionnelle de 2004, une inclusion massive de la démocratie participative, sans pour autant faire disparaître la démocratie représentative. L'article 11 de la Constitution Nationale précise que « *la République de Bolivie adopte pour son gouvernement la forme de la démocratie participative,*

⁶¹ Article 22 Constitution Argentine : « el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de este, comete delito de sedición ».

⁶² Article 1 Constitution Argentine : « la Nación Argentina, adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente constitución ».

⁶³ Article 5 Constitution du Chili: « la soberanía reside esencialmente en la nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones y también por las autoridades establecidas por la constitución. Ningún sector del pueblo, ni ningún individuo pueden otorgarse su ejercicio ».

représentative et communautaire, avec une égalité des conditions pour les hommes et les femmes. La démocratie s'exerce selon les dispositions suivantes qui seront développées par la loi : directe et participative, au travers du référendum, l'initiative législative citoyenne, la révocation du mandat, l'assemblée ; le cabildo et la consultation préalable ». 64

La Constitution Bolivienne a voulu faire de la démocratie participative un véritable moyen d'action citoyenne. A tel point qu'elle est allée jusqu'à réduire les compétences classiques du Parlement Bolivien en faveur d'une décision directe du peuple. C'est ainsi que le référendum est devenu obligatoire pour approuver les traités internationaux qui portent sur les frontières, l'intégration monétaire, l'intégration économique, la délégation des compétences institutionnelles à des organismes internationaux ou supranationaux dans le cadre des procès d'intégration⁶⁵.

L'élargissement de la démocratie participative, en dépit des compétences classiques des pouvoirs publics, n'est pas une exception bolivienne. En effet, l'Equateur et le Venezuela ont tous deux incorporé la démocratie participative au sein de leurs Constitutions au travers de différents mécanismes. Ils ont également fait du référendum une voie facultative pour l'approbation de certains traités internationaux⁶⁶. Le Venezuela est allé jusqu'à faire de la citoyenneté la quatrième branche du pouvoir public. L'article 136 de la Constitution Vénézuélienne affirme que « *le pouvoir public national est divisé en législatif, exécutif, judiciaire, citoyen et électoral* » 67.

Bien que la démocratie participative ait été retenue dans la majorité des cas pour combler les faiblesses de la démocratie représentative, pour la Colombie, l'incorporation de la démocratie participative dans la Constitution de 1991 allait au-delà de cet objectif. En effet, pour le peuple colombien, la démocratie participative représentait le mécanisme de proximité qui pouvait

⁶⁴ Article 11 Constitution Bolivienne : « la Republica de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. La democracia se ejerce en las siguientes formas que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa: por medio del referéndum, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria del mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa”

⁶⁵ Article 257 paragraphe II Constitution de la Bolivie

⁶⁶ Constitution de l'Equateur No. 420 et Constitution du Venezuela Article No. 73

⁶⁷ Article 136 Constitution du Venezuela : « el poder público nacional se divide en legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral »

résoudre le conflit armé. Grâce à ce type de démocratie, tous les mouvements sociaux peuvent être entendus. C'était donc un bon moyen de démobiliser les groupes armés tels que les FARCS, l'ELN et le M19. C'est ainsi que, dans la Constitution Colombienne, on trouve dès le préambule la consécration de la participation citoyenne (qui va être développée dans les articles 1, 2, 40 et 103).

La démocratie participative est donc, de façon plus ou moins poussée et grâce à des mécanismes de participation, de gestion et de participation politique, présente dans l'intégralité des Etats sud-américains. Il faut néanmoins préciser qu'il ne s'agit pas pour autant de substituer la démocratie représentative, mais de la compléter grâce à l'inclusion d'une démocratie participative qui va la doter d'une plus grande légitimité ainsi que d'une plus grande vitalité.

Dans le parcours vers une démocratie sociale, il a été indispensable de créer ou de consolider des organes judiciaires constitutionnels. En effet, ce sont eux qui vont veiller à ce que le fragile équilibre des branches du pouvoir public ne soit pas rompu et aussi à ce que les nouveaux droits fondamentaux accordés aux citoyens soient respectés. Le rôle de la justice constitutionnelle est au cœur même de la gestion démocratique. On va désormais étudier les instruments qui ont été mis dans ce sens au service de la démocratie constitutionnelle naissante.

B. La justice constitutionnelle comme garante d'une démocratie renforcée

La transition démocratique en Amérique du Sud a impliqué le passage d'un Etat libéral à un Etat de droit régi par une Constitution. Au sein de cette nouvelle conception d'Etat, la démocratie ne se réduit pas à une notion matérielle, elle « *restaure la démocratie en tant que concept substantif, et celle-ci apparaît ainsi comme étant indissociable des droits fondamentaux qui imposent des limites matérielles à l'exercice des compétences politiques et lient à la fois le pouvoir exécutif et le législateur* »⁶⁸

Les droits fondamentaux sont donc un axe central de la nouvelle conception démocratique. Pour que cela soit effectif, ils doivent être non seulement inscrits dans la Constitution mais également

⁶⁸ MARTIN Arnaud, « Le glaive et la balance. Droits de l'Homme, justice constitutionnelle et démocratie en Amérique Latine », L'harmattan 2012. P. 154.

protégés par cette dernière, qui, selon le principe de la suprématie constitutionnelle, est au sommet de la hiérarchie des normes.

Le néo-constitutionalisme en Amérique Latine cherche l'implantation d'une démocratie pleine, une démocratie protégée intégralement par la Constitution, et cela non seulement au travers de la participation directe ou indirecte du peuple mais aussi au travers de la consécration des droits fondamentaux comme étant la limite de l'action de l'Etat. Ce type de démocratie est dénommé démocratie constitutionnelle et elle est définie comme : « *le concept de démocratie libérale ou constitutionnelle qui paraît émerger d'une combinaison difficile entre deux idéaux que de nombreux penseurs perçoivent en tension permanente : l'idéal d'un processus politique participatif dans lequel toutes les personnes concernées par ce processus interviennent dans cette décision, et l'idéal libéral d'un gouvernement limité, selon lequel il faut également que la majorité s'arrête face à des intérêts protégés* » 69.

La Constitution étant la norme des normes, il fallait la rendre efficace, irrévocable et applicable devant un juge spécialisé. Il fallait également lui fournir des procédures adaptées, c'est ainsi que la Colombie (article 241), le Chili (article 93), l'Equateur (article 438), la Bolivie (article 202) et le Pérou (article 201) ont opté pour la création d'une Cour Constitutionnelle, tandis que le Venezuela (article 334), l'Argentine (article 116), le Brésil (article 102), le Paraguay (article 132) et l'Uruguay (article 257) ont préféré la création d'une Salle Constitutionnelle à l'intérieur de leur Cour ou Tribunal Suprême de Justice.

Que ce soit au sein de la Cour Constitutionnelle ou au sein d'une Salle Constitutionnelle, le juge a été doté de la grande responsabilité de proclamer et garantir les droits et libertés fondamentaux constitutionnellement reconnus aux citoyens face aux pouvoirs publics. Cette fonction du juge constitue un élément majeur de la démocratie constitutionnelle et, dans certains Etats tels que la Colombie, le Pérou, le Paraguay, le Venezuela ou encore l'Argentine, cette compétence n'est pas réservée qu'aux haut magistrats, mais aussi à tous les juges, sans tenir compte de leur spécialité.

⁶⁹ NINO Carlos Santiago, "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea. Buenos Aires.1992 P. 5 : « el concepto de democracia liberal o constitucional que parece surgir de una combinacion dificil entre dos ideas que muchos ideologos perciben en conflicto permanente ; la idea de un proceso politico participativo en el cual todas las personas involucradas en el proceso intervienen en la decision y la idea liberal de un gobierno limitado segun el cual la mayoria debe rendirse frente a ciertos intereses protegidos »

En effet, les différentes Constitutions de ces Etats ont retenu un contrôle constitutionnel diffus, ce qui dote tous les juges de la nation du devoir de protection des normes constitutionnelles.

En ce qui concerne les procédures constitutionnelles, le recours à l'Amparo est le recours privilégié dans l'Amérique du Sud. Pourtant, ce recours n'est pas récent. En effet, on l'Amparo est évoqué pour la première fois dans la Constitution de Yucatan de 1840, rédigée par Don Manuel Crescendio Rendon, qui, inspiré par les idées d'Alexis de Tocqueville, a octroyé comme faculté à la Cour Suprême de Justice de l'Etat de Yucatan celle de « *protéger, dans la jouissance de ses droits, toute personne qui sollicite la protection de la Cour contre des lois et des décrets de la législation qui soient contraires à la Constitution ou contre les providences du gouverneur ou de l'exécutif lorsque le Code Fondamental ou la loi serait violé(e)* »⁷⁰. Cette formule a été reprise par la Constitution Mexicaine de 1917 et, depuis cette date, le recours à l'Amparo n'a pas cessé de prendre de l'ampleur en Amérique Latine, et tout particulièrement après les réformes constitutionnelles des années 1990.

Chaque Etat a inclus cette procédure constitutionnelle au sein de son ordre juridique, mais à des degrés différents allant d'une haute protection à une protection plus limitée, ou en modifiant la forme, telle que la dénomination. Ainsi, en Colombie, la dénomination est « *accion de tutela* », au Chili « *recurso de proteccion* » et au Brésil « *mandado de segurança* ». Ces changements de forme ou de fond ne lui font pas pour autant perdre de vue son objectif qui, selon Allan R. Brewer-Carias, consiste en « *un moyen judiciaire extraordinaire spécialement établi pour la protection des droits constitutionnels, contre les transgressions ou les menaces infligées par les autorités et les personnes physiques. Il a été indistinctement qualifié d'action, recours ou jugement, en réalité, en général il s'agit d'une procédure constitutionnelle qui normalement se conclue avec un ordre judiciaire de protection des droits violés ou menacés* ». ⁷¹

⁷⁰ Article 53 Constitution de Yucatan 1840 : "amparar en el goce de sus derechos a los que pidan su proteccion contra las leyes y los decretos de la legislatura que sean contrarios a la constitucion o xontra las providencias del gobernador o ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiere infringido el código fundamental o las leyes..)"

⁷¹ BREWER-CARIAS Allan, "Leyes de amparo en América Latina. Volumen I". Primera edición, Scrom. México 2009. P. 15.: " es un medio judicial extraordinario especialmente establecido para la protección de los derechos constitucionales, contra los agravios o amenazas infligidos contra los mismos por parte de autoridades y de particulares. Ha sido indistintamente calificado como acción, recurso o juicio, siendo en realidad, en general, un

C'est ainsi qu'en se dotant de juges et de procédures constitutionnelles, la pleine démocratie devait se consolider. Ce fut le cas dans la majorité des Etats au sein desquels la justice constitutionnelle a su tenir son rôle, grâce à une indépendance affermie, qui lui a permis d'accomplir sa fonction principale (qui, selon Arnaud Martin, est « *plus qu'une séparation des pouvoirs dont la signification est particulièrement ambiguë dans un régime présidentiel, c'est bien la proclamation et la garantie des droits et des libertés fondamentaux des citoyens face au pouvoir politique qui constitue le socle de la démocratie libérale et la fonction principale de la justice constitutionnelle* » 72).

Cependant, la bienveillance des magistrats constitutionnels n'a pas toujours été à la hauteur de leur mission. En effet, certaines décisions laissent apparaître un regard pour le moins indifférent envers la démocratie pleine, ce qui a, bien évidemment, suscité de nombreuses critiques à leur égard. A titre d'exemple, on peut mentionner la décision du Tribunal Suprême Fédéral (TSF) du Brésil, qui, en avril 2010, rendait une décision à propos de la Loi d'amnistie No. 6683/79.

Pour mieux comprendre l'ampleur de cette décision, il faut tout d'abord évoquer la loi d'amnistie brésilienne. En effet, cette loi fut approuvée le 22 août 1979. Elle a été conçue pour être appliquée dans le cadre de crimes politiques. Cependant, et grâce à l'interprétation des juges brésiliens, la loi a finalement été appliquée d'une façon beaucoup plus généralisée. Cet élargissement a été justifié, selon Paolo Abrao en raison de : « *l'augmentation de la pression sociale pour les investigations des délits, [qui a] amené le pouvoir judiciaire - qui est, il faut le remarquer, contrôlé par le régime - à systématiquement élargir le champ d'application de la loi et à considérer comme connexes aux crimes politiques les crimes commis par les agents de l'Etat [...] sous couvert de pacification nationale* ». 73.

proceso constitucional que normalmente concluye con una orden judicial de amparo, protección o tutela de los derechos violados o amenazados”.

⁷² MARTIN Arnaud, « Le glaive et la balance. Droits de l'homme justice constitutionnelle et démocratique en Amérique Latine ». L'harmattan 2012. P. 152.

⁷³ ABRÃO Paulo, “ A Lei de Anistia no Brasil. As alternativas para a verdade e a justiça”. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, no 1, 2011.p. 119-138, jan/jun. “...cresceu a pressão social pelas investigações dos delitos, o que levou o Judiciário – ressalte-se: controlado pelo regime – a sistematicamente ampliar interpretativamente o espectro de abrangência da lei, passando a considerar “conexos aos políticos” os crimes dos agentes de Estado e, ainda, a aplicar a lei até para crimes ocorridos pós-1979, fora da validade temporal da lei (como para os responsáveis pelo caso Riocentro em 1980), sob o manto do princípio da ‘pacificação nacional... sob o manto do princípio da pacificação nacional”.

Ainsi, avec le consentement de la justice brésilienne, la loi, qui, en principe, avait un caractère restreint, est devenue une loi générale qui a permis aux membres du régime autoritaire brésilien d'échapper à toute condamnation. Dans ce contexte, l'Ordre des Avocats du Brésil a saisi, en 2010, le Tribunal Suprême Fédéral pour une nouvelle interprétation de la loi d'amnistie.

Selon l'Ordre des Avocats du Brésil, cette loi d'amnistie était contraire à la Constitution Brésilienne. L'Ordre des Avocats du Brésil a justifié ce propos en affirmant que « *l'éventuelle déclaration constitutionnelle de la Cour en ce qui concerne le numéral 1 de l'article 1 de la loi 6683, impliquerait, selon le sollicitant, la violation du devoir du pouvoir public de ne pas occulter la vérité, du respect des principes démocratiques et républicains et du principe de la dignité de la personne humaine* ». 74.

Face à ces prétentions, le TSF du Brésil a soutenu que : « *la transition de la dictature vers la démocratie politique a été une transition conciliée, douce, grâce à certains compromis. Cela fut possible parce que tous ont été acquittés.* » 75. Postérieurement, dans le numéral 44 et 46 de la décision, le Tribunal Suprême Fédéral assure que « *dans un Etat de démocratie de droit, le pouvoir judiciaire n'est pas autorisé à modifier un texte normatif [...], même le Tribunal Suprême fédéral n'est pas autorisé à modifier les lois d'amnistie [...], à qui affirme que le Brésil a une conception particulière de la loi, différente par exemple de celle du Chili, de l'Argentine et de l'Uruguay où les lois d'amnistie ont évolué en même temps que la société, cette évolution implique, en effet, une nécessaire révision de la loi d'amnistie, mais cela devra être fait par la loi, c'est-à-dire par le pouvoir législatif. J'insiste, ce n'est pas au Tribunal Suprême Fédéral de légiférer sur le sujet* » 76.

⁷⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) STF Brasil No 7: "A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do § 1º do artigo 1º da Lei 6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democrático e republicano; [iii] ao princípio da dignidade da pessoa humana".

⁷⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) STF Brasil No. 42: "a migração da ditadura para a democracia política ter sido uma transição conciliada, suave, em razão de certos compromissos, isso porque foram todos absolvidos..".

⁷⁶ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) STF Brasil No 44 et 47: "No estado democrático de direito o poder judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normatif mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia... há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, devera contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo poder legislativo. Insisto em que au Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria".

La position du TSF du Brésil n'est pas éloignée de sa ligne jurisprudentielle. En effet, en 1992, le TSF avait déjà adopté sa position plutôt restrictive par rapport au rôle de protection de la Constitution Brésilienne, en décidant que « *la disposition constitutionnelle sur l'action directe d'inconstitutionnalité, ne permet pas à la Cour Suprême de juger en ADI 77 la compatibilité des lois pré-constitutionnelles avec la Constitution de 1988* » 78. Ainsi, une telle décision ne pouvait que décourager tous ceux qui souhaitaient remettre en question des lois pré-constitutionnelles comme la loi d'amnistie de 1979.

Cette limitation de la justice constitutionnelle a été levée grâce à la Loi No. 9882/99, qui régleme l'action directe constitutionnelle, dénommée « *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* », et qui accorde au TSF du Brésil la faculté de vérifier la compatibilité d'une loi pré-constitutionnelle et de la Constitution. Ce nouvel élargissement de l'action directe d'inconstitutionnalité a fait renaître, chez une partie considérable de la population, l'espoir de juger les crimes commis pendant la dictature brésilienne. Ces espoirs, bien que détruits par la décision du TSF en avril 2010, ont été en partie préservés par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme qui, grâce à la décision de novembre 2010 dans l'affaire Julia Gomez Lund et autres (Guerrilha do Araguaia) contre la République Fédérative du Brésil, a déclaré que le Brésil était responsable de la disparition forcée de plus de 62 personnes et de la violation du droit à la liberté de pensée ainsi que de la liberté d'expression, des droits aux garanties judiciaires et du droit à l'intégrité des personnes. En ce qui concerne la loi d'amnistie brésilienne, la Cour Interaméricaine a précisé dans le Numéral 126 de la décision que « *la Cour Interaméricaine doit dire, dans la présente affaire, si la loi d'amnistie de 1979 est compatible ou non avec les droits consacrés dans les articles 1.1,2,8.1 et 25 de la Convention Américaine [...] Est-ce que la loi peut maintenir ses effets juridiques concernant les graves violations des Droits de l'Homme, bien que l'Etat se soit obligé internationalement à partir de la ratification de la Convention Américaine [...] ?* » 79. De

⁷⁷ Action directe d'inconstitutionnalité

⁷⁸ DEL RIO Andrés, "Dictadura, democracia y justicia transicional en Brasil: trayectorias y legados del Supremo Tribunal Federal". Associação Brasileira de ciencia política. 2010.p. 8."que la disposición constitucional sobre Acciones Directas de Inconstitucionalidad no daba a la Corte Suprema el poder de juzgar, en ADIN, la compatibilidad de las leyes preconstitucionales con la Constitución de 1988"

⁷⁹ Affaire Julia Gomez Lund et autres (guerrilha do Araguaia) vs Brésil. Exepciones preliminares, reparaciones y costas. sentencia del 24 de noviembre 2010, consultable sur <http://www.corteidh.or.cr/>. No. 126: " La corte Interamericana

même, dans le Numéral 171 et 172, « [le Tribunal réitère que] *sont inadmissibles les dispositions d'amnistie, les dispositions de prescription et l'établissement des exclusions de responsabilités ayant la prétention d'empêcher l'investigation et la sanction des responsables, des violations graves des Droits de l'Homme, telles que la torture, les exécutions sommaires, extralégales ou arbitraires et les disparitions forcées, violations interdites afin de ne pas transgresser les droits intouchables reconnus par le Droit International des Droits de l'Homme [...]. La Cour Interaméricaine considère que la forme dans laquelle a été interprétée et appliquée la loi d'amnistie adoptée par le Brésil a affecté le devoir international de l'Etat d'investiguer et de sanctionner les graves violations des Droits de l'Homme ..* » 80 .

Avec cette décision, la Cour Interaméricaine réaffirme sa position sur les lois d'amnistie latino-américaines. En effet, la Cour avait déjà eu l'occasion, à plusieurs reprises, de manifester l'incompatibilité de ces lois avec la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme. Ce fut le cas avec l'affaire Barrios Altos (Pérou), où la Cour avait conclu ceci : « *en conséquence de l'évidente incompatibilité entre les lois d'autoamnistie et la Convention Américaine des Droits de l'Homme, lesdites lois n'ont pas d'effets juridiques et ne peuvent pas continuer à représenter un obstacle pour l'investigation des faits de la présente affaire, ni pour l'identification et les sanctions des responsables, et ne peuvent pas avoir un impact sur d'autres affaires de violations des droits consacrés dans la Convention Américaine* » 81. Cette position, qui, a priori, déclarait une

debe resolver en el presente caso si la ley de Amnistía sancionada en 1979 es o no compatible con los derechos consagrados en los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana o, dicho de otra manera, si aquella puede mantener sus efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, una vez que el Estado se obligo internacionalmente a partir de la ratificación de la convención Americana”.

⁸⁰ Affaire Julia Gomez Lund et autres (guerrilha do Araguaia) vs Brésil. Excepciones preliminares, reparaciones y costas. sentencia del 24 de noviembre 2010, consultable sur <http://www.corteidh.or.cr/>. No. 171 et 172: “ El Tribunal reitera que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho Internacional de los Derechos Humanos... La Corte Interamericana considera que la forma en la cual ha sido interpretada y aplicada la ley de Amnistia adoptada por Brasil ha afectado el deber internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos ...”

⁸¹ Affaire Barrios altos Vs Peru. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de fondo del 14 de marzo del 2001. Considerando 44: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables,

incompatibilité de caractère général entre les lois d'amnistie et la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme, a été davantage développée aux termes d'une autre décision de la Cour dans l'affaire Almonacid Arellano (Chili) le 26 septembre 2006 (dans laquelle elle va préciser que les lois d'amnistie peuvent avoir des effets juridiques lorsqu'elles portent sur des crimes qui ne sont pas considérés comme des crimes contre l'humanité et lorsque le droit à la vérité et donc l'accès à la justice, n'est pas atteint).

Ainsi, le Brésil, suite à la décision de la Cour interaméricaine de Justice en 2010 et compte-tenu de l'article 2 de la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme qui impose aux Etats une obligation législative de supprimer toute norme contraire à la Convention, devra réviser la Loi d'amnistie No. 6683/79 pour, ainsi, ne plus s'exposer à de futures condamnations.

CHAPITRE II

Le phénomène de la globalisation

La fin de la Guerre Froide a entraîné un changement dans la politique et dans les priorités dans la sphère mondiale. Les arrivées au pouvoir de Margaret Thatcher en Angleterre et de Ronald Reagan aux Etats-Unis (en 1979 et en 1980) constituent le départ d'un changement radical dans les politiques économiques mondiales. Ainsi, la force politique qu'on appelle « *la nouvelle droite* » remet en question le rôle de l'Etat, puisque l'axe central de ce nouveau modèle économique est justement la non-intervention de l'Etat. Il s'agit bien, comme le souligne Sebastian Santander, « *d'une réelle révolution tant sur le plan monétaire que sur le plan des mentalités. Ce libéralisme*

ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú ».

monétaire ouvrira progressivement la porte à un système économique globalisé sur lequel l'Etat, bien qu'ayant contribué à son instauration, commencera peu à peu à perdre le contrôle »⁸².

Cette nouvelle politique n'est pas restée circonscrite aux Etats-Unis d'Amérique et à l'Angleterre. Au contraire, elle a été menée comme une politique internationale, qui a été en tant que telle répandue à un niveau mondial. Ainsi, la globalisation s'impose comme une nécessité pour appartenir au « *nouvel ordre mondial* »⁸³, où, comme l'expose Edgardo Madero, « *se proclame la possibilité de construire un monde sans frontière, sans guerre et sans conflit radical. Elle est étroitement liée au néo-libéralisme et à une représentation anglo-saxonne du monde. Légitimée dans la liberté, elle cherche à dépasser tout principe d'organisation territoriale souveraine des sociétés politiques* »⁸⁴.

En Amérique du Sud, compte-tenu de la montée en puissance de la dette externe des Etats, l'adoption et l'application de ces politiques n'ont pas été un choix mais une obligation, imposée par le FMI et la Banque Mondiale. Comme nous l'avons vu auparavant, le processus de démocratisation a été fortement soutenu par ces organisations internationales, avec l'objectif d'instaurer des valeurs communes au travers desquelles l'essence même des politiques liées à la globalisation puisse s'épanouir sans aucun genre d'entrave. Ainsi, une fois que le degré minimal de démocratie a été acquis, le phénomène de la globalisation a pu aisément se développer dans différents domaines au sein des sociétés sud-américaines.

En effet, bien que les origines de la globalisation soient essentiellement économiques, caractérisées par l'ouverture et le développement commercial, ces politiques économiques ont eu une forte incidence au-delà de la sphère purement commerciale, à tel point qu'actuellement le phénomène de la globalisation a une étendue pluridimensionnelle qui couvre les domaines économique, politique, social, culturel et idéologique. L'ampleur du phénomène a eu une incidence directe sur

⁸² SANTANDER Sebastian, « Globalisation, gouvernance et logiques régionales dans les Amériques » Cahiers du GELA-IS, No. 3-4, 2004, p. 11.

⁸³ Slogan Politique utilisé par le Président Américain Georges H. W. Bush lors de son discours au Congrès des Etats Unis le 11 septembre 1990.

⁸⁴ MANERO Edgardo, « Conséquences du processus de globalisation en Amérique Latine : un regard à partir de la décomposition de la géographie westphalienne ». in La Mondialisation et ses effets : nouveaux débats approches d'Europe et d'Amérique. Collection Changement Social No. 9. L'harmattan. P. 40.

des notions structurantes de l'ordre juridique interne des Etats. L'Etat a vu une transformation dans son rôle et cela aussi bien « à l'intérieur [...] comme noyau dur des relations du pouvoir qui se développent sur son espace territorial national », que dans son rôle extérieur « que renvoie la position historique de cette unité au sein de l'ensemble des Etats qui constituent le marché mondial »⁸⁵.

Nous nous intéresserons ici aux mutations qui ont eu lieu au sein de l'ordre juridique interne des Etats et qui ont eu une forte incidence sur le statut du droit international au sein des Constitutions des Etats sud-américains. De nombreuses doctrines ont tenté de justifier ces mutations juridiques, telles que la thèse sur la convergence des droits ou la thèse sur la domination d'un modèle juridique. A ce propos, Marie-Claire Ponthoreau apporte un éclairage remarquable en affirmant que « la thèse de la convergence se fonde sur la constitution d'un droit commun, issu des systèmes juridiques qui pénètre à son tour lesdits systèmes en vue, non pas de leur unification, mais de leur rapprochement ». En ce qui concerne la thèse de la domination d'un modèle juridique : « cette thèse repose sur l'idée que le mimétisme pousse les Etats à se rallier au modèle juridique des pays dominants, c'est-à-dire le modèle libéral qui renvoie au triptyque « Droits de l'Homme - démocratie pluraliste - Etat de droit »⁸⁶. Bien que ces thèses justifient en partie les transformations du rôle de l'Etat, elles ne sont pas complètes. Jean-Bernard Auby dénomme ces mutations avec une notion beaucoup plus large : celle de globalisation du droit ou encore de globalisation juridique, entendue comme « une évolution complexe, irrégulière, non articulée dans un processus d'ensemble »⁸⁷. Nous allons donc retenir cette notion pour tenter de comprendre les effets qu'a eu la globalisation juridique dans le rôle de l'Etat et, dans le même temps, sur le statut actuel du droit international au sein des Constitutions sud-américaines.

⁸⁵ THWAITES REY Mabel, "Después de la globalización neoliberal. ¿Que estado en América Latina? " *in* Reforma y Democracia (Caracas: CLAD) No. 41, Junio 2010.p.14: " de modo que la dimensión interna del Estado, colaciones del poder que se configuran dentro de su espacio territorial nacional, y la dimensión externa, que remite al posicionamiento histórico de esa unidad en el concierto de Estados que conforman el mercado mundial...".

⁸⁶ PONTTHOREAU Marie-Claire, « Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public ». L'actualité juridique. Droit administratif, N° 1, 2006, p.6.

⁸⁷ AUBY Jean-Bernard, « La Globalisation, le droit et l'état ». LGDJ Lextenso éditions. 2010 Paris. P. 66

I. Les effets de la globalisation dans le rôle interne des Etats sud-américains

Il n'est pas étonnant que la globalisation, définie par Jean-Bernard Auby comme « *un mouvement général d'ouverture et de compénétration de systèmes qui se manifeste à un niveau mondial* »⁸⁸ ait eu une telle répercussion sur la fonction même de l'Etat.

En Amérique du Sud, l'Etat, avant l'arrivée en puissance de la globalisation, était conçu selon d'un modèle de fort interventionnisme, modèle au sein duquel les relations entre le marché et l'Etat et entre la société et l'Etat étaient très développées. Cette interaction a été dénommée par Marcelo Caravozzi comme « *le modèle étatique-centrique* »⁸⁹. A partir des années 1970, les crises économiques et sociales ont remis en question ce modèle. Cette remise en question a été renforcée sous la pression des programmes économiques des organismes internationaux (FMI par exemple) qui ont accentué l'idée que le responsable des crises était l'Etat interventionniste. Ainsi, sous l'impérieuse nécessité de faire partie de ce phénomène d'interconnexion global, les Etats sud-américains ont instauré, en lien avec le processus démocratique, un processus qui a été nommé par de nombreux auteurs comme un processus de désétatisation. Au travers de ce processus, les liens entre l'Etat et le marché et entre l'Etat et la société se sont métamorphosés. Nous verrons que concernant le rôle de l'Etat, la globalisation impose de se désintéresser du domaine économique, et dans le même temps de s'intéresser de plus près aux valeurs humaines, ce qui se traduit par l'impuissance de l'Etat face au marché et par la croissante prise en compte par l'Etat des principes universels.

A. L'émancipation du marché

Comme nous l'avons déjà évoqué, le phénomène de la globalisation concernait au départ un domaine purement économique, au sein duquel « *le marché représente l'Etat naturel d'organisation de la société, une société comprise comme un agrégat d'individus égaux et*

⁸⁸ AUBY Jean-Bernard, « La Globalisation, le droit et l'état ». LGDJ Lextenso éditions. 2010 Paris. P. 16.

⁸⁹ Voir : CARAVOZZI Marcelo, "Mas allá de las transiciones a la democracia en América Latina". Revista de estudios políticos (Nueva Época). Número 74. Octubre-diciembre 1991.

rationnels cherchant à maximiser leur bien-être personnel et affranchie des interférences provoquées par les interventions étatiques et les réglementations publiques »⁹⁰. Cette conception impose que la relation entre l'Etat et le marché soit plus modeste que ce qu'elle a été auparavant. Elle a été imposée à l'ensemble des Etats sud-américains par le Consensus de Washington. Ainsi, au sein de ce programme d'ajustement structurel, des consignes très précises ont été données concernant le déficit public, qui ne devait pas dépasser les 2% du PIB pour ainsi éviter l'inflation. Il en va de même pour l'encadrement des dépenses publiques, ainsi que l'élargissement des impôts, la libéralisation financière, le taux de change, la libéralisation commerciale, la suppression des barrières à l'entrée des investissements directs étrangers, la privatisation des entreprises de l'Etat et la dérégularisations de l'activité économique⁹¹. C'est ainsi que le rôle de l'Etat vis-à-vis du marché change. L'Etat n'est plus un acteur dirigiste dans le marché, mais il doit adopter un rôle de régulateur, voire d'observateur, de celui-ci. Le rôle d'acteur principal revient au secteur privé. Pour mettre en application ce changement, les Etats sud-américains ont justifié l'adoption de ces mesures néolibérales par le besoin impératif d'une modernisation de l'Etat. A ce propos, Manuel Castells précise que : « *la modernisation, en tant qu'adaptation à l'économie globale, consiste surtout à transférer au marché ce qui appartenait à l'Etat. Pour mener à bien ce projet indispensable pour la modernisation technologique et la participation du secteur dynamique de l'économie dans le nouveau capitalisme mondial, les Etats ont utilisé régulièrement des mesures traditionnelles pour supprimer les privilèges des certains secteurs et ainsi les exposer à la concurrence* »⁹².

La transmission au marché de ce qui appartenait à l'Etat n'a pas pu se faire sans modifier radicalement l'essence même dudit Etat. Ainsi, au sein des Etats sud-américains qui se sont caractérisés par une forte centralisation, l'Etat a dû remettre en question cette forme

⁹⁰ OST François, "Mondialisation, globalisation, universalisation. Le droit saisi par la mondialisation ». Collection de droit international, Bruylant 2001. P. 8.

⁹¹ Voir : BAFOIL François, « Traduction du texte établissant le "Consensus de Washington" Critique internationale - n°32 – juillet / septembre 2006 en ligne : <http://www.ceri-sciences-po.org>

⁹² CASTELLS, Manuel. Globalización, identidad y estado en America Latina. Temas de desarrollo humano sustentable. PNUD Chile 1998, p.16 « *la modernización como adaptación a la economía global, consiste sobre todo en traspasar al mercado lo que era del estado. Para llevar a cabo ese proyecto, indispensable para la modernización tecnológica y la participación del sector dinámico de la economía en el nuevo capitalismo global, los estados utilizaron con frecuencia sus apoyos tradicionales para, de hecho, romper los privilegios de dichos sectores y dejarlos expuestos a la competitividad* »

d'administration et a dû inclure à différents degrés des mesures telles que la décentralisation et la déconcentration administrative, pour ainsi permettre au marché de prendre aisément ses marques. En conséquence, l'émancipation du marché du contrôle de l'Etat n'a pas seulement impliqué que ce soit la loi de l'offre et de la demande qui régule le marché. Cette émancipation a aussi eu des incidences sur d'autres fonctions essentielles de l'Etat qui, comme nous avons pu le voir tout au long du présent travail, ont eu une forte répercussion sur le statut du droit international au sein des Constitutions sud-américaines, et tout particulièrement en ce qui concerne la diffusion verticale du pouvoir d'engager l'Etat au niveau international.

La mise en application de toutes ces mesures néolibérales dans les Etats sud-américains n'a pas donné les résultats attendus. En effet, la première conséquence visible des mesures a été l'accroissement des inégalités au sein de la population sud-américaine. Ainsi, Mme Delmas- Marty affirme que « *le fonctionnement, même optimal, d'une économie de marché, fût-elle la plus riche, ne garantit pas la survie de l'ensemble de la population ; et cette déficience structurelle de l'économie du marché est le point d'entrée du modèle social, des considérations collectives et de la solidarité. Marché et socialisme sont ainsi en partie liés puisque le premier est vide de sens sans le second* »⁹³ .

Le raisonnement tenu par Mme Delmas-Marty a été sans doute le même que celui qui s'est développé au sein de la population sud-américaine. Avec l'échec social de l'économie de marché imposée par l'intégralité des Etats sud-américains dans les années 1990, cette population souhaitait un nouveau modèle, où les politiques sociales aient une place prépondérante. Autrement dit un modèle où l'Etat pourrait reprendre ce qu'il avait transféré au marché : le pouvoir de décision. En conséquence, à partir de la fin des années 1990, dans certains Etats où le mécontentement à l'égard des mesures néolibérales a atteint des sommets, on constate l'arrivée au pouvoir de figures contestataires de la globalisation économique. Ainsi, Hugo Chavez, élu président le 2 février 1999 au Venezuela, est arrivé au pouvoir en affirmant que « *la globalisation d'aujourd'hui est une réalité objective mais aussi une arme de manipulation qui prétend nous condamner à la passivité devant un ordre économique mondial qui exclut nos pays du Sud et les condamne à un rôle éternel*

⁹³ DELMAS-MARTY, Mireille. Trois défis pour un droit mondial. Editions de Seuil, Paris, novembre 1998.P. 141.

de producteurs de richesses et récepteurs de miettes »⁹⁴. Evo Morales, le 22 janvier 2006 en Bolivie et Rafael Correa, Président de l'Equateur depuis janvier 2007, sont arrivés au pouvoir avec le même type de revendications.

Nous pouvons dès lors affirmer que les conséquences négatives de la libéralisation de l'économie ont eu une forte influence sur l'avenir politique de la région. En effet, les accessions au pouvoir d'Hugo Chavez au Venezuela, d'Evo Morales en Bolivie et de Rafael Correa en Equateur, bien qu'elles soient les plus radicales, ne sont pas pour autant isolées des résultats des élections dans les autres pays sud-américains. Ont été élus présidents de leurs pays respectifs :

- au Brésil, Ignacio Lula Da Silva 2002
- Nestor Kirchner en Argentine en 2003
- l'ex-guérillero Tupamaros Jose Mujica en Uruguay en 2009

Ils ont en commun la remise en question des mesures néolibérales et la volonté d'inclure un volet social dans leur programme de gouvernement.

Bien que l'émancipation du marché n'ait pas tenu toutes ses promesses à l'égard de la population sud-américaine, la globalisation juridique a imposé également aux Etats un intérêt grandissant vis-à-vis des valeurs et principes dits universels.

B. L'adoption des valeurs universelles

Si la notion de mondialisation est étroitement liée au volet économique de la globalisation, en ce qui concerne le volet des valeurs, l'approche est différente. En effet, dans la sphère des valeurs on ne retrouve pas le terme « mondial » mais « universel ». Cette différence n'est pas anodine et est clairement expliquée par Mme Delmas-Marty : « *le sens des termes « universel » et « mondial » diverge sérieusement. La mondialisation renvoie à la diffusion spatiale d'un produit, d'une*

⁹⁴ Discours de Hugo Chavez Frias XII sommet des chefs d'état et de gouvernement du groupe des quinze le 1 mars 2004: « Globalización que es hoy, además de realidad objetiva, arma de manipulación que pretende condenarnos a la pasividad, ante un Orden Económico Mundial que excluye a nuestros países del sur y los condena al eterno papel de productores de riquezas y receptores de migajas.

technique ou d'une idée. L'universalité implique un partage de sens »⁹⁵. Ainsi, la globalisation a voulu ancrer des valeurs communes au sein des Etats. Ces valeurs sont étroitement liées avec les Droits de l'Homme entendus, ainsi que le préconise le préambule de la *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme* comme « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables [qui] constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* »⁹⁶. Ces valeurs sont également étroitement liées à la démocratie, telle que développée dans le premier chapitre de la présente étude. Bien que l'Etat ait dû faciliter l'émancipation du marché, il doit, en ce qui concerne les valeurs universelles, être le pilier central non seulement de l'adoption de ces valeurs mais aussi de leur application et de leur respect.

Dans le même ordre d'idées, la globalisation juridique a impliqué, pour les Etats sud-américains, une adhésion aux valeurs universelles. Cette adhésion s'est traduite par de multiples moyens. Ainsi, on constate l'inclusion grandissante des droits fondamentaux au sein des Constitutions sud-américaines. De plus, depuis les dernières réformes constitutionnelles, on s'aperçoit que le phénomène de la constitutionnalisation du droit international sous l'influence des Droits de l'Homme a pris de l'ampleur au sein de l'ordre juridique interne des Etats Sud-Américains. L'exemple le plus marquant en est le numéral 22 de l'article 75 de la Constitution Argentine qui accorde littéralement une hiérarchie constitutionnelle à « *La Déclaration Américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Convention Américaine des Droits de l'Homme, le Pacte International des Droits Economiques, Sociaux et Culturels, le Pacte International des Droits Civils et Politiques et son protocole facultatif, la Convention sur la Prévention et la Sanction du Délit de Génocide, la Convention Internationale sur l'Elimination de toutes les formes de Discrimination Raciale, la Convention sur l'Elimination de toutes les formes de Discrimination contre la Femme, la Convention contre la Torture et d'autres traitement ou peines cruels, inhumains ou dégradants, la Convention sur les Droits de l'Enfant* »⁹⁷. Bien que les autres Constitutions sud-américaines restent plus timides sur la

⁹⁵ DELMAS-MARTY Mireille, « Trois défis pour un droit mondial » Editions de Seuil, Paris, novembre 1998.P. 14.

⁹⁶ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. 10 Décembre 1948.

⁹⁷ Article 75 No 22 Constitution de l'Argentine : «...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención

constitutionnalisation du droit international des Droits de l'Homme, toutes sans exception font référence dans leur corps normatif au traitement de faveur accordé aux traités internationaux concernant les Droits de l'Homme. Il s'agit d'une conséquence directe de la globalisation juridique que nous allons évoquer dans les chapitres suivants.

Dans l'adoption de ces valeurs universelles, le mot de rigueur est l'harmonisation. En effet, si on voit l'universalisation de ces valeurs comme l'adoption d'un sens, on ne peut pas faire référence à une imposition de ce sens mais plutôt à son adoption de plein gré. Ainsi, Mme Delmas-Marty nous explique que « *plutôt que l'unification, elle suggère l'harmonisation des systèmes de droit, dans la mesure où des différences sont admises (donc un certain relativisme), mais à condition d'être compatibles avec les principes fondateurs communs (ce qui préserve l'harmonie d'ensemble, donc l'universalisme)* »⁹⁸.

Cependant, on constate que la globalisation juridique, concernant l'adoption des valeurs universelles, n'est pas constituée seulement du volet de l'harmonisation. Pour les Etats sud-américains et plus généralement les pays en développement, l'adoption de ces valeurs universelles est également imposée par les organisations internationales au travers de différents moyens. Ainsi, les clauses démocratiques et des Droits de l'Homme sont incluses dans la plupart des traités de commerce. En effet, ce genre de clauses prévoit des sanctions pour les Etats ayant signé le traité qui ne respectent pas les principes démocratiques et les Droits de l'Homme. Ces clauses sont également composées d'un axe dédié à la promotion des Droits de l'Homme. Par exemple, l'Union Européenne, premier investisseur étranger en Amérique Latine, inclut automatiquement depuis 1990 la clause démocratique et des Droits de l'Homme (également connue sous le nom de clause de conditionnalité), clause qu'elle considère depuis 1992 comme un élément essentiel dans les relations commerciales avec des pays tiers (décision du 11 mai de 1992 du Conseil Européen relative aux relations avec les Etats participant à l'O.C.S.E⁹⁹). Cette décision consacre le fait que : « *le respect des principes démocratiques et des droits de l'homme inspire les politiques internes et*

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño..."

⁹⁸ DELMAS-MARTY Mireille, « Trois défis pour un droit mondial », Editions de Seuil, Paris, novembre 1998.P. 26.

⁹⁹ Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe

internationales des parties et constitue un élément essentiel du présent accord ». Ainsi, en qualifiant la clause comme un élément essentiel du traité, les parties peuvent dénoncer ou suspendre l'exécution du traité en cas de violation de cette clause en invoquant l'article 60 de la convention de Vienne. Ce propos a été soutenu par la Cour de Justice qui, dans l'arrêt Portugal/conseil du 3 décembre 1996, affirme que la qualification « *élément essentiel était un facteur important pour exercer le droit à obtenir, en vertu du droit international, la suspension ou la cessation d'un accord de coopération au développement, lorsque le tiers n'a pas respecté les Droits de l'Homme* »¹⁰⁰.

L'inclusion de cette clause au sein des accords commerciaux a suscité de nombreuses critiques. En effet, elle établit un lien direct entre le domaine commercial et le domaine des Droits de l'Homme qui fait partie des questions internes des Etats. Cependant, dans ses relations avec les Etats sud-américains, l'Union Européenne n'a, jusqu'à présent, pas activé la clause, et ce malgré des situations pour le moins inquiétantes sur le terrain des Droits de l'Homme et de la démocratie. Cet état de fait nous amène à penser que le premier objectif de ce genre des clauses n'est pas la sanction mais la promotion des Droits de l'Homme et de la démocratie. Ces clauses constituent surtout un moyen pour les acteurs internationaux de rappeler aux Etats sud-américains leurs limites et leur retard en matière de Droits de l'Homme et de démocratie. Ainsi, ces clauses ont pour but de tenter d'équilibrer la balance des droits au sein d'Etats certes démocratiques mais incapables d'assurer un niveau décent de liberté et de justice pour tous. Cette situation est malheureusement présente dans la plupart des Etats de l'Amérique du Sud où, comme l'écrit Antonio del Cabo, « *une partie considérable de la population est constituée de véritables marginaux exclus du marché formel de l'emploi, condamnés à la marginalité socio-économique, à la faim et contraints dans certaines occasions à travailler dans des conditions d'esclavage. Ces conditions les excluent, les empêchant d'être considérés comme des sujets de droit pouvant bénéficier des garanties fondamentales et des libertés consacrées par l'ordre constitutionnel. Pour eux, il n'y a pas de sécurité juridique ni de loi, seulement une protection relative qui dépendra des mécanismes du clientélisme politique voire policier.* »¹⁰¹

¹⁰⁰ CJCE arrêt Portugal/Conseil 3 décembre 1996, aff C-268/94, rec. P 1-6177

¹⁰¹ DEL CABO Antonio, "Constitucionalismo, mundialización de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa" Publicaciones Universidad de Alicante.2000. p. 73: "una parte considerable de la población está constituida por verdaderos parias excluidos del mercado formal de empleo, condenados a la marginalidad socio-económica, al hambre y en ocasiones a condiciones de trabajo esclavo. Esta condición prácticamente los excluye

Face à ce panorama désolant des inégalités, l'insertion des clauses de conditionnalité au sein des traités commerciaux reste un excellent moyen de renforcer l'adoption des valeurs universelles au sein des Etats.

II. Les effets de la globalisation dans le rôle externe des Etats sud-américains

La globalisation juridique n'a pas modifié seulement le rôle de l'Etat dans l'ordre juridique interne. En effet, l'essence même de la globalisation est l'interaction entre les différents acteurs internationaux. Dès lors, il est tout à fait naturel que des effets dans le rôle externe des Etats se soient manifestés. Dans cette situation, nous pouvons identifier deux grandes conséquences externes de la globalisation juridique :

- un accroissement de l'action extérieure des Etats compte-tenu de la perméabilisation des frontières qui a eu lieu pendant les dernières décennies. En effet, la gestion des affaires économiques et politiques n'est plus limitée à l'intérieur des Etats. De ce fait, les Etats sont contraints de développer des relations internationales pour suivre le mouvement de la globalisation ainsi que l'a rappelé Pierre de Senarclens : « *les Etats sont aujourd'hui de toute évidence confrontés à des nouvelles contraintes internationales et régionales, à la concurrence des nombreux acteurs non étatiques, à des interactions économiques et sociales et transnationales, à des mutations socioculturelles, qui affectent leur sécurité, l'orientation de leurs politiques publiques et leurs modalités d'exercer le pouvoir* »¹⁰²

como sujetos de derecho encuadrados en las garantías fundamentales y en las libertades establecidas por el orden constitucional. Para ellos, no existe la seguridad jurídica ni el imperio de la ley, solo las dadas y la protección discrecionales que les deparen los mecanismos de clientelismo político e incluso policial”.

¹⁰² De SENARCLES Pierre, « Les frontières dans tous les Etats les relations internationales au défi de la mondialisation ». Organisation internationale et relations internationales. Bruxelles établissements Emile Bruyant 2009. P. 1

- une remise en cause de notions juridiques extrêmement chères aux yeux des Etats, comme le concept de souveraineté, qui n'est pas sorti indemne du processus de globalisation juridique.

Ainsi, la définition classique donnée par Jean Bodin de « *puissance absolue et perpétuelle d'une république* »¹⁰³ va être soumise à une évolution des faits. En effet, la souveraineté, en tant qu'élément essentiel de l'Etat (entendu comme une : « *collectivité humaine, vivant sur un territoire déterminé sur lequel s'exerce une souveraineté* »¹⁰⁴) a indéniablement suivi la transformation du rôle étatique. De ce fait, la souveraineté a également évolué au niveau théorique. On trouve de²² nouvelles théories à son égard qui vont soit relativiser les effets de la globalisation sur la notion même de la souveraineté -pour les plus classiques-, soit remettre en question l'existence même de la souveraineté à l'heure de la globalisation actuelle -pour les plus osées-. Quoiqu'il en soit, on ne peut nier que ce qui, jusqu'à il y a quelques décennies, était considéré comme un acquis non modifiable des Etats a subi bien des transformations, et cela même au sein des Etats qui ont traditionnellement eu un fort attachement à la conception classique de la souveraineté, tels que les Etats de l'Amérique du Sud.

A. Le développement de l'action internationale des Etats

Le statut international des Etats sud-américains a beaucoup évolué. Ils étaient autrefois considérés comme faisant partie du Tiers Monde. Aujourd'hui, ils sont considérés comme des pays en développement, et quelques-uns ont réussi l'exploit d'être reconnus en tant que puissances mondiales (Brésil par exemple). Ces changements ne sont pas anodins car la politique externe d'un pays du Tiers Monde ne peut pas être la même que celle d'un pays en voie de développement.

En effet, en tant qu'Etats appartenant au Tiers Monde, les Etats de l'Amérique du Sud avaient une politique extérieure limitée à un objectif majeur : celui de la survie de leur Etat. Pour atteindre cet objectif, ces Etats orientaient leur action extérieure autour de deux axes : la sécurité et le pouvoir.

¹⁰³ BODIN J, « Les six livres de la république ». Paris, 1583, édition facsimilée Aalen : Scientia 1961. P. 122.

¹⁰⁴ STERN Brigitte, « L'Etat souverain face à la mondialisation. Conférence Quels rôles pour l'Etat ? » Université de Toulouse 10 Juin 2000.

De plus, à l'époque, le droit international classique était encore en pleine évolution. Son rôle était pratiquement restreint à celui d'un encadrement très large de l'interaction des acteurs internationaux. De ce fait, les Etats sud-américains avaient suivi la théorie de Nicholas Spykman selon laquelle : « *la société internationale est [...] une société sans autorité centrale pour préserver la loi et l'ordre, et sans agence officielle pour protéger ses membres dans l'exercice de leurs droits. Le résultat est que les Etats individuels doivent faire de la préservation et de l'amélioration de leur position de pouvoir un des objectifs principaux de leur politique étrangère* »¹⁰⁵

Avec le processus de globalisation, la limitation de la politique externe des Etats à la sécurité et au pouvoir fut largement dépassée par l'adoption de nouvelles attentes. Luciano Tommasini remarque que : « *à côté de la sécurité des Etats, définie dans des termes de survie, toute une nouvelle gamme d'intérêts fait son apparition sur la scène externe, incluant des facteurs économiques, technologiques, culturels, éthiques ou religieux pour élargir ainsi les sujets internationaux des nations* »¹⁰⁶

Mais la survie de l'Etat n'était pas le seul élément à conditionner l'action externe de ce dernier. En effet, il ne faut pas oublier que les Etats sud-américains ont toujours eu une position fragile au sein du commerce mondial, et cela compte-tenu de l'instabilité de la valeur ajoutée de leurs produits d'exportations traditionnels. En effet, il s'agit principalement de matières premières dont le prix sur le marché mondial est très changeant. Dans cet état de fait, les Etats ont voulu tout d'abord s'industrialiser au travers d'une politique très précise : « *l'industrialisation pour substitution d'importations* », entendu comme : « *une stratégie pour le développement qui promeut l'expansion*

¹⁰⁵ SPYKMAN N. J., "America 's Strategy in World Politics" Nueva York, Hardcourt Brace, 1942, p. 7.: "international society is, however, a society without a central authority to preserve law and order, and without official agency to protect its members in the enjoyment of their rights. the resultat is that individual states must make the preservation and improvement of their power position a primary objectif of their foreign policy"

¹⁰⁶ TOMASSINI Luciano, "La política internacional en un mundo postmoderno". *In* Programa de estudios conjuntos sobre las relaciones internacionales de América Latina. Grupo editor latinoamericano. Colección estudios internacionales. Ira edición Argentina 1991. P. 292 : " al lado de la seguridad de los estados, definida en términos de supervivencia, toda una amplia gama de nuevos intereses hace su aparición en el escenario externo incluyendo factores económicos, tecnológicos, culturales, éticos o religiosos y ampliando extraordinariamente la agenda internacional de las naciones".

*du marché interne en opposition aux doctrines orthodoxes néoclassiques qui préconisent le développement au travers de l'exportation de la matière première (ou suivant les forces du marché). En ce sens, l'expansion de l'industrie nationale sera la force de développement principale. L'Etat a un rôle essentiel dans ce processus, grâce à une planification indicative, à la construction d'industries étatiques dans des secteurs clés, à l'assignation des crédits et à l'application des politiques protectionnistes temporelles au sein du commerce extérieur »*¹⁰⁷. Mais l'adoption de cette politique qui préconisait le renfermement des Etats n'a pas cassé la dépendance des Etats sud-américains envers les puissances étrangères, puisque la mise en application de l'industrialisation a engendré une forte augmentation de la dette externe des Etats, dette qui s'est transformée en une crise de dette généralisée au sein des Etats sud-américains.

À la suite de l'échec de l'industrialisation pour substituer à l'exportation, la politique adoptée par les Etats d'Amérique du Sud a été celle de « *l'ouverture économique* ». Les années 1990 représentent, selon Carlos Enrique Londono : « *l'internationalisation de l'économie, en rendant possible le fait que l'industrie produise non seulement pour le marché national mais également pour le marché étranger. L'ouverture (économique) consiste à convertir le marché dans l'axe central de la concurrence, au travers de la politique de l'offre et de la demande* »¹⁰⁸. Ainsi, avec l'adoption de cette politique nationale, les Etats ont mis en application les préconisations établies par le Consensus de Washington. Les Etats sud-américains sont officiellement entrés dans le processus de globalisation. En effet, l'ouverture économique qui implique de passer d'une industrialisation vers l'intérieur à une industrialisation vers l'extérieur a engendré un accroissement de l'action extérieure des Etats.

¹⁰⁷ CYPHER James, "Estado y Capital en México : políticas de desarrollo desde 1940". Siglo veintiuno editores s.a 1992. P 18: " la sustitución de importaciones es una estrategia para el desarrollo que favorece la expansión del mercado interno, en contraste con las doctrinas ortodoxas neoclásicas que enfatizan el desarrollo por medio de la exportación de mercancías primarias (o siguiendo las fuerzas del mercado). En este sentido la expansión de la industria nacional será la fuerza motriz del desarrollo. El estado desempeña un papel crucial en este proceso mediante la planificación indicativa, la construcción de industrias pertenecientes al estado en sectores claves, la asignación de créditos y la aplicación astuta de políticas proteccionistas temporales en el sector del comercio exterior"

¹⁰⁸ LONDONO Carlos Enrique, "La apertura económica en Colombia". Revista Pensamiento humanista No. 4. Universidad pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia. P. 46: " Apertura, es pues, internacionalización de la economía, haciendo viable que la industria produzca no solo para los mercados nacionales sino también para los extranjeros. Apertura es convertir el mercado en el eje de la competencia por medio de la libre oferta y la demanda."

L'objectif principal de l'ouverture économique est donc l'insertion des Etats sud-américains aux flux mondiaux. Pour cela, un double élargissement s'impose : à la fois sur les thèmes qui feront partie de l'agenda international des Etats et sur les partenaires internationaux.

En conséquence, l'expansion de l'action externe des Etats sud-américains depuis les années 1990 est remarquable. En matière commerciale, les Etats ont privilégié la conclusion d'accords de libre commerce. Grâce à cela, ils ont réussi à diversifier, à différents degrés, leurs produits d'exportation ainsi que leurs partenaires commerciaux. Jose Antonio Ocampo affirme que : « *l'Amérique Latine a bénéficié de ces tendances. En matière d'investissement direct étranger, la région a reçu dans ces dernières années autour de 60 000 millions de dollars par an, c'est-à-dire cinq fois le montant reçu au début des années 1990. Les exportations ont augmenté de 9% par rapport aux années 1990, c'est l'augmentation la plus importante de toute l'histoire de l'Amérique latine et elle dépasse le rythme d'expansion du commerce mondial* » ¹⁰⁹

Mais l'élargissement de l'action externe des Etats ne se limite pas seulement aux domaines commercial et économique. Avec la naissance d'un ordre public international qui a englobé des valeurs et des biens communs, l'action externe de chaque Etat sud-américain s'est multipliée autour de ces sujets qui sont rapidement devenus essentiels au sein de la politique externe des Etats.

Ainsi, l'action externe des Etats Sud-américains a été radicalement agrandie et diversifiée, mais cela n'a pas été fait sans répercussion sur des notions auxquelles les Etats d'Amérique du Sud sont fort attachés, telle que le concept de souveraineté.

¹⁰⁹ OCAMPO José Antonio, "Un futuro económico para Colombia". CEPAL. Agosto 2001. p.4: « América Latina se ha visto beneficiada por estas tendencias. En materia de inversión extranjera directa, la región ha recibido en los últimos años en torno a 60.000 millones de dólares por año, unas cinco veces lo que recibía a comienzos de la década de los noventa. El crecimiento exportador, del 9% real en promedio durante los años noventa, es el mayor de la historia de América Latina y supera al ritmo de expansión del comercio mundial ».

B. la remise en question du concept de souveraineté

Le concept de souveraineté a toujours été le pilier central de l'existence de l'Etat dans toutes ses formes. De ce fait, c'est une notion qui a été fortement abordée et développée. Malgré la diversité des théories qui sont nées autour de cette notion, toutes ont un point en commun : considérer la souveraineté comme un attribut de l'Etat.

Cet attribut est donc propre à chaque Etat. Mais dans l'ordre international, la souveraineté ne peut pas être perçue de la même façon. En effet, dans la sphère internationale, l'interaction des Etats induit un encadrement de leur souveraineté. La naissance de l'ordre juridique international après la Seconde Guerre Mondiale implique également la formulation de limites à la souveraineté. A ce propos, Pierre de Senarclens affirme que : « *l'idéal de la sécurité collective fut réaffirmé pendant la Seconde Guerre Mondiale et aboutit à la création de l'organisation des Nations Unies en 1945, à San Francisco [...] Ils considéraient également que l'ordre international devait reposer sur des principes et des normes juridiques universels. La charte des Nations Unies établit donc un Conseil de Sécurité, formé pour l'essentiel des représentants des grandes puissances. Elle prévoit également la mise en place d'un état-major militaire opérant pour le compte de ce dernier [...] Elle modifie la conception originale de la souveraineté étatique, puisque le conseil de sécurité peut prendre des sanctions à l'encontre d'un Etat qui viole l'interdiction d'utiliser la force, alors que les autres Etats doivent se conformer à ces sanctions* »¹¹⁰.

Bien qu'après la Seconde Guerre Mondiale la raison de l'interaction entre les Etats ait été la recherche d'une sécurité collective, après les années 90, cette raison fut la globalisation (phénomène qui, comme nous l'avons vu à de nombreuses reprises, a multiplié la connexion entre les Etats). Cela a impliqué naturellement la multiplication aussi des limites à la souveraineté étatique.

Pour les Etats sud-américains, cette remise en question de leur souveraineté a été fort difficile à accepter. En effet, en Europe, la dissipation du nationalisme à la fin de la Seconde Guerre Mondiale a permis l'acceptation d'une limitation de leur souveraineté et surtout la naissance de la construction de l'Union Européenne. En Amérique du Sud, par contre, le nationalisme (défini par

¹¹⁰ DE SENARCLENS Pierre, « Mondialisation, souveraineté et théories de relations internationales » Armand Colin, Paris 1998. P. 33.

Pierre de Senarclens comme : *« l'idéologie qui défend, voire exalte la solidarité nationale. Le nationalisme confère à l'Etat une mission historique supérieure aux intérêts des individus qui en font partie, non réductible à ses fonctions de sécurité et de régulation socio-économique. Si les Etats -quel que soit leur régime- bénéficient d'une présomption de légitimité, c'est parce que leurs dirigeants justifient leur pouvoir en se réclamant, à tort ou à raison, d'une communauté nationale. Ils prétendent incarner la volonté politique et même l'identité culturelle de la société dont ils sont issus »*¹¹¹) est toujours inséparable de la souveraineté.

Au fort nationalisme présent au sein des Etats sud-américains s'ajoute la mémoire historique. En effet, le fait d'être des anciennes colonies espagnoles et portugaises a incité les Etats de l'Amérique du Sud à demander fermement l'insertion de principes comme l'autodétermination des peuples ou le principe de la non-ingérence, dans le corps normatif de divers documents internationaux et cela à partir de l'approbation de la Charte des Nations Unies en 1945. En effet, pour les Etats Sud-Américains, il s'agit de prérogatives inaliénables à la souveraineté nationale qui de ce fait doivent être protégées par le droit international.

Ainsi, les Etats de l'Amérique du Sud ont fait de leur attachement à la souveraineté une tradition juridique qui est consacrée dans leur Constitution nationale. Comme l'affirme Andres Serbin : *« ces principes, incorporés dans les différentes Constitutions des pays latino-américains, se sont développés dans le cadre d'une haute instabilité politique et d'une faiblesse externe qui se mêlangent, depuis la fin du XIX siècle, avec un contraste paradoxal entre la violence et l'instabilité politique domestique, et les relativement pacifiques relations internationales entre les pays de la région. Dans ce contexte, la conception latino-américaine d'un ordre légal interaméricain a prouvé une obsession pour les normes de la souveraineté et l'indépendance de ses Etats-membres, avec une accentuation sur le principe de la non-ingérence qui est particulièrement illustré par les doctrines Calvo et Drago »*¹¹²

¹¹¹ DE SENARCLENS Pierre, « Mondialisation, souveraineté et théories de relations internationales » Armand Colin, Paris 1998. P. 12

¹¹² SERBIN Andrés, "Regionalismo y Soberanía nacional en América Latina: Los nuevos desafíos". CRIES Coordinadora regional de investigaciones económicas y sociales. Buenos Aires, Septiembre 2010. P. 10 « estos principios, frecuentemente incorporados a las respectivas constituciones de los países latinoamericanos, se han desarrollado en el marco de una alta inestabilidad política y de una debilidad externa que se combinan, desde finales del siglo XIX, con un paradójico contraste entre la violencia y la inestabilidad política doméstica, y las relativamente pacíficas

Cette dévotion à la souveraineté nationale a été renforcée par l'échec social de la globalisation, cause d'une opposition généralisée de la population sud-américaine à l'interventionnisme et à l'influence étrangère, et tout particulièrement à celle provenant des Etats-Unis. Cela a généré la mise en place de politiques étatiques qui cherchent à consolider la souveraineté des Etats.

Dans cet état de fait, les Etats sud-américains sont aujourd'hui partagés entre leur attachement au concept classique de souveraineté (qui se traduit dans une réaffirmation constitutionnelle constante de leur autorité suprême) et la réalité mondiale qu'implique l'acceptation du phénomène de globalisation et qui nécessite, si ce n'est une modification, du moins une relativisation du concept de souveraineté. Cette hésitation est la cause du non aboutissement de plusieurs engagements internationaux. En effet, un des effets de la globalisation est la propagation des processus d'intégration régionale. C'est ici que l'on peut réellement mesurer le paradoxe sud-américain : la recherche à tout prix d'une Union Régionale à l'image de l'Union Européenne, mais sans pour autant partager aucun axe de la souveraineté des différents Etats.

CHAPITRE III

Le processus d'intégration régionale

Le processus d'intégration en Amérique Latine est une des conséquences de la démocratisation vécue dans la région entre les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix. En effet, la stabilité démocratique des Etats est devenue un élément indispensable pour être catalogué comme un partenaire fiable et ainsi pouvoir se consacrer aisément au développement économique.

Ce dernier objectif des Etats est à l'origine d'une construction grandissante de l'intégration régionale qui est en constante évolution. Cette intégration régionale est définie par Sabine

relaciones internacionales de los países de la región. En este contexto, la concepción latinoamericana de un orden legal interamericano ha mostrado una obsesión con las normas de soberanía e interdependencia de sus estados miembros, con una énfasis concomitante en el principio de no intervención, particularmente ilustrativo en las doctrinas de Calvo y Drago”.

Saurugger comme : « *le regroupement, plus ou moins formalisé au plan institutionnel, de plusieurs Etats appartenant à une aire géographique délimitée, à des fins de coopération économique et/ou politique à long terme* »¹¹³.

Ce regroupement d'Etats peut adopter différents degrés, qui sont décrits par Balassa ainsi : « *dans une zone de libre-échange, les tarifs (et les restrictions quantitatives) entre les pays participants sont abolis, mais chaque pays garde ses propres tarifs imposés aux non-membres. La mise en place d'une Union douanière implique, en plus de la suppression de la discrimination dans le domaine de la circulation des biens au sein de l'Union, l'égalisation des tarifs dans le commerce avec les pays non membres. Un niveau plus élevé d'intégration économique est réalisé dans le marché commun dans lequel non seulement les restrictions au commerce mais aussi les restrictions à la circulation des facteurs de production sont abolies. L'union économique, qui est différente du marché commun, combine la suppression des restrictions imposées à la circulation des biens et des facteurs de production avec un certain niveau d'harmonisation des politiques économiques nationales, en vue de supprimer toute discrimination due aux disparités dans ces politiques. Enfin, l'intégration économique totale suppose préalablement l'unification des politiques monétaires, fiscales, sociales et contre cycliques, et demande la mise en place d'une autorité supranationale dont les décisions ont force obligatoire sur les Etats membres* »¹¹⁴

La mise en place de ce processus n'a pas été une évidence pour les Etat sud-américains. Le distanciellement et la méfiance ont guidé les relations entre ces Etats tout au long du XIX siècle. Bien qu'il y ait eu de multiples tentatives d'intégration régionale, la plupart d'entre elles n'a pas réussi à dépasser la zone de libre-échange. Mais malgré ces conditions peu propices à une véritable intégration, les Etats Sud-Américains continuent à essayer de trouver un modèle d'intégration régionale qui puisse renforcer l'industrialisation, stimuler les échanges et améliorer leur position dans la scène internationale.

¹¹³ SAURUGGER Sabine, « Théories et concepts de l'intégration européenne ». Paris, presses de sciences po, 2010, p. 220.

¹¹⁴ DUPUIGRENET-DESROUSSILLES Guy, « The theory of economic integration » *in* : revue économique, volume 15, n° 1, 1964. Pp 145.

Cet intérêt grandissant pour la construction d'une intégration régionale à l'effigie de l'Union Européenne va permettre une grande ouverture constitutionnelle face au droit international, car les Etats Sud-Américains ont bien compris que pour dépasser les résultats mitigés d'un régionalisme ouvert il faut aller au-delà de l'intégration économique et se lancer à la conquête d'un modèle supranational.

I. Les résultats mitigés du régionalisme ouvert

Le régionalisme ouvert a plusieurs définitions. Si nous nous en remettons à la Commission Economique pour l'Amérique Latine et les Caraïbes, le régionalisme ouvert est défini comme : « *le processus qui se forme à partir de deux phénomènes : l'interdépendance entre les accords à caractère préférentiel et l'interdépendance qui résulte du marché produit de la libéralisation commerciale en générale* »¹¹⁵. Si nous nous en remettons à la doctrine, German A. de la Reza la définit comme : « *une composante des réformes structurales orientées vers l'insertion des pays latino-américains à l'économie internationale par le biais de politiques d'intégration régionale et de compétitivité industrielle* »¹¹⁶.

D'après ces définitions complémentaires, nous pouvons constater que le régionalisme ouvert est un moyen d'intégration purement économique qui ne s'inquiète guère d'une intégration politique profonde. Dès les années quatre-vingt, les Etats Sud-Américains ont vu dans ce moyen d'intégration la solution idéale pour faire face à la globalisation.

Ce régionalisme privilégie la proximité géographique et culturelle ainsi que la suppression de la réglementation des restrictions à l'investissement étranger ; il importe de préciser qu'avant d'adopter le régionalisme ouvert, les Etats de l'Amérique du Sud s'étaient concentrés sur le marché mondial et n'accordaient aucune importance aux échanges interrégionaux. Ce sont des organismes

¹¹⁵ CEPAL. Regionalismo abierto en América Latina y el Caribe. La integración económica al servicio de la transformación productiva con equidad. Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile, 1994. P. 17.

¹¹⁶ DE LA REZA German, « Le régionalisme ouvert latino-américain : Un essai d'interprétation systémique ». Cahiers des Amériques Latines, 75. 2014. P178.

tels que la CEPAL qui ont réussi avec maints rapports à convaincre les Etats de l'influence positive que peut avoir une intégration économique régionale dans les échanges mondiaux.

Ce fut donc avec l'objectif de s'insérer dans le marché mondial que les Etats Sud-Américains vont mettre en place ce régionalisme ouvert grâce à de multiples accords d'intégration économique qui vont s'avérer utiles mais limités en raison d'un manque de solidarité et d'harmonisation.

A. Une présence grandissante des accords d'intégration économique

Une fois que le régionalisme ouvert fut lancé au sein des Etats de l'Amérique du Sud, de nombreux accords virent le jour. La CEPAL a identifié trois types d'accords destinés à libéraliser le commerce : le premier est consacré aux accords d'intégration subrégionale tels que l'accord de Cartagena, la communauté du caraïbe et le Mercosur, le deuxième concerne les accords bilatéraux conclus entre les Etats que ce soit dans le cadre d'un Traité de coopération tel que l'ALADI ou pas ; et le troisième est relatif aux engagements de libéralisation de commerce souscrits par des groupes d'Etats, tels que ceux conclus entre les membres de la communauté des Caraïbes et le Venezuela ou encore entre les pays centraméricains et la Colombie.

Miguel Izam, précise que l'élément commun de ces accords est une exonération douanière sur une liste de produits dont l'objectif sera sa libéralisation grâce à l'abattement ou la réduction des taxes qui sont habituellement imposés à ce genre des produits et qui seront toujours en vigueur pour les Etats tiers¹¹⁷.

Bien que tous ces accords participent activement à la consolidation de relations entre les Etats, la nature des accords bilatéraux qui se limitent à encadrer les taxes douanières de certains produits et n'envisagent pas l'adoption, même lointaine, de taxes externes communes ne s'avèrent pas déterminants pour la construction d'une intégration régionale. Cela fut compris par les Etats, qui depuis les années soixante, essaient d'adopter une vision régionale ; cependant, il est vrai qu'en Amérique du Sud, l'intégration subrégionale a eu jusqu'à présent davantage de succès. Alberto Van Klaveren justifie ceci en affirmant qu'à différence des intégrations régionales, les intégrations

¹¹⁷ IZAM Miguel, " Análisis comparativo de algunos acuerdos de integración latinoamericanos". Santiago de Chile, CEPAL. 1993. P. 172

subrégionales sont plus homogènes et cohésives, « *les nouvelles initiatives- d'intégration- sont étroitement liées aux politiques de réforme structurelle et d'ouverture au commerce ainsi qu'à l'investissement international, et pour cela elles prévoient la création de zones de libre commerce et des marchés communs ainsi que l'adoption de mécanismes de coordination économique. Ces mesures ont été adoptées par des organismes traditionnels tels que le pacte Andin et le Marché Commun Centroaméricain ainsi que pour des nouvelles structures telles que le Mercosur* »¹¹⁸.

Effectivement, dans le processus d'intégration régionale de l'Amérique du Sud, il y a eu deux grandes tentatives pour aller au-delà d'une simple exonération douanière et réussir une intégration régionale. La première, le Pacte Andin connu également comme l'accord de Carthagène qui fut créé en mai 1969 avec l'objectif d'instaurer une union douanière entre ses Etats membres. Durant les premières années, ce pacte fut considéré comme le processus d'intégration le plus avancé en Amérique Latine, car il fut conçu avec un schéma institutionnel très proche de l'ancienne Communauté Européenne. Hélas, les contradictions entre les efforts de consolidation de l'intégration régionale et l'adoption de politiques plus flexibles que les engagements des états membres du Pacte dans le cadre des négociations bilatérales avec des états tiers ont eu raison de l'objectif majeur de l'accord de Carthagène et ont donné lieu à un éloignement progressif des Etats membres. Ainsi, par exemple, la Colombie et le Venezuela, dans un premier temps, ont préféré conclure un accord de libre commerce bilatéral en dehors du Pacte Andin. Puis, ils se sont associés au Mexique pour créer le groupe des trois¹¹⁹. Le Pérou et l'Equateur ont dû faire face à un conflit frontalier ce qui les a profondément éloigné du pacte Andin et la Bolivie a préféré concentrer ses efforts commerciaux avec le Brésil et l'Argentine dans le cadre d'un plus récent accord d'intégration régionale : le Mercosur.

Le Mercosur créé avec le Traité d'Asuncion en 1991, à l'égal du Pacte Andin, avait pour objectif de faciliter le libre commerce entre ses membres avec la création d'une union douanière qui était censée se transformer progressivement en un marché commun pour s'ouvrir une véritable place dans le marché mondial économique. Initialement, il était composé par quatre Etats sud-

¹¹⁸ VAN KLAVERE Alberto, "América latina: hacia un regionalismo abierto". Estudios internacionales, Año 25, No. 100, Numero especial Octubre-Diciembre 1992. Chile. P. 71.

¹¹⁹ Plus connu comme le G3, créée en 1994., le Venezuela n'en fait plus partie depuis 2006

Américains : l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. En 2012, le Venezuela fut intégré puis cinq autres Etats furent associés : le Chili, la Colombie, La Bolivie, le Pérou et l'Equateur. Bien que son objectif principal soit loin d'être achevé, -d'ailleurs, nombreux sont ceux qui surnomment le Mercosur comme « *l'union douanière imparfaite* »- il constitue l'accord d'intégration régionale le plus abouti de l'Amérique du Sud.

Le premier article du traité d'Asuncion où sont consacrés les objectifs du Mercosur fait apparaître la différence entre le Mercosur et les autres processus d'intégration régionale. Parmi ces objectifs, se trouve la libre circulation des biens, services et facteurs productifs entre les pays. Il prévoit également l'adoption d'une taxe commune externe, une politique commerciale commune et une harmonisation de la législation des Etats parties. D'après cet article, le Mercosur ne se limite pas à un accord économique, il s'agit d'un véritable traité d'intégration, au même sens que le Traité de Rome de 1957.

Conscients de l'impact de cette intégration, les Etats parties ont prévu une période de transition jusqu'au 31 décembre 1994. Pendant cette période, il fallait faire évoluer l'union douanière en marché commun et pour cela une structure institutionnelle fut créée et composé par un Conseil du Marché commun, le Groupe Marché Commun, la Commission de Commerce du Mercosur, le Secrétariat administratif du Mercosur, la Commission parlementaire et le forum économique et social à caractère consultatif.

Le premier obstacle rencontré par le Mercosur fut l'application de ses normes. Le Mercosur a choisi le principe d'application simultanée, comme condition sine qua non à l'entrée en vigueur de la norme dans l'ordre interne de chaque Etat. Hélas, l'asymétrie constitutionnelle des Etats parties n'a pas facilité cette application car au sein de chaque Etat le processus d'approbation et ratification du droit dérivé du Mercosur est sensiblement différent.

Le deuxième obstacle fut la résolution des conflits. En effet, dans un premier temps le Mercosur avait prévu la conciliation comme seul moyen pour résoudre les conflits. Or ce système s'est avéré rapidement insuffisant. Face à cet échec, le Mercosur a créé des Tribunaux arbitraux qui ont apporté un peu de sécurité juridique.

Le dernier obstacle du Mercosur fut la période de transition instaurée en principe pour quatre ans, car à ce jour elle est toujours en vigueur. Dès lors, le Mercosur n'a pas encore réussi à transformer l'union douanière en marché commun.

Ainsi, malgré la présence grandissante d'accords d'intégration économique dans le cadre des politiques d'un régionalisme ouvert, nous pouvons constater que l'intégration régionale n'a pas été un processus simple en Amérique du Sud et il semble qu'une des causes de ces échecs soit la limitation des accords à un champ exclusivement économique, ce qui implique d'exclure des accords de véritables politiques de solidarité et d'harmonisation.

B. Un manque de solidarité et d'harmonisation

Pour les Etats Sud-Américains, l'intégration régionale a toujours été synonyme de développement économique. La motivation des Etats pour conclure des accords s'est toujours limitée à un intérêt commercial. Or, les facteurs politiques doivent également être considérés comme des éléments de la plus haute importance dans le processus de consolidation de toute intégration régionale.

Plusieurs chercheurs ont analysé à partir de perspectives différentes l'échec des intégrations régionales en Amérique du Sud, et parmi leurs conclusions diverses, nous pouvons identifier deux éléments communs : une absence de solidarité entre les Etats parties des accords en raison d'une forte présence de corruption dans chacun des Etats, ce qui empêche les gouvernements de résoudre les graves problèmes dans l'ordre interne dans la plus grande indifférence de leurs partenaires.

Le deuxième élément est l'absence d'harmonisation. Ceci n'est pas seulement lié au grand attachement des Etats Sud-Américains à leur souveraineté mais aussi à la faiblesse institutionnelle interne des Etats car les objectifs et les intérêts des Etat sont très régulièrement soumis aux intérêts du gouvernement et non aux politiques étatiques.

Ces deux éléments ont constitué un obstacle dès les premières tentatives d'intégration régionale. Pour illustrer leur impact nous pouvons évoquer l'échec de l'Association Latinoaméricaine de libre échange¹²⁰ : une des premières tentatives d'intégration dans la région qui prenait en compte le volet

¹²⁰ ALALC

économique mais aussi les volets politique et social car il était conçu en fonction du degré du poids économique de chacun de ses membres qui était classé en trois groupes distincts. Bien que, en théorie, la structure de cet accord était convenable et répondait aux attentes d'une intégration régionale, les tensions économiques entre les Etats membres furent plus fortes que leur volonté politique au point de supprimer l'objectif principal de l'accord et transformer l'association en « *L'Association Latino-américaine de développement industriel* »¹²¹.

Face à ce constat, il importe de se souvenir des affirmations de Ernest Haas : « *L'implication de la politique dans les processus intégrationnistes serait le premiers pas vers une approche « technico-socio-économique ».* Cette intégration politique résulterait de la volonté des Etats à renoncer à la formulation de politiques étrangères et internes indépendantes et céder cette faculté à une organisation internationale qu'intégrerait le système d'une façon harmonieuse et productive, sans pour autant rester indifférents aux intérêts nationaux. Il s'agit donc d'une délégation de pouvoirs vers un stade supranational à la recherche d'un chemin plus efficace pour réussir les objectifs de l'Etat-Nation »¹²²

Si les Etats Sud-Américains souhaitent véritablement une intégration régionale, il faut réussir à dépasser ces deux obstacles, car un développement équilibré et équitable de tous les pays de la région constitue le principal objectif de l'intégration régionale.

Sharon Ahcar propose pour ce faire : « *entre les mécanismes concrets pour améliorer l'intégration nous proposons la création de politiques publiques qui génèrent des changements importants tant au niveau national qu'au niveau régional. Il faut que ce soient des politiques stables et solides... cela serait possible avec la création d'un soutien institutionnel, au développement d'une capacité technique et à la création des centres de recherche avec des nouveaux critères d'organisation, d'intervention et d'évaluation des résultats* »¹²³

¹²¹ ALADI

¹²² HASS Ernst, "Beyond the nation-state. Functionalism and international organization". Stanford : Stanford university press. 1964. P 23.

¹²³ AHCAR Sharon, "Procesos de integración regional en América Latina: Un enfoque político". Revista de economía del caribe, Universidad del Norte, Barranquilla Colombia No.11. P.10

Dans ce sens, le Mercosur est le seul organisme d'intégration régionale Sud-Américain qui a développé des volets d'intégration autres qu'économiques. Il s'agit des trois volets : emploi, éducation et social. Bien que ces trois volets n'aient qu'un rôle secondaire et dépendent exclusivement du bon vouloir des Etats car ils ont été conçus dans le cadre d'une coopération horizontale, ce sont eux qui ont permis au Mercosur d'avancer malgré une importante stagnation économique. Cette nouvelle phase du Mercosur a été mise en place pour construire une identité commune aux Etats parties et pour y parvenir, ils ont instauré un agenda social sur des problèmes qui touchent l'ensemble du Mercosur. Depuis 2005, c'est le secrétariat social du Mercosur qui a la lourde tâche de gérer ce nouveau procédé d'intégration.

Les Etats Sud-Américains sont conscients de l'importance de développer cette nouvelle approche de l'intégration. Cela fut évoqué lors du sommet des Présidents Sud-américains en 2006 où ils ont affirmé que : *« l'intégration doit être assumée comme un projet politique et stratégique qui puisse projeter une présence solide et compétitive de l'Amérique Latine dans le monde. Pour ce faire il faut renforcer le dialogue, présenter des projets de développement intégral et équitable avec comme soubassement des principes tels que la solidarité, la recherche de l'équité, le dépassement des asymétries et le respect de l'intégrité territoriale et l'autodétermination des peuples »*¹²⁴

Avec le renouvellement de cette volonté politique découlant de la prise de conscience que l'intégration régionale n'implique pas de sacrifier leur propre projet national, les Etats sont partis à la recherche d'une intégration régionale profonde.

II. En quête d'une intégration approfondie

Le processus d'intégration régionale a besoin d'organes administratifs et politiques de gestion et de direction propres même s'il s'agit d'une intégration économique car nous ne pouvons pas dissocier totalement l'intégration économique d'une intégration politique. Pour établir le degré d'intégration politique dans le cadre d'un accord économique, il faut trouver un accord sur le rôle et les compétences octroyés aux organes administratifs et de gestion du processus d'intégration.

¹²⁴ AHCAR Sharon, "Procesos de integración regional en América Latina: Un enfoque político". Revista de economía del caribe, Universidad del Norte, Barranquilla Colombia No.11. P.14

En ce qui concerne les processus d'intégration régionale en Amérique latine, Sharon Ahar est arrivé à la conclusion suivante : *« les systèmes subrégionaux les moins institutionnalisés sont l'AEC et le G3, les plus développés en matière d'institutions sont le CARICOM, le MCCA, le Mercosur et le PA. Ce constat n'est pas surprenant car il est corrélatif au niveau d'intégration économique atteinte. Ceux qui ont une institutionnalisation développée sont ceux qui ont comme objectif un marché commun »*¹²⁵

Cela nous permet d'affirmer que le problème au sein de l'intégration régionale sud-américaine n'est pas l'absence d'institutions mais plutôt leur nature. Thomas Schmitz affirmait à propos des institutions de l'Union Européenne : *« les Etats nationaux d'Europe occidentale ont cherché d'autres voies. Ils renforcèrent la coopération au moyen de traités internationaux et d'organisations internationales et fondèrent des institutions supranationales, c'est-à-dire des institutions de droit international public, auxquelles des droits de souveraineté sont conférés, et qui se distinguent ainsi par leur emprise directe et souveraine sur les citoyens et les pouvoirs publics des Etats parties. A elle seule, cette évolution était à peine encore conciliable avec le concept traditionnel de l'Etat national. Un ensemble de trois organisations supranationales, les Communautés européennes, devait en outre servir à l'intégration globale de leurs Etats membres. Elles firent l'objet de plusieurs réformes pour finalement, avec le traité de Maastricht qui compléta cette organisation de deux « piliers » de coopération intergouvernementale, être transformées en Union Européenne »*¹²⁶

Ainsi, l'origine de la réussite du processus d'intégration le plus abouti au monde est la nature supranationale de ses institutions. Cette nature est sensiblement différente de celle des processus d'intégration régionale sud-américaine qui a toujours été limitée au caractère intergouvernemental ; mais cela n'est pas en soit le véritable problème, car, pour concevoir un organisme d'intégration, le caractère interétatique est la meilleure option. Cependant, une fois que l'organe a été créé, il doit pouvoir évoluer progressivement vers une supranationalité.

¹²⁵ AHCAR Sharon, "Procesos de integración regional en América Latina: Un enfoque político" Revista de economía del caribe, Universidad del Norte, Barranquilla Colombia No.11. P.18.

¹²⁶ SCHMITZ Thomas, « L'intégration dans l'Union supranationale. Le modèle européen d'organisation du processus d'intégration géo-régionale et ses implications juridiques et théoriques ».2001 disponible en ligne http://www.iuspublicum-thomas-schmitz.uni-goettingen.de/Downloads/Schmitz_UnionSupran-Resume.pdf. P 3

Jusqu'à présent la simple création de zones de libre commerce sur la base d'un modèle intergouvernementale n'a pas su répondre aux attentes d'une véritable intégration. Il ne suffit pas d'avoir un objectif en commun, il faut se doter des institutions autonomes qui peuvent l'atteindre voire le dépasser.

A. Les faiblesses du modèle institutionnel intergouvernemental

Adriane Lorentz définit ce modèle ainsi : « *Dans un organe institutionnel intergouvernemental, l'intérêt prédominant résulte de l'harmonisation des volontés individuelles des Etats membres, la structure institutionnelle n'est pas indépendante et le personnel représente les intérêts des Etats membres. La norme juridique produite dans le contexte d'intégration doit être intériorisée pour produire des effets juridiques ; il n'y a pas de primauté du droit communautaire sur l'ordre juridique national, ni d'applicabilité directe de ses dispositions* »¹²⁷

L'intergouvernementalité ne limite pas le pouvoir national, il n'y a pas de délégation de souveraineté, ses organes structurels doivent représenter autant d'intérêts que d'Etats membres. Sans aucune autonomie décisive, la plus grande difficulté pour ces organes consiste à concilier les intérêts de chacun d'une façon harmonieuse et qui profite à la majeure partie des Etats membres.

Parmi les multiples faiblesses de ce modèle d'intégration, le CEPAL a identifié cinq éléments majeurs qui fragilisent l'intégration intergouvernementale : « i) l'absence et la fragilité d'instances de résolution des litiges ; ii) les normes du droit communautaire n'entrent pas dans l'ordre interne des Etats ; iii) l'absence d'une efficacité institutionnelle ; iv) l'absence de coordination macroéconomique et v) l'absence de prise en compte des asymétries dans les schémas d'intégration »¹²⁸

Après l'analyse du rapport du CEPAL, JC Fernandez conclut : « *les modèles adoptés au début des années soixante au sein de l'ALALC (aujourd'hui ALADI) ne semblent pas adaptés aux circonstances actuelles du commerce international. Les processus mis en place sont en décalage*

¹²⁷ LORENTZ Adriane et MELO Claudia, "Supranacionalidade no MERCOSUL". Curitiba: Jurua, 2001, P.28

¹²⁸ CEPAL, panorama de la inserción de América Latina y el Caribe. Tendencias 2005. PP.81

avec le contenu du traité qui les a créés, c'est le cas de la Cuenca de la Plata et même du Mercosur »¹²⁹

Mais malgré les constats sur les faiblesses de ce modèle, tous les organes d'intégration dans la région, ont mis en place un système institutionnel administratif et politique intergouvernemental et à ce jour, ce modèle s'avère insuffisant, car pour réussir l'intégration régionale il faut impérativement des actions coordonnées en matière de politiques externes et internes qui se concrétisent dans des secteurs sensibles tels que l'industrie ou encore la politique migratoire ou la dette externe.

Si nous comparons l'expérience sudaméricaine avec celle de la construction européenne, nous allons constater que les faiblesses du modèle intergouvernemental ont été dépassées en mettant en place un modèle supranational : *« Le pilier Justice et Affaires intérieures (JAI) qui a également rencontré des difficultés semblables, n'en est pas resté au stade de la coopération intergouvernementale. A l'origine conçu selon le modèle interétatique, ce troisième pilier fait une place prépondérante au Conseil des ministres, au sein duquel les décisions-cadres doivent non seulement être adoptées à l'unanimité, mais se voir privées de tout effet direct. Cependant, à l'instar du deuxième pilier, le mécanisme instauré ne va pas permettre à l'Union européenne d'avancer dans certains secteurs, comme il était prévu dans les traités. Il est clair que le Traité de Maastricht refusant en la matière tout pouvoir d'initiative à la Commission, ne permettait pas à cette institution de faire de nouvelles propositions, ce qui marque par là même toutes les limites que peut présenter l'intergouvernemental. Mais, le Traité d'Amsterdam va ouvrir la voie à la coopération renforcée et va également « communautariser » une grande partie des compétences du JAI. C'est en recourant à la clause passerelle de l'article 667, paragraphe 2 du traité instituant la Communauté européenne, qu'il transfère dans le pilier communautaire les politiques d'asile,*

¹²⁹ FERNANDEZ ROZAS J.C, "Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado". In Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII jornadas de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, Madrid, BOE, 2000,PP.151-192.p.33

d'immigration, de libre circulation des personnes et la coopération judiciaire en matière civile, les soustrayant ainsi des vicissitudes de la coopération interétatique »¹³⁰.

Loin de réussir l'intégration régionale, le modèle intergouvernemental est à l'origine d'un phénomène de fractionnement dans la région. A ce propos, Josette Altamann affirme : « *ce qui en théorie est la forme plus simple d'intégration, est à l'origine de grandes scissions non seulement au sein des blocs régionaux, mais aussi au niveau de l'ordre interne des Etats qui n'ont pas réussi à concilier les différentes positions qui ont suscité les traités de libre commerce et en général sur les formes d'approcher la globalisation »¹³¹.*

Effectivement, il y a une asymétrie constitutionnelle au sein de chaque Etat concernant leur approche de l'intégration régionale. Bien que la majorité des Etats aient opté pour des modifications constitutionnelles qui peuvent permettre un transfert de souveraineté, il existe deux Etats pour lesquels il est -dans l'état actuel de leur Constitution- impossible de songer à la supranationalité et qui conditionnent donc les processus d'intégration auxquels ils participent au modèle intergouvernemental. Il s'agit du Brésil et de l'Uruguay.

Le cas Brésilien est particulièrement intéressant car bien que l'article 4 de la Constitution pose le principe de l'intégration régionale : « *la République du Brésil cherchera l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples de l'Amérique Latine en approuvant la formation d'une communauté latinoaméricaine des nations* », on trouve dans le corps constitutionnel brésilien plusieurs limitations à ce principe. Ainsi par exemple, les articles 22, 23 et 24 consacrent la distribution des compétences entre les organes étatiques et au sein de ces articles il n'est prévu aucune modalité de transfert de souveraineté.

¹³⁰ DELAS Olivier, « Vingt ans après : que reste-t-il du modèle communautaire d'intégration ? » *in* : Revue québécoise de droit international, hors-série décembre 2012. Atelier Schuman 2012. Les 20 ans de l'Union européenne, 1992-2012. P.10

¹³¹ ALTMANN BORBON Josette, "Integración en América latina: crisis de los modelos regionales y ausencia de certidumbres" *in*: la integración latinoamericana, visiones regionales y subregionales. Editorial Juricentro, observatorio para las relaciones Europa-América Latina, San jose, costa rica 2008. P 318

En ce qui concerne la Constitution Uruguayenne Daniel Alberto Sabsay affirme : « *l'intégration est consacrée dans les domaines social et économique pour l'Amérique Latine mais il est précisé que la participation de l'Uruguay se limite aux processus de type associatif et de coopération* »¹³².

Malgré ceci, ces deux Etats ont voulu participer à la dernière tentative d'intégration régionale en Amérique du Sud : l'UNASUR, créée grâce au traité constitutif de l'union de nations sudaméricaines en 2008. Il s'agit d'une organisation qui cherche à implanter un modèle d'intégration fondé sur la solidarité, la coopération, la souveraineté, la paix, le respect, la démocratie, le pluralisme, le développement ¹³³avec des institutions telles que le Conseil Sudaméricain de lutte contre les stupéfiants, le Conseil de développement social et le Conseil Sudaméricain de l'éducation, science, culture et la technologie. Il importe de préciser que malgré des annonces d'une intégration profonde lors des sommets des Présidents des Etats membres, le contenu du Traité constitutif écarte la configuration de la supranationalité. Il s'agit d'un hybride juridique qui a les composantes d'un organisme de coopération politique mais avec des objectifs propres d'un organisme d'intégration.

Maria Angeles Cano précise à ce propos : « *l'UNASUR* » est considérée comme « *l'intégration de l'intégration* ». Il importe de souligner que ce processus cherche à créer un lien entre les processus d'intégration déjà existants[...] ; il a une vocation d'intégration des peuples et ne se limite pas à l'aspect économique et pour cela nous pouvons affirmer que son objectif principal est l'accord commercial entre la Communauté andine et le MERCOSUR ainsi que l'intégration physique dans la région sudaméricaine et éventuellement la possibilité d'une intégration énergétique »¹³⁴

Bien que l'Unasur fut créée selon un modèle intergouvernemental, la doctrine sudaméricaine attendait une évolution progressive de ses institutions vers une supranationalité sectorielle ou

¹³² SABSAY Daniel Alberto, "Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur". In : simposio "process of european and global constiutionalization" Berlin, 15 mai 1999. Disponible en ligne : <http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art04.pdf>.

¹³³ Commission stratégique de réflexion, II sommet, 16 avril 2007 Cochabamba (Bolivie). Ces conseils ont été créés lors du III sommet de Présidents, le 10 aout 2008 à Quito Equateur.

¹³⁴ CANO LINARES María Angela, "La unión suramericana de naciones: un ambicioso e innovador proceso de construcción de integración regional". Revista electrónica iberoamericana Vol. 4 no 1;2010. Disponible en ligne: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_4_2010_1/REIB_04_10_Angelines.pdf

fonctionnelle. Hélas, l'Unasur vit actuellement une crise sans précédents car six de ses Etats membres se sont retirés momentanément de l'organisation (l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Colombie, le Paraguay et le Pérou) en raison de l'impossibilité d'un accord pour désigner le Secrétaire de l'Unasur : « *la crise de l'Unasur met en évidence la déconstruction sudaméricaine. Sa structure laxiste certes très utile au début pour arriver au consensus de création de l'Unasur a fini par atteindre son unité. En effet, n'ayant pas des institutions à caractère supranational capable d'aller au-delà du caractère transitoire des projets intergouvernementaux, les autonomies nationales ont eu le dernier mot en délaissant l'autonomie régionale* »¹³⁵.

B. Le défi d'un modèle institutionnel supranational

Adriane Lorentz définit ce modèle ainsi : « *Dans un organe institutionnel supranational, l'intérêt commun aux états membres prime sur l'intérêt individuel des Etats. La structure institutionnelle est autonome et indépendante et dispose de fonctionnaires propres. La norme communautaire est dotée du principe de primauté sur la norme interne ainsi que de l'application directe* »¹³⁶.

La possibilité de réussir une intégration à l'effigie de l'Union Européenne est possible à condition que la Constitution nationale de chaque Etat prévoit la possibilité d'un transfert encadré de souveraineté. Plusieurs Etats Sud-Américains ont déjà inclus constitutionnellement cette possibilité, ainsi l'article 75 numéral 24 de la Constitution Argentine prévoit la délégation de : « *compétences et juridictions à des organisations supra étatiques dans des conditions de réciprocité et égalité à condition qu'elles respectent l'ordre démocratique et les droits de l'homme* ». La Constitution Colombienne prévoit dans l'article 22 : « *l'état promouvra l'intégration économique, sociale et politique avec les autres nations et spécialement avec les pays de l'Amérique Latine et les Caraïbes grâce à la conclusion de traités qui avec un soubassement d'équité, d'égalité et de réciprocité créeront des organes supranationaux, et cela même avec l'objectif de conformer une communauté latinoaméricaine des nations. La loi pourra établir des*

¹³⁵ NOLTE Detlef et MIJARES Victor, "La crisis de Unasur y la deconstrucción de Sudamérica. Periódico el espectador, 23 de abril de 2018. Disponible en ligne: https://www.researchgate.net/publication/325153950_La_crisis_de_Unasur_y_la_deconstruccion_de_Sudamerica

¹³⁶ LORENTZ Adriane et MELO Claudia, "Supranacionalidade no MERCOSUL". Curitiba: Juruá, 2001, P.28

élections directes pour la Constitution du Parlement Andin et le parlement latinoaméricain ». La Constitution paraguayenne a prévu également un éventuel transfert de souveraineté en précisant dans l'article 145 : « *dans des conditions d'égalité avec les autres Etats, nous admettons un ordre juridique supranational qui assure le respect des droits de l'homme, de la paix, de la justice, de la coopération et du développement politique, économique, social et culturel* ».

Bien que la plupart des Etats Sud-américains aient la capacité constitutionnelle d'effectuer un transfert de souveraineté, ils restent fortement attachés au modèle intergouvernemental. Ceci peut s'expliquer car la grande différence entre les deux modèles – supranationaux et intergouvernementaux- réside dans le fait que ces derniers ont un lien de dépendance avec le pouvoir étatique central qui a la faculté de désigner ses représentants. Les organes supranationaux se caractérisent par une représentation directe avec une autonomie exécutive dans leur champ de compétences et ont une totale indépendance des états partis. C'est-à-dire qu'à partir du moment où les Etats membres nomment un représentant, celui-ci ne garde aucun lien hiérarchique avec son Etat d'origine ; il devient un fonctionnaire de l'organisme supranational et doit agir en tant que tel.

C'est sans doute l'utilisation du terme « *supranational* » qui sous-entend une perte indéterminée de la souveraineté qui est à l'origine de cette réticence nationale. Jean-Claude Gautron explique qu'au sein de l'Union Européenne l'expression « *supranational* » entendue comme : « *un fédéralisme sectoriel ou « fonctionnel* »¹³⁷ a été progressivement remplacée par des termes plus conciliateurs, car elle a été : « *combattue par plusieurs gouvernements et familles politiques en France et en Europe... pour maintenir la souveraineté de l'Etat* »¹³⁸

L'objectif de la supranationalité devrait donc en principe chercher à mettre en place une intégration fonctionnelle ou sectorielle qui ne doit pas se confondre avec une perte indéterminée de souveraineté¹³⁹. Elodia Almiron Prujet affirme dans ce sens : « *les Etats s'incorporent à des entités*

¹³⁷ GAUTRON Jean-Claude, « Droit Européen ». 13^e Edition. Dalloz 2009. P. 10

¹³⁸ GAUTRON Jean-Claude, « Droit Européen ». 13^e Edition. Dalloz 2009. P. 10

¹³⁹ DELAS Olivier, « Vingt ans après : que reste-t-il du modèle communautaire d'intégration ? » In : Revue québécoise de droit international, hors-série décembre 2012. Atelier Schuman 2012. Les 20 ans de l'Union européenne, 1992-2012. P.5 : « Jean Monnet propose alors au ministre français d'affaires étrangères, Robert Schuman, d'intégrer certains secteurs clés -ce qui sera le cas du charbon et de l'acier dans un premier temps- afin d'instaurer des solidarités de fait entre les peuples européens. C'est l'idée du fédéralisme sectoriel. Au fur et à

supranationales ou supra étatiques grâce à des liens juridiques, économiques et politiques plus solides et exécutable que les traités internationaux classiques. L'intégration est à l'origine d'une communauté juridique, d'un droit commun propre aux Etats membres, et pour cela ce Droit a une applicabilité directe, immédiate et autonome dans l'ordre interne de chaque Etat. »¹⁴⁰

Effectivement, une fois que la supranationalité est mise en place, un nouveau droit naît. Il s'agit d'un droit qui n'appartient pas au droit international mais pas non plus au droit national, en effet, le droit communautaire est composé par les traités constitutifs et le droit dérivé.

La supranationalité est donc le résultat d'un transfert délimité de la souveraineté qui produit un droit qui lui est propre. Pour utiliser ses compétences et produire le droit, l'organisme supranational a besoin d'un élément essentiel : l'autonomie. Au sein de l'UE, cette autonomie a été affirmée depuis le début de la construction Européenne par La Cour de Justice Européenne.

Dans l'arrêt Van Gen en Loos le juge européen précise : « *La communauté économique européenne constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profil duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les états membres mais également leurs ressortissants* »¹⁴¹ ou encore l'arrêt Costa c/ENEL où le juge affirme : « *A la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridiction. En instituant une communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des Etats à la communauté, ceux-ci ont limité leurs*

mesure de ses besoins, la structure proposée absorberait davantage de champs de compétence et de pouvoirs d'action ».

¹⁴⁰ ALMIRON PRUJET Elodia, " Las múltiples dimensiones de la integración regional: la esencia de los sistemas supranacionales e intergubernamentales". Revista de investigación en Ciencias sociales y humanidades ACADEMO. Julio- Diciembre 2017. Vol 4 No.2 p70.

¹⁴¹ CJCE, « Affaire Van Gend & Loos », Arrêt C-26/62, 5 février 1963

droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »¹⁴²

Cette affirmation d'autonomie ne doit pas être unilatérale. En effet, au sein de la jurisprudence de chaque Etat membre de l'Union Européenne, nous trouvons la reconnaissance faite par les juges nationaux de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. A titre d'exemple, Juan Anon Calvete cite une décision du juge constitutionnel espagnol, ainsi : « *le Tribunal constitutionnel Espagnol dans l'arrêt STC 215/2014 du 18 décembre précise que l'intégration dans l'UE suppose un certain degré de transfert de souveraineté et de limitation dans les facultés de l'Etat, ce qui est acceptable à condition que le droit européen soit compatible avec les principes fondamentaux de l'Etat social et démocratique du droit établi par la Constitution. Il réitère que la suprématie de la Constitution est compatible avec les régimes d'application qui accordent une primauté applicative aux normes d'un ordre juridique autre que national. Ce qui est prévu par l'article 93 CE* »¹⁴³

¹⁴²Arrêt de la Cour du 15 juillet 1964. Flaminio Costa contre E.N.E.L. Demande de décision préjudicielle: Giudice conciliatore di Milano - Italie. Affaire 6-64. Disponible en ligne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026#MO>

¹⁴³ ANON CALVETE Juan, "Primacía del derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre)". Artículos doctrinales. Noticias jurídicas 23 de febrero de 2016. Disponible en ligne: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10895-primacia-del-derecho-de-la-union-europea-a-proposito-de-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre/>

CONCLUSIONS PREMIERE PARTIE

Bien qu'après leur indépendance, les Etats sud-américains craintifs des Etats développés, ont souhaité créer un droit international propre à la région, ils se sont rapidement aperçus de l'impossibilité de se couper du monde et de l'impérieuse nécessité de s'ouvrir et sur tout participer dans la scène internationale.

Cette ouverture a été faite grâce à une mise en place des principes démocratiques communs à tous les Etats sud-américains qui ont su évoluer d'une simple démocratie électorale à une démocratie citoyenne grâce à laquelle le peuple peut non seulement élire mais aussi décider. Bien que cette évolution se soit produite à des degrés différents, dans tous les Etats objet de la présente étude la démocratie, que ce soit représentative ou participative fait partie de la Constitution comme un soubassement juridique et en tant que tel elle est protégée par la juridiction constitutionnelle.

La stabilité sociale qui a apporté la démocratie a permis aux Etats de mettre en place une ouverture économique et commerciale avec le monde, cette phase d'ouverture a impliqué une mise en question sur le concept de souveraineté, notamment quand les Etats ont voulu profiter de la globalisation pour établir une intégration régionale ; cependant, leur attachement à une conception archaïque de la souveraineté a empêché et empêche actuellement que tous les projets d'intégration régionale approfondie aboutissent. Des lors, malgré plusieurs projets d'intégration régionale en théorie à caractère supranational, nous pouvons constater que l'existence des processus d'intégration à caractère intergouvernementale.

DEUXIEME PARTIE

UNE HETEROGENEITE DANS LES MODES D'INTEGRATION CONSTITUTIONNELLE DU DROIT INTERNATIONAL NON CONVENTIONNEL

Le droit international, a pris une place prépondérante au sein de ce qui constitue pour l'intégralité des Etats Sud-américains le noyau dur de leur ordre juridique interne, c'est-à-dire la Constitution nationale. En effet, le processus d'ouverture des états Sud-Américains vers l'extérieur a impliqué davantage un besoin grandissant d'encadrement des divers échanges et engagements internationaux.

Lesdites opérations internationales naissent et se développent sous deux regards différents : celui du droit national et celui du droit international. Le droit international est essentiellement formé par deux éléments : les traités qui donnent naissance au Droit International conventionné (qui est davantage privilégié par les Etats et donc beaucoup plus encadré par la Constitution) et la Coutume grâce à laquelle se sont développés les Principes Généraux du droit ; ce deux éléments -coutume et principes généraux du droit- donnent naissance à ce que l'on appelle Droit International non conventionné.

Le droit international conventionné et le droit international non conventionné forment le droit international général qui est défini par Pierre Marie Dupuy comme: « *l'ensemble des techniques*

et des procédures que les états utilisent pour donner à l'expression de leur volonté et à la satisfaction de leur intérêts une expression formelle, dotée en principe de force obligatoire. Il est ainsi une technique de formalisation des volontés souveraines, permettant d'établir une large mesure de stabilité et de prévisibilité aux relations établies entre les états, directement ou dans le cadre des organisations internationales. »¹⁴⁴

Nous trouvons dans L'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice la codification de ces éléments – la coutume, les principes généraux du droit et les traités- comme les sources formelles du droit international : « *1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit; c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées; d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.*»

En vertu du principe de l'autonomie constitutionnelle qui a été développé dans l'ordre juridique international et qui préconise la liberté des états de concevoir leurs lois et règlements¹⁴⁵(le Droit international ne privilégie aucune méthode ni ne préconise aucune obligation en dehors de l'exécution des engagements internationaux en vertu de la bonne foi), chaque Etat Sud-américain a choisi une méthode d'intégration particulière au droit international conventionné ainsi qu'au droit international non conventionné. Cette intégration est faite de manière générale dans la Constitution Nationale des états¹⁴⁶.

Mais les méthodes d'intégration du droit international sont loin d'être homogènes. Au sein de chaque Constitution Nationale Sud-américaine, nous trouvons des méthodes différentes qui sont

¹⁴⁴ DUPUY pierre-Marie et KERBRAT yann, « Droit international pubic ». Edition Dalloz, 13^{ème} édition. Paris 2016. P.10

¹⁴⁵ Voir : *l'affaire du Sahara Occidental*, CIJ, Recueil, 1975, p. 21, § 23. Affaire *Nicaragua c/ Etats-Unis*, arrêt du 27 juin 1986, §§ 108 à 116.

¹⁴⁶ Voir Article 25 Loi fondamentale de l'Allemagne, Article 10 Constitution Italienne, Article 28 Constitution Grecque

choisies principalement en fonction de la nature même des traités et du contenu des valeurs et principes qui font partie du Droit international non conventionné. En effet, chaque méthode d'intégration adoptée a une conséquence directe sur la validité et l'application de la norme internationale dans l'ordre juridique interne.

Les Etats sud-américains ont opté – à partir des années quatre-vingt-dix- pour une intégration à différents degrés du droit international conventionné et non conventionné. Nous allons consacrer la deuxième partie de cette étude au droit conventionné et nous dédier aux méthodes d'intégration adoptées par les Etats de l'Amérique du Sud du droit international non conventionné dans la présente partie.

Tel que nous l'avons précédemment précisé, le droit international non conventionné est composé par la coutume internationale, les principes généraux du droit et le *Jus cogens*, notions incluses dans la Convention de Vienne de 1969 dans son article 53 : « *Aux fins de la présente Convention, une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États 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* » et dans son article 64 : « *Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin* ».

Les normes constitutionnelles de chaque état ne distinguent pas forcément ces normes internationales selon leur nature. En effet, les quelques Constitutions sud-américaines faisant référence au droit international non conventionné le font de façon générale. Ainsi, l'alinéa 14 du préambule de la Constitution française de 1946 reconnaît « *l'ensemble des règles du droit public international* » et l'article 25 de la Loi Fondamentale allemande reconnaît « *les règles générales du droit international* ». Or dans, la pratique, la nature des normes internationales non écrites va déterminer leur position dans l'ordre juridique interne et cela même dans le cas d'un silence constitutionnel à leur égard.

Ainsi, en ce qui concerne la Coutume Internationale, Il faut tout d'abord remarquer que la notion « *coutume internationale* » peut être utilisée indistinctement pour faire référence à la coutume comme processus de formation du droit et donc comme source formelle du droit et la coutume

comme norme coutumière. Nous allons analyser ici la coutume entendue comme source du droit international non conventionné qui est défini par Pierre-Marie Dupuy ainsi : « *les procédés spécifiques par lesquels une obligation sociale diffuse est transformée en règle de droit clairement définie* »¹⁴⁷.

En ce qui concerne les Principes Généraux du droit, si nous nous référons au texte consacré dans le statut de la Cour Internationale de Justice, nous remarquons qu'il ne fait pas particulièrement référence aux principes du droit international mais qu'il fait allusion aux principes généraux du droit dans un sens large. En effet, cette expression « *principe général du droit* » peut revêtir plusieurs sens. Le Dictionnaire de la terminologie du droit international témoigne de cette variété¹⁴⁸ mais également de la spécificité contenue dans le littéral C de l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice. En effet, le dictionnaire lui consacre une rubrique particulière dans laquelle il définit ces principes comme des : « *...propositions premières consacrées par le droit interne des nations civilisées en tant qu'elles sont transposables à l'ordre international* »¹⁴⁹. Cette définition peut être complétée par l'analyse de Jean-Yves de Cara qui à ce propos affirme : « "*ce sont des principes de droit...ce n'est pas un simple procédé rhétorique ni même méthodologique comme l'analogie mais une source de droit positif...ce sont des principes de droit reconnus...ils ont acquis dans un ordre juridique en vigueur un caractère de positivité ou d'effectivité...* »¹⁵⁰

C'est-à-dire que tout principe de droit reconnu dans la majorité des états susceptible d'être transposable en droit international peut être invoqué par le juge international. Ce raisonnement de complémentarité entre le droit interne et le droit international a inspiré M. Sorensen à définir les principes généraux du droit au sens de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice ainsi : « *ils sont, pour ainsi dire, le ciment qui assure la cohésion du droit international avec les*

¹⁴⁷ DUPUY Pierre-Marie, « Droit International Public ».Editions dalloz, 12me édition, Paris 2014.p. 362

¹⁴⁸ Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, pag 473-474.

¹⁴⁹ Dictionnaire de la terminologie du droit international, Paris 1960, Pag. 474-475

¹⁵⁰ CARA Jean-Yves, « Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice » *in* Les principes généraux du droit : droit français, droits des pays arabes, droit musulman, colloque de Beyrouth, octobre 2001. Bruylant, Bruxelles 2005

ordres juridiques nationaux et qui permet de concevoir tous les phénomènes juridiques de l'humanité sous un aspect d'unité »¹⁵¹.

Bien que cette cohésion entre le droit international et le droit interne au travers des principes généraux du droit soit fort riche, nous souhaitons dans cette étude nous consacrer spécifiquement à la méthode d'intégration constitutionnelle des Etats sud-américains des principes du droit international- lesquels doivent être considérés comme faisant partie de la liste non exhaustive des principes généraux du droit consacrés par l'article 38 du statut de la cour internationale de justice. En effet, ce sont ces principes conçus dans la sphère internationale et non dans l'ordre interne des Etats qui ont vocation à être intégrés par les Constitutions nationales.

Le *Jus cogens* quant à lui, bien que défini par l'article Article 53 de la Convention de Vienne de 1969, demeure particulièrement difficile à déterminer et cela va permettre une interprétation toute particulière en Amérique du Sud. En effet, ces « *normes impératives* » qui ne sont déterminées ni dans la convention ni dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice vont trouver un terrain fertile au sein de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme où elles vont se développer essentiellement autour des droits de l'homme et des crimes contre l'humanité.

CHAPITRE I

La coutume internationale

La coutume internationale se caractérise comme une règle de droit non écrite ; elle est le résultat de pratiques généralement admises par l'ensemble ou au moins la majorité des membres de la communauté internationale.

Le processus de formation de la coutume internationale est décrypté au sein de la jurisprudence internationale et particulièrement de la Cour internationale de Justice qui à partir de l'arrêt Lotus

¹⁵¹ SORENSEN M, « principes de droit international public », RCADI, vol. 101, 1960, P. 10.

précise les deux éléments constitutifs de la coutume : un élément matériel : la pratique et un élément subjectif : la conviction juridique des états.

Le conditionnement d'une coutume internationale à l'existence de ces deux éléments fut confirmé par l'arrêt du droit d'asile et développé par l'arrêt Plateau continental de la mer du nord ainsi que par l'arrêt des Pêcheries et l'affaire des immunités juridictionnelles de l'état.

En ce qui concerne le premier élément, c'est-à-dire la pratique, la cour dans son arrêt du droit d'asile a précisé deux caractéristiques indispensables : la constance et l'uniformité.

La Sentence arbitrale du 17 juillet 1965 sur l'interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948, opposant les Etats-Unis et l'Italie, précise que : « *seule une pratique constante, effectivement suivie et sans changement, peut devenir génératrice d'une règle de droit international coutumier* ». Les « *pratiques constantes* » auxquelles fait référence le juge dans la sentence sont généralement connues comme « *précédents* » par la doctrine¹⁵².

En ce qui concerne le deuxième élément : *l'opinio juris sive necessitatis*, l'arrêt Plateau continental de la mer du nord précise : « *...ces actes, même considérés globalement, ne suffiraient pas en eux-mêmes à constituer l'opinio juris car, pour parvenir à ce résultat, deux conditions doivent être remplies. Non seulement les actes considérés doivent représenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'opinio juris sive necessitatis. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole, par exemple, qui sont accomplis presque invariablement mais sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique* ».

¹⁵² DAILLIER, FORTEAU, PELLET, « Droit international public ». L.G.D.J. lextenso éditions, 8^{me} édition, Paris 2012, p. 353.

Cette règle générale en matière d'opposabilité de la coutume internationale comprend une dérogation puisque depuis l'arrêt du droit d'asile opposant la Colombie et le Pérou, la Cour de Justice Internationale a reconnu l'existence de coutumes internationales locales ou régionales qui à la différence des coutumes internationales universelles, doivent se prévaloir d'un consentement exprès de la part des états qui sont censés être liés par cette coutume. Jonathan Cohen la définit comme : « *une coutume qui ne lie qu'un nombre restreint d'Etats. Elle englobe donc la coutume régionale et s'oppose à la coutume universelle ou générale qui lie l'ensemble des Etats* »¹⁵³.

La coutume internationale ayant clairement la possibilité de se manifester soit sous la forme de « *coutume générale* » soit sous la forme de « *coutume locale ou régionale* », nous allons nous intéresser à la position des Etats sud-américains face à ces deux formes de coutume internationale.

I. Le Silence Constitutionnel face à la Coutume internationale

Compte tenu de son processus de formation ainsi que de la nature même de la coutume, les Etats n'ont pas, vis-à-vis de la Coutume internationale, les mêmes outils juridiques dont ils disposent avec les traités par exemple. Ainsi un état ne saurait pas ratifier la Coutume et encore moins imposer des réserves car le consentement explicite des états ne constitue pas un élément essentiel ni dans la formation de la coutume ni dans son opposabilité.

D'après la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, et plus précisément de l'arrêt Pêcheries du 18 décembre 1951, la seule possibilité d'un Etat d'échapper à une coutume internationale est de la rejeter au moment de sa formation. En effet, dans cet arrêt, le juge a affirmé que : « *la règle des dix mille apparaît inopposable à la Norvège, celle-ci s'étant toujours élevée contre toute tentative de l'appliquer à la Norvège* ».

¹⁵³ COHEN Jonathan, « La coutume local », *In* Annuaire français de droit international. Année 1961, volume 7 numéro 1. Pag. 120

C'est-à-dire qu'une coutume internationale est opposable à tout Etat même si celui-ci n'a pas participé activement à sa formation sauf s'il y a eu un rejet effectif de sa part pour adopter la coutume et ceci dès le moment de sa formation.

De part cette nature particulière, presque insaisissable, la position des Etats face à la coutume reste assez ambiguë. Bien que la maxime anglaise « *International law is part of the law of the land* » (qui a pour objectif de « *autoriser le juge interne à considérer comme faisant partie du common law les règles impératives et certaines du droit international commun, alors même que ces règles n'auraient fait l'objet d'aucune reconnaissance ou réception formelle de la part du législateur national* »¹⁵⁴) se soit répandue avec un succès relatif en Europe, elle n'a pas été adoptée par les Constitutions des Etats de l'Amérique du Sud.

A. L'absence de la Coutume Internationale au sein des Constitutions Sud-Américaines

La majorité des Etats européens ont suivi la tendance de l'article 4 de la Constitution de Weimar de 1919 : « *Les règles du droit international généralement reconnues sont partie intégrante obligatoire du droit du Reich.* » en incluant à leur tour une clause constitutionnelle dédiée au droit international non conventionné. Ainsi, la Constitution Espagnole de 1931 dans son article 7 consacrait : « *L'État espagnol respectera les règles universelles du Droit international, en les incorporant à son droit positif.* ». Le préambule de la Constitution Française de 1946 : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.* », l'article 10 de la Constitution Italienne de 1947 : « *L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues* », la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne de 1949 dans son article 25 : « *Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral* », la Constitution Grecque de 1975 dans son article

¹⁵⁴ DE VISCHER Paul, "Les tendances internationales des Constitutions modernes", *in* Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., vol. 8, p. 520. Cita de Ridruejo, J., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 170.

28 : « *Les règles du droit international généralement reconnues, ainsi que les conventions internationales dès leur ratification par la loi et leur entrée en vigueur conformément aux dispositions de chacune d'elles, font partie intégrante du droit hellénique interne et priment sur toute disposition de loi contraire* », la Constitution du Portugal de 1978 dans son article 8 : « *1. Les normes et les principes du droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais.* ».

Cette pluralité des clauses a été classifiée par Paul de Vischer¹⁵⁵, en quatre catégories : les clauses d'incorporation obligatoire mais non automatique (pour exemple l'article 7 de la Constitution Espagnole de 1931), les clauses d'adoption automatique des règles du droit international (pour exemple le principe constitutionnel anglais « *international law is part of the law of the land* »), les clauses d'adoption automatique qui précisent la supériorité du droit international commun sur le droit interne (pour exemple l'article 25 de la Loi fondamentale d'Allemagne) et dans une dernière catégorie les clauses constitutionnelles de certains principes de droit international commun.

Au sein des Constitutions Sud-Américaines nous ne trouverons pas un article semblable aux exemples cités ci-dessus. En effet, à l'exception de l'article 416 paragraphe 9 de la Constitution de l'Equateur qui précise : « *Reconnait le droit international comme norme de conduite...* » ainsi que l'article 143 de la Constitution du Paraguay : « *La République du Paraguay, dans ses relations internationales, accepte le droit international...* », les autres Constitutions ne consacrent pas d'article faisant référence ne serait-ce que de façon indirecte à l'ensemble du droit international non conventionné.

Ainsi, si nous nous en tenons à la division faite par Paul de Visscher, la majorité des Constitutions Sud-Américaines fait partie de la dernière catégorie ; c'est-à-dire que leur constitution ne mentionne que certains principes du droit international.

Cette option de ne pas déterminer constitutionnellement le statut octroyé par chaque Etat à la coutume internationale n'est pas synonyme d'indifférence ou de non reconnaissance. En effet,

¹⁵⁵ DE VISSCHER Paul, "Les tendances internationales des Constitutions modernes", en Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., vol. 8, p. 520. Cita de Ridruejo, J., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 172 y ss.

nombreux sont les auteurs qui justifient ce silence constitutionnel par le fait que l'intégralité des Etats Sud-Américains a signé et ratifié la Charte des nations Unies¹⁵⁶ ; Grace Jaramillo affirme à ce propos : « ... la plupart des principes sont consacrés et ratifiés dans la charte des nations unies, instrument international dont tous les états latino-américains font partie »¹⁵⁷. Dans ce contexte, le silence constitutionnel doit être interprété comme une reconnaissance implicite du droit international non conventionné dans son ensemble.

Paul Visscher justifie l'absence de clauses constitutionnelles à l'égard de la coutume internationale et du droit international non conventionné en général en remarquant leur manque d'intérêt si ce n'est pour rendre davantage ambigu le statut du droit international au sein des constitutions : « des textes semblables n'offrent guère d'intérêt. Ils n'établissent pas le principe de la conformité de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international et n'autorisent donc pas, par eux-mêmes, le juge interne à faire application du droit international dans les litiges dont il est saisi. Tout au plus, le juge national pourrait-il s'appuyer sur ces textes pour concilier les règles du droit interne avec les règles du droit des gens en présumant que le législateur interne n'a pas entendu violer ses obligations internationales... En prévoyant expressément que l'état respectera le droit international dans ses rapports avec les autres états, les constitutions internes n'ajoutent donc rien à l'état de droit existant...Ils sont à la fois inutiles et dangereux. Inutiles, parce qu'ils énoncent une règle évidente qui trouve son fondement dans l'ordre juridique international. Dangereux, parce que leur inclusion dans la constitution interne est susceptible de créer le doute quant au fondement de cette règle et quant à l'étendue de l'obligation qu'elle implique »¹⁵⁸

¹⁵⁶ Voir : Les dix Etats objet de la présente étude ont signé et ratifié la Charte des nations Unies en 1945. Disponible en ligne : www.un.org.

¹⁵⁷ JARAMILLO Grace, "Las relaciones internacionales en el proyecto de constitución". In *Análisis nueva constitución, la tendencia revista de análisis político*. Instituto latinoamericano de investigaciones sociales, primera edición, Quito 2008. P. 272.

¹⁵⁸ DE VISSCHER Paul, "Les tendances internationales des Constitutions modernes", en *Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., vol. 8, p. 520. Cita de Riduejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 518 y ss.

B. La présence de la Coutume internationale au travers de la revendication des coutumes régionales

L'existence de la coutume locale ou régionale a été source d'un grand débat dans la doctrine. Jonathan Cohen a déterminé trois courants d'opinion différents : « *Ceux qui sont hostiles à l'existence de la coutume locale lato sensu et qui qualifient les règles correspondantes en faisant appel à d'autres sources formelles, ceux qui admettent la coutume locale comme source formelle mais qui, conformément à leur conception générale de la coutume, l'envisagent soit comme un accord tacite soit comme un procédé original de création du droit... et une troisième catégorie d'auteurs, non volontaristes, ont reconnu avec des modalités diverses l'existence de la coutume locale, constituée par la réunion des deux éléments traditionnels, consuetudo et opinio juris* ». ¹⁵⁹ Finalement, c'est le juge qui a tranché sur cette question en consacrant l'existence de la coutume locale au travers des différentes décisions.

Dans la première décision à ce sujet, deux états sud-Américains : la Colombie et le Pérou ont un conflit relatif à l'affaire de : « *l'asile politique* ». Il s'agit du dossier Haya de la Torre : arrêt du 20 novembre 1950 ; dans l'espèce, la Colombie avait accordé l'asile politique au contestataire péruvien Haya de la Torre en qualifiant unilatéralement et définitivement la conduite qui lui était reprochée par le Pérou comme un délit politique. Le Pérou contestait cette qualification et surtout la compétence de la Colombie pour qualifier unilatéralement les faits reprochés à M. Haya de la Torre.

En effet, le gouvernement péruvien affirmait que les faits commis par M. Haya de la Torre étaient des délits de droit commun et en conséquence l'asile politique ne pouvait pas être accordé. Devant la C.I.J, La Colombie a invoqué l'article 18 de l'accord bolivarien, la convention sur l'asile de 1928, la convention de la Havane, ainsi que la convention de Montevideo de 1933. Egalement, la Colombie affirmait que la qualification unilatérale des faits commis par l'état qui accorde l'asile fait partie du « *droit international Américain* » car il s'agit d'une coutume régionale ou locale

¹⁵⁹ GERARD COHEN Jonathan, « La coutume Locale » in annuaire français de droit international, année 1961, volume 7, numéro 1. PP. 120

propre aux Etats latino-américains, ce à quoi la C.I.J a répondu : « *la partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre partie. Le gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les Etats en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'état octroyant l'asile et un devoir incombant à l'Etat territorial. Ceci découle de l'article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »*¹⁶⁰.

Dans cette décision, le juge confirme non seulement les deux éléments indispensables à la formation de la coutume générale qui sont les mêmes pour la formation d'une coutume régionale mais il précise aussi un élément propre aux coutumes locales : la charge probatoire. En effet, il appartient à l'Etat qui veut se prévaloir de la coutume de prouver son existence.

Il faut remarquer également que bien que l'asile politique en Amérique Latine fasse partie d'un régime coutumier, au sein duquel s'est effectivement développée la coutume régionale qui prévoit que l'état consentant l'asile politique est compétent pour qualifier unilatéralement et définitivement les faits commis par le demandeur d'asile, cette coutume fut codifiée par les conventions de Montevideo de 1933 et 1939¹⁶¹ et le Pérou ne fait pas partie de ces conventions. Ce rejet fut interprété par la C.I.J ainsi : « *A supposer que cette coutume existât entre certains états seulement de l'Amérique Latine, elle ne pourrait pas être opposée au Pérou qui, loin d'y avoir adhéré par son attitude, l'a au contraire répudiée en s'abstenant de ratifier les conventions de Montevideo de 1933 et 1939, les premières qui aient inclus une règle concernant la qualification du délit en matière d'asile diplomatique »*¹⁶²

Cet arrêt a été suivi par l'affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc : arrêt du 27 août 1952 et par l'affaire du Droit de passage sur le Territoire indien du

¹⁶⁰ C.I.J, « Affaire du droit d'asile (Colombie Vs. Pérou) », Arrêt du 20 novembre 1950, p. 277-78

¹⁶¹ Convención de Montevideo de 1933 artículo 2 : « la calificación de la delincuencia política corresponde al estado que presta el asilo » Y Convención de Montevideo de 1939 artículo 3: “ No se concederá asilo a los acusados de delitos políticos, que previamente, estuvieran procesados o hubieran sido condenados por delitos comunes y por los tribunales ordinarios. La calificación de las causas que motivan el asilo corresponden al estado que los concede ”

¹⁶² C.I.J, « Affaire du droit d'asile (Colombie Vs. Pérou) », Arrêt du 20 novembre 1950 p. 277-78

12 avril 1960 dans lequel la Cour détermine l'existence de Coutumes bilatérales ainsi : « *on voit difficilement pourquoi le nombre des Etats entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux. La Cour ne voit pas de raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux états, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux états* »¹⁶³

La reconnaissance des Coutumes régionales, locales et même bilatérales par la C.I.J a renforcé l'attachement des Etats de l'Amérique Latine à cette source du droit international. En effet, c'est grâce au développement de la Coutume dans la région que celle-ci a pu non seulement participer à l'évolution du droit international mais aussi trouver sa place au sein de la scène internationale.

Depuis leur indépendance, les Etats de l'Amérique du Sud, ont participé de manière active à l'évolution du droit international avec le développement de coutumes régionales qui, dans la plupart des cas, ont fini par être universellement acceptées par la communauté internationale et qui, en conséquence, sont devenues des coutumes universelles voire des principes de droit international.

En effet, pour être internationalement reconnus comme des Etats au même titre que les Etats européens, il fallait bousculer les règles internationales déterminées essentiellement par le vieux continent. Ainsi par exemple, les nouveaux Etats se sont servis d'une simple doctrine politique existante à l'époque de l'indépendance qui préconisait l'absence de *terra nullius*¹⁶⁴. Cette doctrine dénommée *uti possedetis* a été transformée en coutume régionale par les états latino-américains après l'indépendance pour ainsi déterminer leurs frontières : « *les possessions territoriales d'un nouvel état doivent être déterminées en accord avec les frontières de l'unité politique précédente et pour les états de l'Amérique Espagnole il s'agissait des limites des divisions administratives existantes sous le droit colonial espagnol* »¹⁶⁵. Julio Barberis affirme à ce propos : « *avec la*

¹⁶³ CIJ, « Affaire du droit de passage sur le territoire indien » Arrêt du 12 avril 1960. , p.39.

¹⁶⁴ La terra nullius ou « territoire sans maître » fut la pièce centrale qui permettait la colonisation. Ainsi le traité de tordesillas établi le 7 juin de 1494 entre le royaume de l'Espagne et le Royaume du Portugal pour partager le nouveau monde considéré comme « terra nullius ».

¹⁶⁵ ROJAS MOLINA Santiago, "Derechos contra la realidad: poder y derecho internacional en la consolidación temprana de los estados en Latinoamérica". Revista latinoamericana de Derecho Internacional, número 4 del 30/05/2016.

doctrine de uti possidetis, les États hispano-américains niaient l'existence de terrae nullius sur le continent, et éliminaient ainsi toute possibilité d'occupation de la part d'États tiers »¹⁶⁶ Cette coutume locale ou régionale, avec le temps et l'acceptation généralisée de la communauté internationale, est reconnue aujourd'hui comme un principe de droit international. Ainsi, la Cour Internationale de Justice, dans l'arrêt Burkina faso / République du Mali du 22 décembre 1986, le définit comme : « le principe de l'intangibilité des frontières vise avant tout à assurer le respect des limites territoriales d'un État au moment de son indépendance. Si ces limites n'étaient que des limites entre divisions administratives relevant initialement de la même souveraineté, l'application du principe uti possidetis emporte leur transposition en frontières internationales proprement dites. »

II. La reconnaissance de la Coutume Internationale par le Juge National

L'absence d'un contenu explicite à propos de la coutume internationale au sein des Constitutions Sud-Américaines n'exclut pas l'attachement des États Sud-américains à la coutume internationale comme source du droit international. Une des meilleures preuves de cet attachement, de cette reconnaissance implicite, est non seulement la reconnaissance générale du juge constitutionnel au travers de ses décisions, mais aussi son application par des juges nationaux, même si cette application reste ciblée.

Cette reconnaissance implicite dans la constitution nationale de chaque État est interprétée par le Juge Constitutionnel qui au travers de ses décisions va combler le silence constitutionnel à l'égard de la Coutume internationale en reconnaissant, d'une façon générale, la coutume internationale comme une source principale du droit international.

Bien que cette reconnaissance ne soit pas homogène ; -car le juge constitutionnel de chaque État, au travers de ses décisions, va privilégier soit une reconnaissance générale où toute norme internationale d'origine coutumière va être reconnue au niveau national ; soit une reconnaissance

¹⁶⁶ BARBERIS Julio, « Les règles spécifiques du Droit international en Amérique latine », in Collected courses of the Hague Academy of International Law, Volume 235 Boston 1992 p. 141.

limitée au travers d'une application ciblée des normes coutumières- elle reste un élément fort utile pour déterminer le statut du droit international au sein des constitutions sud-américaines.

A. La reconnaissance générale de la coutume comme source formelle du droit international

Peu nombreux sont les juges sud-américains qui ont choisi de reconnaître dans leur décision la coutume internationale de façon générale. Parmi les dix Etats objet de la présente étude, seulement deux Etats ont au sein de leur jurisprudence des décisions à ce sujet.

La décision 1189/00 de la Cour Constitutionnelle Colombienne est remarquable à ce propos. En effet dans cette décision le Juge précise : « *les obligations internationales de l'état colombien ont leur source dans les traités publics ratifiés, mais aussi dans la coutume internationale et dans les principes généraux du droit acceptés par les nations civilisées. Ce sont des sources traditionnellement reconnues par la communauté internationale et pour cela elles ont été incluses dans l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice, traité opposable à la Colombie car celui-ci fait partie de la Charte des Nations Unies* »¹⁶⁷. Dans cette même décision le juge analyse la nature et les effets de la coutume internationale ainsi : « *les normes coutumières opposables à la Colombie peuvent être de deux types : a). Celles pour qui le fait de consacrer des droits propres à la personne humaine entrent dans l'ordre juridique en vertu des articles 93 et 94 de la Constitution et font partie du bloc de constitutionnalité et b). Celles qui malgré l'absence de référence aux Droits de l'homme, consacrent tout de même normes de conduite qui sont également obligatoires pour les états. Cette deuxième catégorie ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité, mais est également opposable à l'état Colombien...Les coutumes internationales et les principes généraux*

¹⁶⁷ Cour Constitutionnelle Colombienne Sentence cc 1189-00 : « *Las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas* »

du droit acceptés par les nations civilisées ont une primauté normative dans notre ordre juridique au même titre que les traités, à condition que leur contenu soit en accord avec la Constitution »¹⁶⁸.

Dans le même sens, la jurisprudence argentine consacre une reconnaissance générale de la coutume internationale. En effet, les antécédents de cette reconnaissance se trouvent dans une opinion individuelle du juge Nazareno ainsi que du juge Moliné O'Connor, qui ont précisé dans l'affaire Priebke : « *la coutume internationale et les principes généraux du droit (...) font partie du droit interne argentin* »¹⁶⁹. Également l'opinion du Juge Boggiano dans l'affaire Arancibia Clavel du 2 août 2004 où le juge affirme : « *le droit international coutumier a déjà été jugé par cette Cour comme faisant partie intégrante du droit interne argentin* »¹⁷⁰.

Ultérieurement, dans l'affaire Simon du 14 juin 2005, c'est le procureur général qui va affirmer : « *... les normes du droit international en vigueur pour la République de l'Argentine – et avec ceci je ne parle pas seulement des traités, mais aussi des normes coutumières et des principes généraux du droit- qui sont normes internationales mais aussi normes de l'ordre juridique interne et dans ce sens font partie de l'ordre juridique national avec les lois et la Constitution* »¹⁷¹ et dans la partie

¹⁶⁸ Cour Constitutionnelle Colombienne Sentence cc 1189-00 : « *las normas consuetudinarias que vinculan a Colombia pueden ser de dos tipos: a) aquellas que, por consagrar derechos inherentes a la persona humana, ingresan al ordenamiento jurídico por virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución, conformando junto con ésta el llamado bloque de constitucionalidad, y b) aquellas que, si bien no se refieren a derechos inherentes a la persona, prescriben normas de conducta igualmente obligatorias para los Estados. Esta segunda categoría no forma parte del bloque de constitucionalidad, pero es vinculante para el Estado colombiano... Las costumbres internacionales y los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas gozan de prevalencia normativa en nuestro ordenamiento, en la misma medida de los tratados, siempre y cuando su contenido se ajuste a los dictados de la Carta* »

¹⁶⁹ CSJN, 02/11/1995 - Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94). -JA1996-I-328.Fallos 318:2148: « *la costumbre internacional y los principios generales del derecho (...) forman parte del derecho interno argentino (...)*

¹⁷⁰ CSJN, 24/08/2004 - Arancibia Clavel, Enrique L. - JA 2004-IV-426

¹⁷¹ CSJN, 14/06/2005 - Simon, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad -SJA 2/11/2005: « *(...) las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina -y con ello me refiero no solo a los tratados, sino también a las normas consuetudinarias y a los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución* »

résolutive de cette décision, la Cour Suprême de justice Argentine adhère à l'affirmation du Procureur.

Un cas particulier dans la reconnaissance générale de la Coutume internationale par la jurisprudence, est celui du Pérou. En effet, si nous avons trouvé dans les décisions du juge colombien et argentin une reconnaissance générale positive de la coutume internationale, la jurisprudence du Juge péruvien mentionne une reconnaissance générale négative de la coutume internationale. Ainsi, dans l'opinion du juge Landa Arroyo dans l'affaire Emergia S.A.C nous trouvons l'affirmation suivante : « ... n'existe pas dans notre ordre constitutionnel une loi qui réglemente l'exercice de la souveraineté ni la juridiction dans le domaine maritime et encore moins sa relation avec les libertés de la communauté internationale. D'autant plus que l'état Péruvien n'a pas adhéré à la Convention des Nations Unies sur le droit de la Mer. En conséquence son application dans notre ordre interne n'est pas obligatoire et ne se manifeste qu'en tant que soft law, c'est-à-dire qu'il n'existe pas une volonté juridique de lui octroyer un caractère obligatoire. Cependant, bien que dans le droit international public, la coutume internationale puisse générer responsabilité internationale pour des états que n'ont pas participé à sa construction, l'article 55 de la Constitution qui consacre que : « les traités conclus par l'état et en vigueur forment partie du droit national » ne permet pas d'appliquer en droit interne, la convention des nations unies sur le droit de la mer, tant que l'état péruvien n'adhère pas à elle »¹⁷².

Cette reconnaissance négative est confirmée par la doctrine. Renata Bregaglio nous dit à ce sujet : « la jurisprudence nationale ne permet pas de définir une règle claire sur l'incorporation des sources externes, autre que les traités dans l'ordre interne. Le tribunal constitutionnel ne s'est

¹⁷² Tribunal Constitucional de Pérou, " STC 2689 2004 AA/TC Caso EMERGIA S.A.C" Voto concurrente del magistrado LANDA ARROYO. 20 de enero 2006; Párr. 9: "No obstante, no existe en nuestro ordenamiento constitucional una Ley que regule el ejercicio de la soberanía y jurisdicción en el dominio marítimo y su relación con las libertades de comunicación internacional. Más aún cuando el Estado peruano no se ha adherido a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, por lo que su aplicación en nuestro ordenamiento interno no es vinculante y su manifestación no se realiza, por eso, sino más que como soft law; es decir, no existe todavía una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter obligatorio. Sin embargo, si bien en el ámbito del Derecho internacional público, la costumbre internacional puede generar responsabilidad internacional para aquellos Estados que no actuaron como objetores persistentes de la misma, el artículo 55 de la Constitución que establece: "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional" no permite aplicar ahora, en el Derecho interno, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, mientras el Estado peruano no se haya adherido a ella."

*jamais approprié une norme coutumière et quand il fait référence aux principes du droit international, il le fait en relation avec ceux qui sont déjà consacrés conventionnellement »*¹⁷³.

B. Une reconnaissance ciblée de la coutume internationale comme norme du droit international

La majorité des juges nationaux en Amérique du Sud sont réticents à reconnaître d'une façon large et générale la coutume internationale. Néanmoins, nous pouvons trouver dans leurs décisions une application ciblée des normes internationales coutumières. En effet, le juge national peut dans certains cas se prévaloir d'une norme coutumière pour fonder sa décision.

Ainsi, par exemple, nous trouvons une jurisprudence relativement homogène concernant l'immunité juridictionnelle relative.

La figure juridique de l'immunité juridictionnelle est d'origine coutumière mais elle a fait l'objet d'une codification partielle (convention de Vienne 1961). Son objectif majeur est celui de : « soustraire l'Etat étranger bénéficiaire à la compétence des tribunaux nationaux »¹⁷⁴. Jusqu'au début du XX^e siècle cette immunité juridictionnelle avait un caractère absolu qui se traduisait dans l'adage « *par in parem non habet imperium* » mais à partir du moment où les Etats ont commencé à participer activement à des activités autres qu'étatiques, le caractère absolu fut remis en question. Laure Milano nous dit à ce propos : « *l'évolution du droit international, accompagnant l'évolution des activités de l'état et notamment l'avènement de l'état commerçant, marque le passage d'une*

¹⁷³BREGAGLIO LAZARTE Renata, " La protección multinivel de derechos humanos en el Perú." *In* Manual : protección multinivel de derechos humanos. Universitat Pompeu Fabra Barcelona 2012; P 451: "La jurisprudencia nacional tampoco permite definir una regla clara de incorporación de fuentes externas, diferentes a los tratados, al ordenamiento interno. El Tribunal Constitucional nunca ha hecho suya una norma consuetudinaria, y cuando se ha referido a principios de Derecho internacional, lo ha hecho con respecto a aquellos ya consagrados convencionalmente"

¹⁷⁴ DE GOUTTES Régis, « L'évolution de l'immunité de juridiction des Etats étrangers » Rapport 2003, Etudes diverses Cour de Cassation. Disponible en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/juridiction_etats_6262.html

conception absolutiste à une conception restrictive des immunités...Le principe de l'immunité restreinte est donc fondé sur la distinction entre actes de jus imperii, qui manifestent la souveraineté de l'Etat, et actes de jus gestionis qui sont assimilables à des actes de droit privé »¹⁷⁵

En Amérique du Sud, le domaine où sont concentrées la majeure partie des affaires relatives à la conception restreinte de l'immunité juridictionnelle est celui du droit du travail. Ainsi, nous pouvons constater clairement cette transition entre la conception absolue et la conception relative de l'immunité de juridiction dans la jurisprudence Argentine. En effet, jusqu'en 1994 le juge Argentin appliquait l'immunité juridictionnelle absolue et cela même dans les affaires sociales¹⁷⁶. Cette application rigoureuse de l'immunité juridictionnelle change avec l'affaire Manauta où la Cour Suprême de Justice relativise pour la première fois ce principe du droit international en affirmant: « au regard de la pratique actuelle divergente des états, ce n'est plus possible d'affirmer que l'immunité absolue de juridiction soit une norme du droit international général, parce que celle-ci n'est pas pratiquée de façon uniforme et il n'existe pas de conviction juridique de son caractère obligatoire »¹⁷⁷.

La Jurisprudence Colombienne est également riche à ce sujet. Dans la sentence 932/10, la Cour Constitutionnelle a résolu une « *accion de tutela* »¹⁷⁸ introduite par une ressortissante Colombienne, ancienne employée du Consulat de Venezuela en Colombie ayant travaillé plus de 21 ans pour le consulat et à qui le président du Venezuela, en application du droit vénézuélien, avait octroyé une pension de grâce.

Cette personne demandait au juge de protéger ses droits fondamentaux (consacrés dans la Constitution Colombienne) puisque, sans aucune justification, le Consulat du Venezuela a cessé de

¹⁷⁵ MILANO Laure, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne ». Revue trimestrielle des droits de l'homme 76/2008 pag 1063.

¹⁷⁶ Voir : CSJN, « Affaire Gomez Samuel c/ embajada britanica s/ despido » Arrêt de 1976 et CSJN, « Affaire Amarfil Albornoz, Mirta Susana y otra c/ consulado de Chile/ cobro de pesos » Arrêt 1993

¹⁷⁷ CSJN, « Affaire Manauta, Juan José y otros c/ embajada de la Federación rusa s/ danos y perjuicios », Arrêt du 22/12/94; considerando 10 : « Que, a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad »

¹⁷⁸ « *accion de tutela* » : procédure extraordinaire de protection des droits fondamentaux des citoyens

lui verser la pension. Le Consulat Vénézuélien sollicite à son tour de la Cour l'application du Principe du droit international de l'immunité des Etats et lui demande de ce fait de s'abstenir de juger l'affaire. la Cour motive sa décision ainsi : « *la relation de travail entre une délégation diplomatique et ses fonctionnaires locaux est régie par la législation de l'état récepteur. En effet il s'agit d'une relation privée et particulière qui ne fait pas partie de l'immunité fonctionnelle comme celle de l'immunité de juridiction en matière civile, pénale et administrative, consacrée dans les conventions de Vienne sur les Relations diplomatiques de 1961 et sur les relations consulaires de 1963... Après la deuxième guerre mondiale les états soutiennent la thèse de l'immunité relative ou restreinte, c'est-à-dire que l'immunité est seulement applicable quand l'Etat agit comme Etat (actos jure imperii) alors que si l'Etat agit comme un particulier (actos jure gestionis), cela donne lieu à la configuration de l'immunité relative qui permet de soumettre les actes de gestion à la juridiction locale des pays récepteurs. C'est important de souligner que la distinction entre actos jure imperii et actos jure gestionis a été faite par des décisions des tribunaux britanniques et américains et ces décisions ont été suivies par les Cours d'autres pays donnant naissance ainsi à une pratique qui constitue une coutume internationale... Aux termes de l'article XXXI de la convention de Vienne de 1961 approuvé par la Colombie avec la loi 6 de 1972, les agents diplomatiques ont une immunité absolue en matière pénale et aussi en matière civile et administrative à quelques exceptions. Cependant la convention ne consacre pas l'immunité diplomatique en relation avec la juridiction du travail... la convention de Vienne de 1961 stipule que les normes du droit international coutumier régiront les questions qui n'ont pas été expressément consacrées dans la Convention... Il faut signaler que la coutume internationale sur le sujet fut codifiée dans la convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et ses biens et bien que la Colombie ne soit pas partie de cette convention, son existence confirme la tendance sur l'immunité restreinte en matière du travail ».*¹⁷⁹

Le Juge Brésilien a également eu l'occasion de se manifester à ce sujet dans l'affaire 1257/2004-015-10-00 où il a affirmé : « *l'archaïque principe coutumier de l'immunité juridictionnelle absolue est affaibli... c'est la tendance actuelle, que ce soit dans le droit comparé, dans la doctrine et dans*

¹⁷⁹Cour constitutionnelle Colombienne, « Accion de tutela contra la mision diplomática de la Republica Bolivariana de Venezuela en Colombia », Arrêt T 932/10 du 23 novembre 2010.

la jurisprudence. Cette tendance doit s'appliquer également aux Organismes Internationaux, dès lors qu'ils agissaient dans le milieu des relations privées, spécialement dans le domaine du Droit du Travail... le principe coutumier de l'immunité absolue de l'état étranger se trouve actuellement désuet, identique analyse doit être appliquée à l'heure d'interpréter les décisions No 52.288/63 et 59.298/66 pour ainsi relativiser l'immunité qui a été accordée dans ces décisions aux organismes internationaux... »¹⁸⁰.

Nous trouvons la même analyse dans la jurisprudence du juge Vénézuélien : *« A l'origine, ce principe d'immunité juridictionnelle était absolu. En effet, jusqu'à la première guerre mondiale, la société internationale n'admettait pas d'exception à cette règle. Donc, sauf une acceptation expresse, un Etat ne pouvait pas être soumis à un procès judiciaire devant les organes juridictionnels d'un autre Etat. Maintenant, en vertu de la croissante participation des Etats dans des activités de nature commerciale, le principe admet certaines restrictions...depuis lors et jusqu'à présent, le principe de l'immunité juridictionnelle est de caractère relatif, c'est-à-dire qu'il admet des exceptions selon la nature juridique de la démarche faite par le sujet du droit international public »¹⁸¹.*

Le juge Chilien à son tour réaffirme la relativité du principe de l'immunité juridictionnelle ainsi : *« Lorsqu'un Etat étranger conclut un contrat de travail avec un salarié du pays, c'est-à-dire fait un acte iure gestionis, il doit se soumettre nécessairement aux normes du travail internes devant la régression de la théorie de l'immunité absolue de juridiction des états en matière sociale et la croissante application de l'immunité restreinte comme pratique internationale qui constitue une coutume »¹⁸².* Cette même application de la théorie relative du principe de l'immunité

¹⁸⁰ Tribunal Superior do trabalho TST, " Embargos de declaração em recurso de revista. Organismo internacional. Imunidade de jurisdição" Arrêt 900/2004 du 4 décembre 2009.

¹⁸¹ Tribunal Supremo de Justicia "Affaire 2001-0524" MP Levis Ignacio Zerpa, Arrêt du 10 décembre 2001.

¹⁸² Corte Suprema de Justicia, "fallo: 1.224-2013" quatrième chambre, Arrêt du 13 août 2013.

juridictionnelle comme norme coutumière du droit international a été faite par les juges de l'Uruguay ainsi que le juge du Paraguay¹⁸³.

CHAPITRE II

Les principes du Droit International

La prise en compte des PGD comme source principale du droit international est inscrite dans l'article 38 du statut de la C.I.J qui précise : « *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* » constituent une des sources du droit international. Cet article fut écrit dans les années 1920 par la Société des nations et revêt aujourd'hui une connotation désuète. Le sens de cet article doit être apprécié de manière bien différente. Par « *principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées* », il est dorénavant communément admis qu'il s'agit des « *principes* » reconnus par les Etats en tant que tels et cela sans aucune connotation particulière. La constitution en « Etat » d'une collectivité déterminée étant supposée être la marque de la « *civilisation juridique* », tout Etat, par le fait même qu'il existe, se trouve dans la catégorie des « *nations civilisées* »¹⁸⁴

Les termes de l'article 38 sont pour le moins imprécis. Aucune liste n'a pas été faite de ce qui est ou de ce qui peut être considéré comme un Principe Général du Droit. La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour affirmer que ce sont des principes « *communs aux systèmes juridiques des différents Etats du monde qui constituent une source du droit international qui*

¹⁸³ Voir : Tribunal de Apelacion segunda sala Corte suprema de Justicia juicio "Vicenta elizabeth solis azcona c/ Claudio Re y Alejandra Mendez de Re s/ cobro de guaraníes en diversos conceptos laborales acuerdo y sentencia No. 127/10/02 et Suprema Corte de Justicia del Uruguay. Sentencia No. 247/1997

¹⁸⁴ CARREAU Dominique et MARRELLA Fabrizio, « Droit international », 11^{ème} édition, éditions Pédone 2012. Paris 2012. pag 326

trouve son origine dans les divers droits nationaux »¹⁸⁵ ou encore des : « *normes juridiques non écrites, générales et impersonnelles, et acceptables par les juristes formés à tous les grands systèmes de droit actuels, bien qu'elles n'aient pas encore reçu d'application concrète* »¹⁸⁶ Il s'agit donc de principes nés dans l'ordre interne qui compte tenu de leur acceptation et de leur application généralisée, peuvent être appliqués par le Juge international. Mais le contenu du littéral C de l'article 38 du statut de la C.I.J ne se limite pas à ces principes, car, il définit également les principes généraux du droit propres au droit international comme : « *les principes en vigueur entre toutes les nations indépendantes* »¹⁸⁷. A ce sujet, Pastor Ridruejo nous dit : « [les principes généraux du droit] ne sont pas une source primaire ou dérivée du droit international, mais une catégorie normative commune aux droits internes et au droit international, à laquelle les juges ou les arbitres internationaux ont recours en cas de lacune du droit international »¹⁸⁸.

Compte tenu de l'imprécision de l'article 38 du Statut de la C.J.I, la définition des « *principes généraux du droit international* » n'est guère aisée. Nous pouvons commencer par évoquer celle qui précise qu'il s'agit de l'ensemble des règles de droit qui sont utilisées dans la sphère internationale pour encadrer les relations entre les sujets du droit international et qui sont reconnues par eux comme telles. Cette définition très large de PGD en droit international fut adoptée par la C.P.J.I dans son arrêt du Lotus : « ... *Le sens des mots principes du droit international ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale...* » et « *les règles de droit qui lient les états, sont le fruit de leur volonté, dans des conventions ou dans les usages acceptés généralement comme consacrant des principes du droit.* »¹⁸⁹

¹⁸⁵ GERARD COHEN Jonathan, « L'Arbitrage Texaco-Calasiatic contre le gouvernement Lybien ; décision au fond su 19 janvier 1977 » Annuaire français de droit international Article, no 1, Vol 23, P. 453

¹⁸⁶ PELLET Alain, « Recherches sur les principes généraux de droit ». Thèse, Paris 1974 p.9.

¹⁸⁷C.P.J.I, « lotus » (France-Turquie), Arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10.

¹⁸⁸ RIDRUEJO Pastor, « Cours général de droit international public ». RCADI, 1998 (274). P. 42

¹⁸⁹ Publications de la cour permanente de justice internationale. Série A – No. 10. Le 7 septembre 1927. Recueil des Arrêts. Affaire du Lotus. Pag.16.

Cette définition peut être complétée par l'article 21.1.C du Statut de la Cour Pénal Internationale qui précise : « *les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues* » .

D'après ces définitions, nous pouvons conclure que l'expression « *principes généraux du droit* » contenue dans l'article 38 du statut de la C.I.J fait référence aux principes généraux du droit qui naissent dans les ordres internes des Etats et qui peuvent être transposés dans l'ordre international mais aussi par les principes généraux propres au droit international.

Pour Hervé Ascensio : « Il conviendrait de parler de principes généraux de droit pour désigner des règles de droit interne transposables en droit international sous la forme de principes, c'est-à-dire sous une forme suffisamment abstraite et générale pour faire disparaître les éléments de spécificité propres à chaque ordre juridique interne... Quant aux principes qualifiés de principes généraux du droit international, ils seraient propres au droit international et sans équivalent dans les ordres juridiques internes...les principes généraux du droit international naissent à l'intérieur même de l'ordre juridique international »¹⁹⁰.

Dans cette étude, nous allons nous consacrer à l'analyse du statut octroyé par la Constitution et la Jurisprudence constitutionnelle des Etats Sud-américains à la deuxième catégorie de ces principes, c'est-à-dire, aux principes généraux propres au droit international, également connus comme « *principes du droit international* » ou « *principes généralement reconnus en droit international* » ou encore « *règles générales du droit des gens* ». Ils naissent grâce à la : « *reconnaissance expresse...par une grande majorité des Etats -qui- leur confère le caractère de positivité, indispensable à leur application par le juge international. Cette reconnaissance s'effectue de manière différente par rapport à la formation de la coutume ou la conclusion d'un traité. Elle concerne précisément des principes que les Etats et organisations internationales appliquent dans leurs relations, bien qu'ils n'aient pas encore la forme de règles coutumières et ne soient pas*

¹⁹⁰ ASCENSIO Herve, « principes généraux du droit international » in Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, 3 vol, dir D. Carreau, P. Lagarde et H. Synvet. P.239.

consacrés par des conventions »¹⁹¹ et ils sont définis par Pierre- Marie Dupuy ainsi : « *ces principes sont propres au droit international. Leurs origines sont diverses, mais ils sont essentiellement le produit de l'action conjuguée du juge international et de la diplomatie normative des Etats* »¹⁹².

Il s'agit donc des principes qui encadrent les relations des sujets du droit international, affirmés et revendiqués par les Etats et qui, pour la plupart d'entre eux, ont été recueillis et consacrés dans différentes conventions internationales dont la Charte des Nations Unies¹⁹³ ou encore dans la résolution 2625 de l'assemblée des nations unies ; mais aussi des principes dégagés par la

¹⁹¹ DEBBASCH Odile, « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit ». Mélanges Boulouis, Revue l'Europe et le Droit,1991, p. 151.

¹⁹² DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international Public ». Edition Dalloz, 13me édition,Paris 2016. Pag 374.

¹⁹³ Article 2 : L'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'article 1, doivent agir conformément aux principes suivants :

1. L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres.
2. Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte.
3. Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.
4. Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.
5. Les Membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un État contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.
6. L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales.
7. Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII. ».

jurisprudence internationale : « ... la juridiction internationale a été amenée à plusieurs reprises, dont notamment encore en 1986, à tirer les conséquences logiques du « concept juridique fondamental de la souveraineté des Etats » comme celui selon lequel un Etat ne saurait être engagé sans son consentement ou celui selon lequel les limitations à la souveraineté ne se présument pas. Tel le principe *Pacta sunt servanda*, on dirait souvent ces principes comme fixés a priori, presque en manière d'axiomes, tant le juge ou l'arbitre les considèrent comme inhérents à l'existence de l'ordre juridique international »¹⁹⁴.

Pierre-Marie Dupuy nous dit à propos de ces principes qu'ils se caractérisent par « leur haut niveau d'abstraction et leur extrême généralité »¹⁹⁵. En effet, à l'égal de la première catégorie des principes généraux du droit consacrés dans l'article 38 du statut de la C.J.I, la deuxième catégorie n'a pas de liste exhaustive de ses principes et cela malgré l'effort de codification des organisations internationales.

Ainsi il semble indispensable d'analyser la position de la Constitution nationale face à ces principes et également de déterminer le statut que le juge national leur a réservé.

I. La reconnaissance constitutionnelle sélective des principes du droit international

Pour des Etats très attachés au droit écrit, l'intégration du Droit International non conventionné¹⁹⁶ a engendré certains problèmes. Cela ne s'est pas limité à la reconnaissance de la coutume internationale mais aussi à celle des principes du droit international non conventionnés. La majorité des Etats a préféré conserver un silence constitutionnel envers ces principes du droit international et une minorité a choisi de reconnaître de façon sélective certains de ces principes.

¹⁹⁴ DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international Public ». Edition Dalloz, 13^{me} édition, Paris 2016. Pag 375.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Le terme Droit International Général fait référence à la coutume internationale et les principes généraux de droit de l'article 38 du Statut de la Cour International de Justice.

Les principes du droit international général ont une origine coutumière et leur reconnaissance implique une reconnaissance globale au même titre que la coutume, c'est-à-dire qu'à la différence du droit international conventionnel où les états peuvent imposer certaines réserves, le droit international général nécessite une homogénéité dans sa reconnaissance et son application. Jean Combacau nous explique ceci : « *il est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites ; mais il ne saurait en être ainsi dans le cas des règles et des obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage* ». ¹⁹⁷

La reconnaissance textuelle des principes du droit international se mesure à la constitution des articles qui vont déterminer d'une façon plus ou moins exacte la place que l'état accorde au droit international non conventionné dans l'ordre juridique interne. Cependant, telle que l'affirme M. Berramdane : « *si la plupart des Constitutions modernes optent pour l'incorporation directe de ce droit, leurs formulations sont souvent vagues, voire ambiguës, et ne permettent pas de déterminer avec netteté le statut de ce droit et ses effets dans l'ordre juridique interne* » ¹⁹⁸.

Nous retrouvons ce manque de précision au sein des Constitutions Sud-Américaines. En effet, la reconnaissance textuelle n'est pas accordée de la même façon à l'ensemble du Droit international non conventionné. Quelques Etats Sud-Américains ont sélectionné certains principes généraux du Droit International auxquels ils sont visiblement particulièrement attachés pour les reconnaître constitutionnellement, essentiellement dans le cadre de leurs relations interétatiques. Les Constitutions sud-américaines vont accorder une importance majeure au principe international de la coopération en le renforçant dans le cadre régional au point d'habiliter constitutionnellement l'intégration régionale.

¹⁹⁷ CIJ, « Affaire plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/ Danemark), Arrêt du 26 avril 1968.P. 39-40 § 63

¹⁹⁸ BERRAMDANE Abdel khaleq, « La hiérarchie des droits. Droits internes et droits européens et internationaux ». L'harmattan Paris 2002. Pag. 15.

A. Les principes de la Coexistence pacifique comme lignes directrices des relations interétatiques

Le traité signé entre l'Inde et la Chine le 29 avril de 1954 basé sur cinq principes fondamentaux à savoir : le respect mutuel de l'intégrité territoriale et de la souveraineté, la non-agression mutuelle, la non-immixtion mutuelle dans les affaires intérieures, l'égalité, le principe de réciprocité et la coexistence pacifique¹⁹⁹ constitue l'antécédent des principes internationaux dits : « *de la coexistence pacifique* ». Bien qu'ils ne constituent pas une véritable innovation en droit international -ce sont des principes inscrits dans la Charte des Nations Unies- leur inclusion dans ce traité va leur donner une renommée internationale.

L'impact international du traité n'a pas vraiment d'explication juridique. M. Focsaneanu justifie sa renommée en nous disant : « *...si le préambule du traité sur le Tibet répète certains principes de la Charte des Nations Unies, il omet soigneusement de faire allusion à d'autres règles contenues dans la même Charte. C'est cette omission volontaire qui donne son vrai visage au Panch Shila et en fait un manifeste politique de premier ordre. Les textes omis sont notamment les articles 51 et 52 de la Charte... en éliminant intentionnellement le droit de légitime défense collective et le droit pour les états de se grouper en organisations régionales pour le maintien de la paix, la doctrine des cinq principes a pu devenir manifeste par excellence du neutralisme et recueillir l'adhésion des états hostiles à la politique des blocs militaires* »²⁰⁰.

Une lecture minutieuse des principes nous fait remarquer son pilier central : la souveraineté. En effet, les cinq principes mettent tous l'accent sur une souveraineté égalitaire entre les états et mettent en valeur le respect de la souveraineté comme étant la clé d'une coopération réussie.

¹⁹⁹ FOCSANEANU Lazar, « Les « cinq principes » de coexistence et le droit international » Annuaire français de droit international, Année 1956. VOI 2. Numéro 1 pp.150-180.

²⁰⁰ FOCSANEANU Lazar, « Les « cinq principes » de coexistence et le droit international » Annuaire français de droit international, Année 1956. VOI 2. Numéro 1 pag.179.

A une époque où l'impérialisme et le colonialisme étaient très présents et où le monde était divisé en deux groupes, l'adoption de ces principes fut l'étincelle qui donna naissance au neutralisme et plus particulièrement au mouvement de non-alignés qui a fait de ces principes une ligne directrice dans les affaires étrangères.

Les Etats de l'Amérique Latine n'ont pas été indifférents à ces principes. En effet, depuis le Panaméricanisme²⁰¹, les Etats de l'Amérique du Sud sont particulièrement sensibles au principe de la non-intervention, au principe de l'auto-détermination des peuples et en général à tout principe qui peut renforcer internationalement leur souveraineté. De ce fait, leur adhésion au mouvement de non-alignés -et en conséquence aux principes de la coexistence pacifique- fut une évidence.

Bien que la reconnaissance littérale de ces principes dans le cadre du néo-constitutionnalisme sud-américain fût pour quelques Etats une conséquence naturelle, celle-ci n'a pas été faite de façon homogène. Il y a d'abord eu une catégorie d'Etats qui ont reconnu l'intégralité des principes de la coexistence pacifique dans le cadre de leurs relations internationales mais qui ont également reconnus certains de ces principes en dehors dudit cadre. Ainsi, le Venezuela dès son préambule fait référence à la coopération pacifique entre les nations et à l'autodétermination des peuples et dans l'article 152 précise : « *les relations internationales de la République répondent aux fins de l'Etat en fonction de l'exercice de la souveraineté et des intérêts du peuple, elles sont régies par les principes d'indépendance, d'égalité entre les états, de libre détermination et de non intervention dans des affaires internes, la solution pacifique des conflits internationaux, la coopération, le respect des Droits de l'homme et la solidarité entre les peuples dans la lutte pour leur émancipation et le bien-être de l'humanité. La République maintiendra la plus ferme protection de ces principes et de la pratique démocratique dans tous les organismes et institutions internationales* ».

Dans cette catégorie des Etats se trouve également le Brésil qui affirme, dans son article 4 : « *La République fédérative du Brésil se conforme dans les relations internationales aux principes suivants : l'indépendance nationale; la primauté des Droits de l'Homme, l'autodétermination des peuples, la non-intervention, l'égalité entre les Etats, la défense de la paix, le règlement pacifique*

²⁰¹ Première partie de cette étude

des conflits, le refus du terrorisme et du racisme, la coopération entre les peuples pour le progrès de l'humanité, la concession de l'asile politique ».

La Bolivie fait partie également de cette catégorie des Etats mais elle a choisi une reconnaissance constitutionnelle moins ordonnée et nous trouvons les principes de la coexistence pacifique dans différents articles de sa Constitution en commençant par son préambule qui fait référence à la solidarité et à la libre détermination des peuples. Ultérieurement, son article 9 fait référence à la construction d'une société juste et harmonieuse avec pour fondement la décolonisation comme une des fins de l'Etat et son article 10 mentionne le principe de la coopération entre les Etats ainsi que celui de la résolution pacifique des conflits.

Dans une deuxième catégorie, se trouve l'argentine qui s'éloigne de ses voisins, car elle reste beaucoup plus discrète en ce qui concerne les principes de la coexistence pacifique. Le seul article dans lequel elle fait une vague allusion au cadre de ses relations interétatiques est l'article 27 : « *Le Gouvernement fédéral est obligé de consolider ses relations de paix et de commerce avec les puissances étrangères par tous traités conformes aux principes de droit public établis par la présente Constitution* ».

Dans une troisième catégorie, sont inclus les Etats qui ont opté pour un grand silence constitutionnel à l'égard de tout principe du droit international. En effet, les Constitutions de la République de l'Uruguay, du Pérou et Chili ne consacrent pas un seul article de leur Constitution au Droit international général.

Une quatrième et dernière catégorie englobe la Colombie, l'équateur et le Paraguay. Ces trois Etats ne vont pas se limiter aux principes de la coexistence pacifique mais vont faire une reconnaissance plus générale, bien que timide, aux principes généraux du droit international. Ainsi, l'article 9 de la Constitution Colombienne précise : « *les affaires étrangères de l'état sont fondées dans la souveraineté nationale, dans le respect à l'autodétermination des peuples et dans la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie...* »

L'équateur dans son article 416 va au-delà de la reconnaissance des principes de la coexistence pacifique et dans le numéral 9 affirme : « *Reconnait le droit international comme norme de*

conduite et sollicite la démocratisation des organes internationaux et l'équitable participation des états à leur intérieur »

La Constitution du Paraguay, article 143 : « *La République du Paraguay, dans ses relations internationales, accepte le droit international et adopte les principes suivants : l'indépendance nationale, l'autodétermination des peuples, l'égalité juridique entre les Etats, la solidarité et la coopération internationale, la protection internationale des Droits de l'Homme, la libre navigation dans les fleuves internationaux, la non intervention, la condamnation à toute forme de dictature, colonialisme ou impérialisme* ».

B. Du Principe de Coopération en Droit international à l'intégration régionale

Face à l'hétérogénéité relative à la reconnaissance des principes du droit international, nous remarquons une certaine homogénéité en ce qui concerne le principe de coopération dans la région.

La notion de la coopération internationale trouve ses origines après la première guerre mondiale avec la création de la société des nations. Cependant, elle n'a été érigée en tant que principe du droit international que dans la résolution n° 2625/1970 des Nations Unies « *déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la charte des nations unies* » ainsi : « *le devoir des Etats de coopérer les uns avec les autres conformément à la charte. Les états ont le devoir de coopérer les uns avec les autres, quelles que soient les différences existantes entre leurs systèmes politiques, économiques et sociaux, dans les divers domaines des relations internationales, afin de maintenir la paix et la sécurité internationales et de favoriser le progrès et la stabilité économique internationale, ainsi que le bien-être général des nations et une coopération internationale qui soit exempte de discrimination fondée sur ces différences.* »

Les états Sud-Américains adhèrent à ce principe du droit international et vont le revendiquer constitutionnellement d'une telle façon qu'ils vont dépasser le contenu de la coopération pour aller vers une échelle supérieure ; c'est-à-dire l'intégration. Ainsi, en reconnaissant

constitutionnellement que la coopération entre les Etats de la région constitue un objectif étatique majeur, ils en profitent pour instaurer une habilitation constitutionnelle pour l'intégration des Etats Sud-Américains.

Bien que cette reconnaissance ne soit dans la plupart des cas, hélas, que purement déclarative, elle ouvre néanmoins la porte aux Etats qui souhaitent faire partie d'une organisation d'intégration régionale (chose faite pour la plupart des Etats de l'Amérique du Sud avec le groupe Andine, Mercosur et Unasur entre autres).

Selon la doctrine de l'Amérique du Sud, l'intégration régionale peut être considérée comme : « *Un processus multidimensionnel au sein duquel se trouvent des initiatives de coordination, coopération, convergence et intégration profonde. Sa portée ne se limite pas seulement aux domaines économique et commercial, mais aussi aux domaines politique, social, culturel et de l'environnement* »²⁰².

Si une certaine homogénéité se dégage de la reconnaissance constitutionnelle du principe de coopération dans la région²⁰³ qui va s'élargir au sein des Constitutions pour permettre une intégration régionale, elle se limite à des généralités sur le sujet puisque chaque Etat a développé à différents degrés le contenu dudit principe.

Le Pérou a consacré dans l'article 44 de sa Constitution : « *Egalement, constitue un devoir de l'état d'établir et d'exécuter la politique des frontières et de promouvoir l'intégration, particulièrement latino-américaine...* ». La Bolivie inscrit dans l'article 10.1 la coopération avec les pays de la région et du monde comme étant un objectif étatique et dans l'article 265 évoque l'intégration avec la communauté internationale en général, tout en donnant la priorité à l'Amérique latine.

L'Uruguay dans le dernier paragraphe de son article 6 consacre: « *La République cherchera l'intégration sociale et économique des états latino-américains spécialement en ce qui concerne la*

²⁰² NU CEPAL, "La integración regional : hacia una estrategia de cadenas de valor inclusivas". Periodo de sesiones 35; Lima, Perú: 5 -9 mayo 2014, Pag.23 : « la integración regional es un proceso multidimensional cuyas expresiones incluyen iniciativas de coordinación, cooperación y comerciales, sino también las políticas, sociales, culturales y ambientales »

²⁰³ La Constitution Chilienne ne consacre pas le moindre article à ce sujet

protection commune de leur produits et matières premières ». L'Equateur, dès son préambule, fait référence à son engagement avec l'intégration latino-américaine et dans le numéral 11 de son article 416 précise : « *promouvoir prioritairement l'intégration politique, culturelle et économique de la région andine, de l'Amérique du Sud et de latino-Amérique* ».

Le Brésil, dans le paragraphe unique de l'article 4 affirme : « *La République Fédérative du Brésil cherchera l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples de l'Amérique Latine, avec l'objectif de la formation d'une communauté latino-américaine des nations* ». L'Argentine, dans l'article 75 numéral 24 mentionne : « *approuver des traités qui délèguent compétences et juridiction à des organisations supra étatiques dans des conditions de réciprocité et d'égalité et qui soient respectueuses de l'ordre démocratique et des droits de l'homme. Les normes émises dans ce contexte ont une hiérarchie supérieure aux lois.* » .

Le Venezuela dès son préambule consacre la consolidation de l'intégration latino-américaine comme une priorité de l'Etat et dans l'article 153 fait référence à l'importance de : « *l'intégration latino-américaine et des caraïbes, avec l'objectif de créer une communauté des nations pour protéger les intérêts économiques, sociaux, culturels, politiques et de l'environnement de la région* ». Dans la Constitution Colombienne, nous trouvons plusieurs articles consacrés à l'intégration régionale ; son préambule fait référence à l'objectif de : « *promouvoir l'intégration de la communauté latino-américaine* » et dans le dernier alinéa de l'article 9 : « *...également , la politique des affaires étrangères de la Colombie sera orientée vers l'intégration latino-américaine et des caraïbes* » ; également dans l'article 217 : « *l'état promeut l'intégration économique, sociale et politique avec les autres nations et spécialement avec les pays de l'Amérique latine et des caraïbes au travers de la conclusion de traités sur des bases d'équité, égalité et réciprocité ; créé des organismes supranationaux, et compris ceux qui seront nécessaires pour conformer une communauté latino-américaine des nations.* »

La Constitution du Paraguay ne limite pas l'intégration à la région de l'Amérique Latine, car son Article 145 précise : « *La République du Paraguay, dans des conditions d'égalité avec d'autres Etats, admet un ordre juridique supranational qui soit garant des Droits de l'Homme, de la paix, de la justice, de la coopération et du développement, dans le domaine politique, économique, social et culturel* ».

II. le rôle du juge constitutionnel dans la reconnaissance des principes du droit international

Bien que les Constitutions Sud-Américaines n'évoquent pas tous les principes du droit international mais une liste sélective de ces principes, et que la vocation principale de ces principes est, au regard de l'article 38 du statut de la C.J.I., d'être appliqués dans la sphère internationale, il existe, -compte tenu l'internationalisation croissante du droit- un certain nombre « d'emprunts » par les juges nationaux aux principes généraux du droit international.

Face à l'ambiguïté ou à l'absence d'énoncés constitutionnels, la position du juge à l'égard du droit international non conventionné, et tout particulièrement aux principes propres du droit international, est déterminante pour établir plus clairement le statut du droit international non conventionné dans l'ordre juridique interne. Bien que le réflexe « naturel » du juge soit d'écarter l'application de principes propres au droit international dans l'ordre juridique interne, nous pouvons constater une certaine évolution à ce sujet et notamment quand il s'agit de résoudre l'application des traités dans l'ordre juridique interne.

Bien qu'il n'existe pas de liste exhaustive, les principes propres du droit international ont été codifiés en partie dans l'article 2 de la Charte des Nations Unies, ainsi que dans la déclaration sur les principes du droit international en lien avec les relations d'amitié et à la coopération entre les états, en conformité avec la Charte des Nations unies. Ainsi, nous avons pu établir deux positions des Juges sud-américains : une position de reconnaissance large des principes propres du droit international et une position de reconnaissance restreinte des principes propres du droit international.

A. Une reconnaissance mitigée des principes propres du droit international par la jurisprudence nationale

Parmi les dix Etats objet de notre étude, peu sont ceux qui font référence aux principes généraux du droit international dans leur jurisprudence et dans le cas contraire, la reconnaissance de ces principes est pour dire le moins limitative. Ainsi, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle colombienne établit une liste presque exhaustive des principes qui sont reconnus en Colombie : « *Les difficultés associées à la définition de « principe de droit international » ont amené des problèmes à l'heure d'identifier les principes qui font partie de cette catégorie. Malgré cela, la doctrine s'accorde à inclure, parmi d'autres, le principe d'égalité souveraine entre les Etats, le principe de bonne foi et le principe « pacta sunt servanda ». Dans le droit constitutionnel colombien, l'application des « principes du droit international » a une portée encadrée. En effet, l'article 9° de la Constitution politique conditionne la reconnaissance des principes du droit international à ceux qui sont « acceptés par la Colombie ». De cette façon sont exclus de cette reconnaissance tous les principes objet d'un refus colombien [...]. La jurisprudence de cette Cour a identifié les principes du droit international qui conformément à l'article 9 de la Constitution sont reconnus par la Constitution Nationale. En ce sens, nous pouvons citer le principe de bonne foi, le principe d'interdiction de la guerre pour résoudre les conflits internationaux, le principe de la résolution pacifique des conflits, le principe de l'égalité souveraine des Etats, le principe du respect à la souveraineté nationale des sujets du droit international, le principe de la non intervention, le principe de l'immunité souveraine des Etats -extensible aux organisations internationales-, le principe de réciprocité et certains principes du droit des traités, en particulier le principe « pacta sunt servanda » »²⁰⁴*

Bien que la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne soit limitative, lorsqu'elle reconnaît les Principes généraux du droit international, elle n'hésite pas à en faire usage pour justifier ses décisions. Ainsi, dans sa décision du 24 janvier 2001, la Cour Constitutionnelle affirmait : « *les principes du droit international qui préconisent la solution pacifique des conflits externes et qui consacrent comme un devoir de tout Etat de ne pas recourir en première instance*

²⁰⁴ Corte constitucional colombiana, "Arrêt C- 269/14 control jurisdiccional de tratados aprobados por el congreso y no ratificados por Colombia" Arrêt du 2 mai 2014.

à la menace ou à la force sont pleinement applicables au conflit interne colombien, car ce sont des règles de conduite qui impliquent l'interprétation des droits et des obligations constitutionnelles »²⁰⁵. En partant d'un principe du droit international, la Cour a donc déclaré constitutionnelle la loi 418/1997 en précisant que : « les organes politiques ont une large marge discrétionnaire pour concevoir les mécanismes de solution pacifique des conflits », et l'exercice de cette faculté doit être réalisé en accord avec le texte constitutionnel mais aussi avec les principes essentiels du droit international.

Contrairement au juge constitutionnel colombien, le juge Argentin a une très riche jurisprudence sur la reconnaissance du droit international non conventionnel mais elle reste toutefois très ambiguë, car elle ne dissocie pas la coutume internationale des principes généraux du droit.

Arturo Pagliari fait un résumé de la position de la Cour Suprême argentine face au droit international non conventionné ainsi : « La cour a soutenu à maintes reprises, en conformité avec l'article 118 de la Constitution, que la coutume internationale et les principes généraux du droit sont d'application directe, au sein de sa jurisprudence »²⁰⁶.

Cette affirmation nous permet de conclure que la jurisprudence argentine ne prête pas une attention particulière aux PGD du droit international. La question de l'existence ou non d'un régime particulier octroyé par la jurisprudence à ces principes n'est dès lors pas résolue.

Au Chili, la reconnaissance prétorienne est encore assez timide. Ce sont les juges nationaux qui vont d'une reconnaissance générale à une reconnaissance ponctuelle. Ainsi, la Cour d'appel de Santiago reconnaît largement ces principes en affirmant : « les principes du droit international sont d'application générale, ils ont une évidente suprématie dans le droit public contemporain et comblent le silence des lois ».²⁰⁷ Tandis que la Cour Suprême Chilienne va opter pour une reconnaissance particulière d'un des principes en précisant que toute interprétation des traités :

²⁰⁵ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Arrêt C- 048/01 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8(parcial) de la Ley 418 de 1997 » Arrêt du 24 janvier 2001.

²⁰⁶ PAGLIARI Arturo, "Derecho internacional y derecho interno. El sistema constitucional argentino". Ars Boni et Aequi ano 7 No. 2, 2011p.25

²⁰⁷ Gaceta de los Tribunales, 1949, Segundo semestre, p.445.

« doit être éclairée par le principe fondamental de la bonne foi, qui oblige les parties à appliquer le traité d'une façon raisonnable afin que son objectif puisse être atteint »²⁰⁸

Cette reconnaissance ponctuelle des PGD du droit international se retrouve également dans la jurisprudence brésilienne. En effet, le juge brésilien reconnaît des principes tels que le *pacta sunt servanda* ou encore le principe de réciprocité ainsi : « La première observation à faire, donc, est celle de constater que nous sommes devant un document produit dans le contexte de négociations multilatérales que le Brésil a adhéré et ratifié. De tels documents, qu'ils prennent la forme de traités, de conventions ou d'accords, présupposent leur exécution de bonne-foi par les États signataires. C'est ce qui est exprimé par l'ancien adage *Pacta sunt servanda*. Appliquer cet adage est ce qui permet la coexistence et la coopération entre des nations souveraines dont les intérêts ne sont pas toujours les mêmes. Les traités et autres accords internationaux prévoient dans leur propre texte la possibilité de retraite d'une des parts contractantes...Actuellement (...) la convention est un engagement international de l'Etat brésilien qui est en vigueur et de ce fait son exécution s'impose...Le retard dans la réalisation du contenu de la convention par les autorités administratives ou judiciaires du Brésil aurait des répercussions négatives dans la sphère des engagements pris par l'Etat brésilien, en raison du principe de réciprocité...²⁰⁹

Nous trouvons également une reconnaissance prétorienne brésilienne des principes de coopération, et le principe de bonne foi : « Par conséquent, il semble clair que la possibilité d'éliminer l'application de normes internationales par le biais d'une législation dérogeant à un traité, y compris aux niveaux des États et des municipalités, est en retard par rapport aux exigences de coopération, de bonne foi et de stabilité du scénario international actuel et, sans aucun doute, doit être examiné par notre Cour. Le texte constitutionnel admet la prépondérance des normes internationales sur les normes infra-constitutionnelles et renvoie clairement l'interprète à différentes réalités normatives face à la conception traditionnelle du droit international public »²¹⁰

²⁰⁸. Corte Suprema de Justicia, " affaire solicitud de extradición de Alberto Fujimori" Rol 3744-07, Arrêt du 21 septembre 2007.

²⁰⁹ STF, "Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 172". Arrêt du 10 juin 2009.

²¹⁰ STF, " AC 2436 MC/PR – Paraná, incidental ao RE nº 460.320" Arrêt du 15 septembre 2009.

La jurisprudence Equatorienne reconnaît ponctuellement certains principes du droit international, en particulier du *pacta sunt servanda*, mais présente une particularité : la relativisation de ce principe avec la reconnaissance de la clause *sic stantibus* : « *le principe pacta sunt servanda prévoit l'exécution de traités qui ont été dument conclus et qui deviennent loi pour les parties et cela implique une exécution complète du traité, car il est contraignant pour les parties qui doivent l'exécuter de bonne foi. En vertu de ce principe d'origine coutumière qui est consacré dans l'article 26 de la Convention de Vienne sur les droits des traités, aucune des parties ne peut invoquer de dispositions de son ordre juridique interne pour justifier la non-exécution du traité. Existente des exceptions à ce principe, à savoir : l'impossibilité physique d'appliquer le traité, l'impossibilité morale d'exécuter le traité car cela mettrait en danger l'existence d'un des Etats parties ; la clause sic stantibus et la rupture unilatérale [...]. Le principe, pacta sunt servanda, sur l'intangibilité des traités, cesse d'être applicable pour ainsi laisser la place au principe rebus sic stantibus aussi dénommé principe de révision des traités, qui s'applique dès qu'il y a un changement dans les circonstances de la conclusion du traité d'une telle intensité ou d'une telle nature qui met fin au traité* »²¹¹

B. Une réticence certaine à l'usage et à la reconnaissance des principes généraux du droit international

La reconnaissance et l'application des principes généraux du droit international par le juge constitutionnel de chaque Etat sudaméricain demeurent en pratique subordonnées à une condition de compatibilité entre les dits principes et la Constitution nationale. En effet, au sein de toutes les Constitutions Sud-Américaines il y a une attribution explicite octroyé aux tribunaux constitutionnels : la sauvegarde de la primatie constitutionnelle dans l'ordre juridique interne.

Regina Diaz affirme : « *compte tenu de l'absence de normes d'incorporation du droit international coutumier au sein de la Constitution nationale et de l'absence d'un système de jurisprudence*

²¹¹ Corte constitucional del Ecuador, "Dictamen No. 020-10-DTI-CC, caso No. 0008-10-TI" Juez constitucional ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt. Quito 24 de junio del 2010.

obligatoire, le sujet du droit international non conventionné est laissé à la libre appréciation des juges. Ainsi, c'est tout à fait possible de trouver des arrêts qui ne partagent pas la position traditionnelle de la reconnaissance d'une incorporation automatique du droit international coutumier et font une interprétation positiviste voire légaliste en affirmant que si une telle convention n'a pas été ratifiée par le Chili, elle n'est pas applicable dans l'ordre juridique interne, tout cela sans tenir compte le droit coutumier repris par ladite convention ou encore si le Chili fait partie des traités où ses principes du DI sont repris »²¹²

Cette position doctrinale chilienne est valable pour l'ensemble des Etats à des degrés différents. Les juges constitutionnels ont une certaine méfiance vis-à-vis du droit international général et plus particulièrement vis-à-vis des Principes Généraux. En effet, bien que les origines des Principes Généraux du droit ont une base coutumière dans le droit interne des Etats, ils se différencient de la coutume dans le sens où ils n'ont pas un profil concret, ils ont une nature abstraite qui plus est non écrite.

Luis Garcia affirme que les juges nationaux ne font pas un usage direct des principes généraux du droit international mais qu'ils se limitent aux principes expressément constitutionalisés et de ce fait ces principes ont été investis de la suprématie constitutionnelle et ce le caractère constitutionnel qui va leur permettre de primer dans l'ordre interne sans tenir compte de leur origine de principe généraux du droit international.

Dans l'analyse effectuée par cet auteur de la Constitution Péruvienne, il remarque que : « dans ce sens, il y a une série des normes constitutionnelles qui reprennent les normes coutumières internationales, c'est le cas de l'article 8 « l'Etat sanctionne le trafic illicite de stupéfiants » qui reprend une prescription internationalement acceptée sur l'interdiction du trafic de stupéfiants ; dans les articles 22 et 23 qui protègent le travail et interdisent l'esclavage , l'article 32 qu'interdit « la suppression ou la diminution des droits fondamentaux de la personne » et cela même par

²¹² DIAZ TOLOSA Regina Ingrid, " Reconocimiento del ius cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno". Tesis de grado. Pontificia universidad católica de Chile. Santiago de Chile, Marzo 2013.p 158

référéndum, la reconnaissance du droit à l'asile (tradition latinoaméricaine) contenu dans l'article 36, de la reconnaissance de l'extradition sous la condition de réciprocité au sein de l'article 37 »²¹³.

Cette option de constitutionnalisation de certains principes est particulièrement dangereuse dans le sens où les Constitutions nationales ne peuvent pas transcrire tous les principes généraux du droit ; d'où l'importance du juge constitutionnel qui, dans son rôle d'interprète de la norme suprême dans l'ordre juridique interne, peut déterminer quel est le statut de ces principes issus du droit international coutumière dans l'ordre juridique interne.

CHAPITRE III

Le jus cogens

La notion du *Jus cogens* est définie par la Convention de Vienne du 23 mai 1969, dans son article 53 : « *Selon la présente convention, une norme impérative de droit international général 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* » ainsi que dans l'article 64 : « *Si une nouvelle norme impérative du droit international général intervient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin* ».

Nous pouvons déduire de ces articles que ce qui différencie le *jus cogens* de la coutume internationale et des Principes généraux du droit international réside dans son caractère impératif et indérogeable qui est totalement indépendant de la volonté des Etats, critère essentiel à la formation de deux autres sources du droit international non conventionné.

²¹³ GARCIA-CORROCHANO Luis, " Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución política de 1993". Agenda internacional ano XX, No. 31, 2013 p. 128

Florabel Quispe affirme à propos de l'article 53: « *il est générique et permet seulement de reconnaître ces normes à partir de l'existence d'un traité qui soit contraire à la norme de jus cogens [...]. Il n'y a pas de doute sur le fait que les normes de jus cogens font partie de l'ordre juridique international, mais malheureusement, compte tenu leur généralité, il n'est pas possible prévenir sur quelles sont ces normes. Ni la CDI, ni la CIJ ni la doctrine juridique n'ont réussi à dresser un catalogue de ces normes* ». ²¹⁴

En effet, l'évolution du *jus cogens* au sein de la jurisprudence internationale est pour dire le moins floue. Dans le premier arrêt de la CIJ portant sur le *jus cogens*, le juge affirmait : « *dès lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers ou des ressortissants étrangers, personnes physiques ou morales, il est tenu de leur accorder la protection de la loi et d'assumer certaines obligations quant à leur traitement. Ces obligations ne sont toutefois ni absolues ni sans réserve. Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations erga omnes. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et de génocide mais aussi de l'application de principes et de règles relatives aux droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et de la discrimination raciale* » ²¹⁵

Dans le cas de l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats- Unis à Téhéran, la Cour affirmait : « *qu'aucun Etat n'a l'obligation d'entretenir des relations diplomatiques ou*

²¹⁴ QUISPE REMON Florabel, "Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo". In Anuario español de derecho internacional Vol. 28/2012/ 143-183.p. 143

²¹⁵ CIJ, « Affaire de la Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain) » Arrêt du 5 février 1970, Considérations 33 et 34.

consulaires avec un autre mais il ne saurait ignorer les obligations impératives qu'elles comportent et qui sont maintenant codifiées dans les conventions de Vienne de 1961 et 1963»²¹⁶

Dans ces deux arrêts, la Cour Internationale de Justice évite d'utiliser l'expression *jus cogens*. Cependant, en affirmant le caractère *erga omnes* et impératif des normes évoquées, la doctrine est unanime pour dire que la Cour fait bien référence au *jus cogens*. En effet, au sein de la jurisprudence de cette Cour, les références directes au *jus cogens* sont pour le moins discrètes. Un des rares arrêts où la Cour utilise directement cette expression est celui relatif à l'affaire des activités militaires et paramilitaires où elle affirme : « *le principe de non-emploi de la force relève du jus cogens* »²¹⁷

Dans l'affaire RDC c. Rwanda en 2006, la Cour tout en reconnaissant le caractère *jus cogens* du génocide précise que la seule nature de la norme invoquée ne lui octroie pas compétence pour trancher sur le fond de l'affaire. Frédéric Dopagne nous dit à ce propos : « *Dans un passage remarqué de son arrêt, la Cour rappelle que « les droits et obligations » consacrés par la convention sur le génocide sont « des droits et obligations erga omnes », mais que le seul fait que de tels droits et obligations soient en cause dans un différend suffit à lui refuser compétence pour connaître de celui-ci ; elle juge ensuite que, « de même », le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme appartenant au jus cogens, « ce qui est assurément le cas de l'interdiction du génocide », ne saurait en lui-même fonder sa compétence pour en connaître, celle-ci reposant en toute hypothèse sur le consentement des parties* ».²¹⁸

Contrairement à cette tentative timide et hésitante de délimiter le *jus cogens*, et sachant que ses normes impératives ne sont pas de la compétence exclusive d'un juge en particulier, la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme s'est saisie de la question dans la région latinoaméricaine et a développé une position très tranchée de ce qui doit être considéré comme faisant partie *du jus*

²¹⁶ CIJ, « Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique contre Iran) Mesures conservatoires ordonnance du 15 décembre 1979 Rec., 1979, p.20

²¹⁷ CIJ, "Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires menées à l'intérieure du territoire nicaraguayen (Nicaragua Vs. Etats- Unis) », Arrêt du 27 juin 1986.

²¹⁸ DOPAGNE Frédéric, « Les exceptions préliminaires dans l'affaire des activités armées sur le territoire du congo (nouvelle requête 2002) » (République du Congo c. Rwanda) in : Annuaire français de droit international, volume 53, 2007. Pp.328

cogens, car, tel que l'affirme Elise Hansbury « *s'il y a un domaine où éthique, valeurs et universalité se rencontrent, c'est bien en droit international des droits de l'homme* »²¹⁹

L'approche adoptée par le juge interaméricain, est d'une importance majeure pour déterminer le statut octroyé par chaque juge constitutionnel au *jus cogens* dans l'ordre juridique interne. Cela vient combler le silence constitutionnel généralisé dans la région sur la position du *jus cogens* au sein des Constitutions nationales.

I La construction du jus cogens en Amérique du Sud

Avant que la convention de Vienne sur les traités soit signée, les juges évoquaient déjà le rapport évident entre *Jus Cogens* et les Droits de l'Homme : « *si l'on est fondé à introduire en droit international un jus cogens (question récemment étudiée par la Commission du droit international), sorte de droit impératif par opposition au jus dispositivum susceptible de modification par voie d'accord entre les états, il n'y a pas de doute que l'on peut considérer le droit relatif à la protection des droits de l'homme comme relevant du jus cogens* »²²⁰

Le Droit International des Droits de l'Homme à la différence du reste du droit international public n'a pas pour bénéficiaire direct l'Etat mais les individus, car il ne s'agit pas ici d'intérêts étatiques particuliers mais de l'intérêt de l'humanité en général. En effet, la doctrine s'accorde à affirmer que les Droits de l'Homme sont propres et inhérents à l'être humain. Jeanne Hersh soutient qu'il s'agit des : « *droits individuels, naturels, primitifs, absolus, primordiaux ou personnels. Ce sont des facultés, des prérogatives morales que la nature confère à l'homme en tant qu'être intelligent* »²²¹, également Luis Andres Fajardo affirme : « *les droits de l'homme sont théoriquement construits sur l'idée qu'ils correspondent à des postulats propres à la nature*

²¹⁹ HANSBURY Elise, « 1. Le jus cogens : sa nature et l'identification de ses normes In : le juge interaméricain et le « jus cogens » 5e ligne ». Genève : graduate institute publications, 2011 (généré le 04 février 2019). Disponible sur internet <http://books.openedition.org/iheid/388>. ISBN : 9782940415892. DOI : 10.4000/books.iheid.388.

²²⁰ CIJ, « Affaire Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud) .Opinion dissidente du juge Tanaka, Arrêt du 18 juillet 1966 , P. 298.

²²¹ HERSCH Jeanne, « Le droit d'être un homme. Anthologie mondiale de la liberté », Paris, JCL/Unesco, 1990, p 129

humaine et en conséquence ils doivent être conçus de façon universellement homogène –Principe d’universalité-»²²².

Cette universalité des Droits de l’Homme établit le principe selon lequel : « *la condition d’être humain suffit pour être titulaire des droits de l’homme quel que soit le contexte et en toute circonstance* »²²³ et pour que cette universalité soit appliquée de façon homogène, l’adoption d’un Etat démocratique de droit, au sein duquel le respect et la protection d’une Constitution est son objectif ultime, apparait comme une condition sine qua non.

Cependant, l’adoption d’un Etat de Droit ne garantit pas une homogénéisation absolue des Droits de l’Homme. En effet, les Etats peuvent avoir une approche différente des Droits de l’Homme et ainsi, relativiser leur universalité matérielle. En effet, si nous analysons le préambule de la Charte Africaine des Droits de l’homme et des peuples du 26 juin 1981, nous pouvons constater que après avoir affirmé son engagement avec le droit international des Droits de l’homme conformément à l’expression: « *de favoriser la coopération internationale en tenant dûment compte de la Charte des Nations Unies et de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme* » son préambule apporte la modération suivante : « *Tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des Droits de l’Homme et des peuples* ».

La Charte Africaine des Droits de l’homme constitue un excellent exemple de la relativité du principe d’universalité des Droits de l’homme qui est réellement interprété et intégré selon chaque Etat.

Cette relativisation de l’universalité des Droits de l’Homme peut cependant être sérieusement limitée si nous incluons dans la catégorie de *jus cogens* les droits de l’homme. A ce propos Pierre-Marie Dupuy affirme : « *constatant l’affirmation initiale de l’universalité des droits, on sait par*

²²² FAJARDO Luis Andrés, “ La influencia del sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el derecho constitucional colombiano-Marco teórico”. Revista colombiana de Derecho Internacional, No. 12 Bogotá Enero/junio 2008. Pág. 5 : “ los derechos humanos han sido teóricamente contruidos bajo la idea de que corresponden a postulados propios de la naturaleza humana y que por lo tanto deben concebirse homogéneamente a nivel universal- principio de universalidad-“

²²³Théorie générale des droits fondamentaux, LGDJ, 2004, p. 272

*ailleurs qu'ils sont qualifiés génériquement de « fondamentaux » par le préambule de la Charte (ONU) ; certains pourraient alors être tentés de en plus conférer à bon nombre de textes conventionnels ultérieurs qu'une portée désormais largement déclaratoire d'obligations bénéficiant aussi d'une autorité coutumière. Cette tendance semble même avoir été renforcée avec l'apparition, consécutive à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de la notion Jus Cogens. Cette dernière, comme on sait, s'applique à des normes coutumières, non pas seulement obligatoires, mais impératives pour les états. S'interrogeant sur le contenu de ce droit impératif, la doctrine cite entre autres, généralement, le respect de certaines des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine ».*²²⁴

La construction du *jus cogens* dans la région a sans doute été fondée sur l'impérieuse nécessité de mettre fin à des violations graves et systématiques des droits de l'homme car bien que le contentieux de la CIDH soit relativement peu nombreux, toutes les affaires soumises à sa juridiction portent sur des atteintes massives à la personne. Cela a mis en évidence la nécessité de limiter la volonté des Etats en érigeant en *jus cogens* l'universalité des Droits de l'Homme. Cette tendance jurisprudentielle a évolué d'une façon inespérée et s'est largement étendue.

A. L'universalité des Droits de l'Homme comme soubassement du *jus cogens* dans la jurisprudence de la CIDH

Compte tenu de leur culture et de leur histoire commune, les Etats Sud-Américains et Américains en général ont décidé de créer le système interaméricain des Droits de l'Homme qui trouve son fondement juridique dans la déclaration américaine des droits et des obligations de l'homme (1948), la Charte de l'OEA (1948) et la Convention américaine des droits de l'homme (en vigueur depuis 1978). Chacun de ces textes témoigne d'un fort attachement juridique en vertu duquel : « *le respect des droits de la personne humaine est l'alpha et l'oméga de tout système politique. Toute la conception panaméricaine de la vie politique a pour assise une foi profonde dans l'homme, dans*

²²⁴ DUPUY pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public ». Edition Dalloz, 13^{ème} édition. Paris 2016. P. 270.

les droits de l'individu, dans la valeur de sa raison, dans la vigueur de sa volonté et dans la puissance de ses forces morales, de même que la subordination de l'état au droit objectif»²²⁵

La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a orienté cet attachement aux droits de l'homme vers le champ du *jus cogens* et a développé une jurisprudence au sein de laquelle ces deux concepts - droits de l'homme et *jus cogens*- sont indissociables.

Si le juge interaméricain a pu développer une telle jurisprudence, c'est en effet grâce à l'absence de délimitation dans le contenu du *Jus Cogens*, car dans les deux principaux textes codificateurs du *jus cogens*, à savoir l'article 53 de la convention de Vienne de 1969 et dans le chapitre III des violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général dans la convention sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite de 2001 n'est pas précisé ni limité le contenu du *Jus Cogens*.

La première référence au *Jus Cogens* a été faite dans l'affaire *Aloeboetoe*. Aux termes de cet arrêt, le juge interaméricain n'innove pas car il va tout simplement suivre la jurisprudence internationale relative à l'interdiction de l'esclavage en affirmant : « *La Cour ne considère pas nécessaire d'approfondir sur la nature de la convention. Elle se limite à préciser que si elle avait à ce jour la nature du traité, il serait nul car il est contraire aux règles de jus cogens superveniens* »²²⁶

Trois ans plus tard, le juge brésilien Antonio Augusto Cançado Trindade profite de l'affaire *Blake* pour faire entendre son avis particulier sur la question du *jus cogens* en affirmant : « *bien que les deux conventions de Vienne consacrent la fonction du jus cogens dans le champs du droit des traités, la nature propre des normes impératives du droit international ne se limitent pas aux violations dans le cadre des traités, elles s'appliquent à toute violation et même à celles qui sont la conséquence des actes unilatéraux des Etats[...] Il est temps de développer les premiers indices jurisprudentiels sur ce sujet. Ils ont été présentés il y a trois décennies, dans la célèbre affaire Barcelona Traction (1970). Il est temps de les développer systématiquement dans le domaine du droit international des droits de l'homme[...] la consécration des obligations de protection erga*

²²⁵ YEPES J.M, « Philosophie du panaméricanisme et organisation de la paix ». Editions de la Baconnière, Paris/Neuchâtel 1945. P. 23-39.

²²⁶ CIDH, "Affaire *aloeboetoe y otros vs Surinam*". Arrêt de réparations et dépens du 10 de septembre de 1993

omnes comme conséquence de la manifestation des normes impératives du droit international représenterait le dépassement du cliché sur l'autonomie de la volonté de l'Etat. Le caractère absolu de l'autonomie de la volonté ne peut pas être invoqué devant l'existence des normes jus cogens »²²⁷.

A partir de cet arrêt, le juge Cançado Trindade va développer systématiquement sa théorie sur le fait que le caractère impératif des normes du droit international doit être accordé aux Droits de l'Homme en tenant compte du fait que l'universalité de ces Droits doit primer sur la volonté étatique. De 1996 à 2006, le juge brésilien va automatiquement présenter un avis personnel dans chaque affaire où il va accorder le statut des normes impératives à toutes celles qui ont un lien direct au droit à la vie. Ainsi par exemple, il va affirmer l'illégalité objective de la pratique de la torture, des disparitions forcées et des exécutions extrajudiciaires comme faisant partie des normes à caractère impératif. Mais son raisonnement va au-delà du droit à la vie. Elise Hansbury nous dit à ce propos : « *le juge brésilien affirme par ailleurs que tous les droits indérogeables de la convention sont par essence impératifs [...]De ce fait, les droits à la reconnaissance de la personnalité juridique, à la vie, à l'intégrité de la personne, à la protection de la famille, au nom, à la nationalité ainsi que l'interdiction de l'esclavage, le principe de l'égalité et de rétroactivité, la liberté de conscience et de religion, les droits de l'enfant et les droits politiques sont tous du domaine du jus cogens* »²²⁸.

La mise en avant de l'universalité des Droits de l'Homme par le juge Cançado Trindade a porté ses fruits car, la CIDH a repris son raisonnement et a ainsi progressivement reconnu dans ses décisions le caractère impératif de nombreux Droits de l'Homme. Dans l'affaire *Maritza c. Guatemala*, il reconnaît l'interdiction de la torture ainsi que l'interdiction des exécutions extrajudiciaires comme des normes jus cogens. Elle réitère sa position dans l'affaire *Fleury c. Haïti* où elle ne se limite pas à confirmer le caractère impératif de l'interdiction de tout acte de torture physique mais élargit ce caractère à la torture psychologique : « *En premier lieu, la Cour réitère sa jurisprudence dans le sens où la torture et les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants sont strictement*

²²⁷ CIDH, « *Affaire Blake Vs. Guatemala* », Arrêt de fond, Série C No. 36, 24 janvier 1998

²²⁸ HANSBURY Elise, « Des conséquences de la finalité : révélation du contenu matériel des normes impératives de droit, IN : le juge interaméricain et le « jus cogens » [en ligne]. Genève institute publications, 2011. Disponible sur internet : <<http://books.openedition.org/iheid/390>>. ISBN : 9782940415892. DOI : 10.4000/books.iheid.390

*interdits par le droit international des droits humains. L'interdiction absolue de la torture, qu'elle soit physique ou psychologique, est aujourd'hui une norme internationale de jus cogens. Cette interdiction subsiste même dans les circonstances les plus difficiles, telles que les guerres, la menace d'une guerre, la lutte contre le terrorisme ou d'autres délits quels qu'ils soient, les États de siège ou d'urgence, de commotion interne, ou de conflit interne, de suspension des garanties constitutionnelles, d'instabilité politique ou d'autres urgences ou calamités publiques »*²²⁹

Après ce large développement sur la protection de l'intégrité de la personne, la Cour va aller au-delà de l'interdiction absolue de la torture physique ou psychologique, pour dans l'affaire *Caesar c. Trinité et Tobago*, octroyer le caractère d'impératif à l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En effet, bien qu'elle soit nuancée, la CIDH opère une distinction entre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ainsi, dans l'affaire *Massacre de las dos erres*, la Cour inclut expressément les agressions sexuelles comme étant un acte constitutif de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Dans l'affaire *Goiburú c. Paraguay*, elle déclare que l'interdiction de la pratique des disparitions forcées fait aussi partie du jus cogens. Dans l'affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, la Cour a reconnu les crimes contre l'humanité comme norme jus cogens. Cette reconnaissance se caractérise pour être assez large et surtout évolutive, car, à partir du moment où la CIDH peut établir un lien entre la dignité humaine et les actes reprochés aux États, elle va presque d'une façon automatique ériger les droits en *jus cogens*. Cette évolution va s'élargir progressivement vers des droits pour le moins inattendus.

B. L'évolution audacieuse du contenu du jus cogens au sein de la jurisprudence de la CIDH

Depuis 2006, la jurisprudence de la CIDH est assez riche en matière de *Jus cogens*, mais cette évolution grandissante n'est pas pour autant exempte de critiques.

En effet, au vu des motivations de la CIDH, tous les Droits de l'Homme sont susceptibles de faire partie du *jus cogens*. Or, les Droits de l'Homme sont composés d'un nombre non négligeable de droits qui ne peuvent tous prétendre à avoir le caractère d'impératifs. A ce propos, Florabel Quispe

²²⁹ CIDH, "Affaire *Fleury y otros c. Haiti* ». Arrêt de réparations et dépens du 23 novembre 2011

affirme : « *Van bovel signale que les droits fondamentaux de l'homme peuvent entrer dans le concept de principes généraux et constituer des normes impérieuses du droit international général (jus cogens). Cependant il faut préciser qu'il existe un catalogue très large des Droits de l'Homme et que tous ne sont pas considérés comme étant normes d'ius cogens pour la communauté internationale. Si nous suivons Marks, nous ne pouvons pas affirmer que toutes les normes du droit international sur les conflits armés et les Droits de l'Homme aient le caractère d'ius cogens. Malgré cela, il reconnaît que « existe un consensus sur le fait que certains droits -le droit à la vie, le droit à ne pas être soumis à des actes de torture ou esclavage- sont tellement fondamentaux qu'il n'a pas de doute sur son indérogeabilité ».* »²³⁰

Cette démarche qui tend à généraliser les normes du *jus cogens* pose aussi un grave problème en ce concerne la souveraineté des Etats. Elise Hansbure précise à ce sujet : « *la position du juge brésilien soulève la question de la pertinence de la condamnation jusqu'aboutiste de la souveraineté de l'Etat, qui reste malgré tout « auteur » du système interaméricain des droits de l'homme et « destinataire » de ses jugements. L'activisme du juge Cançado Trindade se trouve aux antipodes de l'opinion du juge Dugard qui plaide en faveur d'une réconciliation des points de friction engendrés par le droit impératif. En effet, la question reste la même : l'ordre international décentralisé supporte-t-il un tel concept qui « implique des conséquences que le système ne tolère pas et ne pourrait tolérer sans perdre l'un de ses éléments constitutifs », à savoir la souveraineté des Etats ? Les attaques en règle contre cette dernière contribuent-elles au renforcement de l'ordre public international ? Rappelons que si plusieurs atrocités ont été commises au nom de la souveraineté étatique, il n'en demeure pas moins qu'elle survivra aux individus qui la pourfendent »*²³¹

²³⁰ QUISPE REMON Florabel, "Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo". *in* Anuario español de derecho internacional Vol. 28/2012/ 143-183.p. 143

²³¹ HASBURY Elise, « 3. Des conséquences de la finalité : révélation du contenu matériel des normes impératives de droit In : le juge interaméricain et le « jus cogens » » [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2011. Disponible sur internet : <<http://books.openedition.org/iheid/390>>. ISBN : 9782940415892. DOI : 10.4000/books.iheid.390.

Mais malgré ces critiques, la CIDH continue dans son développement quasi universaliste. En effet, la Cour va reconnaître la nature impérative de certains droits procéduraux des lors que la procédure judiciaire constitue l'outil indispensable pour exercer pleinement des droits subjectifs ayant la nature d'impératifs : « *l'accès à la justice constitue une norme impérative du droit international et comme telle contraint les Etats à adopter les mesures nécessaires pour ne pas laisser dans l'impunité ses violations. Cette obligation peut s'accomplir soit en exerçant sa juridiction pour appliquer le droit interne et le droit international pour juger les responsables, soit en coopérant avec d'autres Etats pour qu'ils arrivent à le faire* »²³²

Dans cet arrêt, la Cour met en avant l'importance voire l'obligatorité de coopération internationale en matière judiciaire, ce qui évoque à mot couvert le principe de la compétence universelle. Elise Hansbure affirme à ce propos : « *la Cour fait un raisonnement en trois étapes qui mérite réflexion : elle consacre d'abord le caractère impératif d'un droit substantiel de la Convention Américaine des Droits de l'Homme duquel découle la nature impérative du droit procédural essentiel pour garantir son respect dont le mécanisme de la compétence universelle est l'interdiction des lois d'amnistie apparaissent fondamentales pour sa mise en œuvre. Notons, d'une part, que la Cour ne va pas jusqu'à ériger la compétence universelle en norme impérative. On peut cependant penser qu'il n'y a qu'un pas à franchir avant qu'elle ne le fasse tant elle insiste en termes absolus sur la nécessité de lutter contre l'impunité* ».

En attendant de franchir le pas en matière de juridiction universelle, la CIDH a adopté la même position face aux Droits de l'Homme au travail. En effet : « *Les droits du travail sont intégrés au sein des plus importants traités internationaux de Droits de l'Homme. Ceci a donné naissance à une catégorie juridique dans le droit international : les Droits de l'Homme au travail. Ce sont des droits qui reconnaissent la personne comme titulaire universel, ils respectent la dignité humaine et satisfont les nécessités basiques dans le monde du travail. Cependant, l'amplitude de sa liste génère des critiques liées à la difficulté pour les Etats de les mettre en application et ainsi d'accomplir totalement leurs obligations internationales. C'est pour cela que certains juristes proposent de définir un « noyau dur » des droits du travail (core labour rights) qui reprendrait la*

²³² CIDH, "Affaire Goiburú y otros Vs. Paraguay". Arrêt sur le fond, réparations et dépens du 22 septembre 2006 paragraphe 131.

nature essentielle des Droits de l'Homme. Avec les quatre « droits fondamentaux du travail », l'OIT propose également un « noyau dur » institutionnel. Derrière cette formulation de « noyau dur », se pose la question des autres droits du travail qui n'en font pas partie[...] Dans l'état actuel de la jurisprudence internationale et de la pratique des Etats, sont considérées comme faisant partie du jus cogens du travail : la prohibition de l'esclavage et de la servitude ainsi que l'interdiction de la discrimination dans le monde du travail. »

La question de l'appartenance de la prohibition de l'esclavage et de la servitude au *jus cogens*, ne se pose pas car elle a été clairement validée par une jurisprudence riche et claire de la CIJ. En effet depuis l'affaire Barcelona Traction, la Cour reconnaît expressément cette interdiction comme une norme *jus cogens*.²³³ De plus, cette interdiction a été reprise au sein de plusieurs actes internationaux tels que la convention sur l'esclavage, le statut de Rome ou encore la Convention supplémentaire sur l'esclavage.

A l'inverse, la question de l'appartenance au *jus cogens* de l'interdiction de la discrimination fait débat. Aux termes de la décision relative à l'affaire Barcelona Traction, la Cour Internationale de Justice ne reconnaît pas l'interdiction de la discrimination au sens large mais uniquement de la discrimination raciale. Or, dans la région latino-américaine, le lien entre les Droits de l'Homme au travail et les normes *jus cogens* est établi grâce à la reconnaissance jurisprudentielle faite par la CIDH du caractère impératif du principe de non-discrimination.

La Cour Interaméricaine des droits de l'Homme n'a pas interprété cette limitation posée par la Cour Internationale de Justice comme une exclusion des autres types de discrimination. Ainsi, dans l'avis consultatif OC-18/03 elle précise : « *ne seront pas admis les actes discriminatoires qui portent préjudice aux personnes, que cela soit pour des motifs de genre, race, couleur, langue, religion ou conviction, appartenance politique ou tout autre type d'appartenance, origine nationale, ethnique ou sociale, nationalité, âge, situation économique, patrimoine, état civil, naissance ou tout autre condition* »

²³³CIJ, « Affaire de la Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain) » Arrêt du 5 février 1970 . Motivations 33 et 34.

Aux termes de cet avis consultatif, rendu pour répondre au Mexique à la question de la condition juridique et des droits des migrants illégaux, la Cour va affirmer : « *ce tribunal considère que le principe de l'égalité devant la loi, l'égalité de protection devant la loi et la non-discrimination, appartient au jus cogens, car ces principes sont le soubassement de l'ordre juridique national et international et il s'agit d'un principe fondamental qui s'étend à tout l'ordre juridique. De nos jours est inadmissible tout acte juridique qui soit contraire avec ce principe fondamental ; nous n'admettons pas les actes discriminatoires à l'égard de qui que ce soit [...] ce principe (égalité et non-discrimination) forme partie du droit international général. Dans l'état actuel du droit international, le principe fondamental d'égalité fait partie du jus cogens. [...] les droits du travail naissent au même moment que l'on acquiert la qualité de travailleur, entendue dans le sens le plus large. Toute personne qui a réalisé, qui réalise ou qui va réaliser une activité rémunérée, acquiert immédiatement la qualité de travailleur et en conséquence elle acquiert les droits propres à cette qualité [...] une personne qui rentre dans un état et établit des relations de travail bénéficie des droits de l'homme en lien avec son travail sans tenir compte de sa situation migratoire, car le respect de ses droits doit être assuré sans aucun type de discrimination* »

Ces motivations constituent le soubassement juridique d'une partie de la doctrine qui va affirmer que le caractère impératif reconnu par la CIDH au principe d'égalité et de non-discrimination permet d'affirmer que : « *le jus cogens du travail est composé par les droits suivants : 1) la liberté syndicale, 2) l'abolition du travail forcé ou obligatoire, 3) l'élimination de la discrimination au sein du travail, 4) l'abolition effective du travail des enfants et 5) Le droit à un travail digne* »²³⁴

II L'élargissement du *jus cogens* au profit d'une protection effective de la personne humaine

L'approche du *jus cogens* effectuée par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme n'est pas en soi une innovation, car depuis le début même de la conceptualisation du *jus cogens*, les Droits de l'Homme ont été cités à maintes reprises comme un des domaines susceptibles d'appartenir au

²³⁴ ISLAN COLIN Alfredo, "Normas imperativas del derecho laboral de los derechos humanos". In: Perfiles de las ciencias sociales, año 3, Num. 5, Julio-Diciembre 2015, Mexico UJAT.p.19

champ des normes impératives. « Le professeur René-Jean Dupuy, en sa qualité de représentant du Saint-Siège à la Conférence diplomatique des Nations Unies sur le droit des traités, proposait lors de cette même conférence le « principe de la primauté des droits de l'homme » comme dénominateur commun au *jus cogens*. La Commission du droit international avait identifié, à titre d'exemple, les Droits de l'Homme comme une catégorie susceptible de tomber sous son couvert. Quelques années plus tard, le professeur Roberto Ago reconnaissait que « les règles fondamentales de caractère humanitaire (interdiction du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, protection des droits essentiels de la personne humaine en temps de paix et en temps de guerre) » appartiennent au noyau dur du *jus cogens*. Il semble exister presque instinctivement une relation d'équivalence entre Droits de l'Homme et droit impératif. Le droit international des Droits de l'Homme se situe à la croisée des chemins ; il est l'incarnation même de ce droit objectif, en ce qu'il confère des droits à la personne humaine et impose des obligations corrélatives aux Etats, dont la mise en œuvre est indépendante de toute condition de réciprocité »²³⁵

La Cour n'a donc pas inventé le lien indissoluble entre le *jus cogens* et les Droits de l'Homme. En revanche, elle s'est aperçue que malgré les plusieurs constatations de ce lien, il n'existait pas de jurisprudence sur ce sujet.

Elle a dès lors développé, ainsi que nous l'avons constaté dans le chapitre précédent, une audacieuse jurisprudence sur le contenu du *jus cogens*. Mais elle ne s'est pas arrêtée à une reconnaissance théorique limitée aux normes propres du système interaméricain des Droits de l'Homme. Pour atteindre son objectif, c'est-à-dire, la protection effective des Droits de l'Homme, elle a su justifier une filiation juridique entre les normes de son système et les normes consacrées dans d'autres documents universels. Dans l'affaire *Cepeda c. la Colombie*, la Cour justifie cela ainsi : « Dans les affaires concernant de graves violations des Droits de l'Homme, la Cour, dans l'analyse sur le fond, a tenu compte du fait que ces violations peuvent aussi être caractérisées ou qualifiées de crimes contre l'humanité lorsqu'elles ont été commises dans des contextes d'attaques massives et systématiques ou généralisées à l'encontre d'un secteur de la population, afin de

²³⁵ HANSBURY Elise, « 1. Le *jus cogens* : sa nature et l'identification de ses normes IN : le juge interaméricain et le « *jus cogens* » » [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2011. Disponible sur internet : <<http://books.openedition.org/iheid/388>>. ISBN : 9782940415892. DOI : 10.4000/books.iheid.388.

rendre claire et explicite la portée de la responsabilité de l'État en vertu de la Convention dans l'affaire en question de même que ses conséquences juridiques. En faisant cela, la Cour n'impute en aucune manière un délit à une quelconque personne physique. À cet égard, le besoin de protéger intégralement l'être humain dans les termes de la Convention a amené la Cour à interpréter ses dispositions par la voie de la convergence avec d'autres normes du droit international, en particulier en ce qui concerne l'interdiction des crimes contre l'humanité, qui présente un caractère de jus cogens, sans que cela puisse impliquer qu'elle outre passe ses attributions, car a-t-elle réitéré, elle respecte ainsi les attributions des juridictions pénales en matière d'enquête, de mise en accusation et de sanction des personnes physiques responsables d'actes illicites. Ce que fait la Cour, conformément au droit conventionnel et au droit coutumier, c'est utiliser la terminologie qu'emploient d'autres branches du droit international afin d'évaluer les conséquences juridiques des violations alléguées vis-à-vis des obligations de l'État »²³⁶

Cette approche jusqu'au-boutiste de la Cour va l'amener à effacer les frontières entre différentes branches du droit international telles que le droit international humanitaire et le droit pénal international. Elle va tout particulièrement statuer sur les crimes contre l'humanité selon le *jus cogens*, ce qui va avoir une répercussion directe sur l'approche des juges nationaux des États sud-américains sur leur propre concept de *jus cogens* et sur leur obligation d'enquête et de sanctions envers les responsables desdits crimes.

A. Un rapport d'équivalence entre les crimes contre l'humanité et le jus cogens selon la jurisprudence de la CIDH

Le rapport d'équivalence entre les crimes contre l'humanité, notion qui appartient au droit pénal international et qui est définie par l'article 7 du Statut de Rome, ainsi : « *Aux fins du présent statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et*

²³⁶ CIDH, "Affaire Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia". Arrêt des exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens du 26 mai 2010.

en connaissance de cette attaque : a) meurtre, b) extermination, c) réduction en esclavage, d) Déportation ou transfert forcé de population, e) emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international, f) torture, g) viol esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, h) persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour, i) disparitions forcées de personnes, j) crime d'apartheid, k) autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale » et le jus cogens va être construit tout au long de la jurisprudence de la CIDH.

Avant d'analyser le contenu et les motivations de la jurisprudence de la CIDH, il importe de préciser son contexte. En effet les conditions de *facto* soumises à la Cour constituent, en grande majorité, des faits commis lors des dictatures ou de graves conflits internes qui ne se caractérisent pas comme étant des actes isolés ou individuels mais au contraire comme d'une : « *attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile* »²³⁷. Ainsi, par exemple en ce qui concerne le Pérou, la CIDH a pu, à maintes reprises, constater des violations telles que des exécutions extrajudiciaires et des disparitions forcées issues du conflit entre les groupes guérilleros Sendero Luminoso ou Tupac Amaru et les forces de l'ordre péruviennes.

La barbarie de massacres contre la population civile a pu aussi être constatée par la CIDH dans des affaires telles que Las Dos Erres où 216 civils ont trouvé la mort dans des conditions inhumaines et dans le cadre « *d'une politique d'Etat et de graves violations systématiques aux droits de l'homme* »²³⁸ ou encore dans le massacre de Mapiripan en Colombie où la CIDH a pu établir l'assassinat de 49 personnes par des groupes paramilitaires. Un des derniers arrêts qui portent sur

²³⁷ Article 7 Statu de Rome

²³⁸ CIDH, « Affaire Massacre des deux erres Vs. Guatemala », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 211, 24 novembre 2009.

le contexte de violations systématiques des Droits de l'Homme est l'affaire Rio Negro vs. Guatemala où il a été déterminé que 93% des violations des Droits de l'Homme constatés provenaient de la responsabilité de l'Etat.

Bien que la CIDH ne soit pas une juridiction pénale, les juges ont considérés dans de nombreux cas qu'il était pertinent de qualifier certains faits comme constitutifs de crimes contre l'humanité, pour ainsi déterminer la portée de la responsabilité internationale ou encore pour préciser la portée de l'obligation d'enquête et de sanction de ces faits par l'ordre juridique interne des Etats.

Au travers de sa jurisprudence, nous pouvons identifier quatre éléments permettant à la CIDH de caractériser les crimes contre l'humanité : le premier, que la victime des actes soit la population civile. Dans l'affaire le massacre El Mozote la Cour précise à ce sujet : « ... *la vérité est que l'opération fut délibérément menée contre la population civile, car, bien que la zone de l'opération constituait une zone de conflit avec présence de militaires et du FMLN (Front Farabundo Marti pour la Libération Nationale), il a été clairement prouvé qu'au moment des faits la guérilla n'était pas présente et qu'il n'y avait pas de personnes armées. Cela est de plus évident s'il l'on tient compte que la majorité des victimes exécutées étaient des enfants, des femmes – certaines enceintes- et des personnes âgées* ». Dans l'affaire Contreras, la Cour précise également : « *L'année 1980 est le début de plusieurs attaques contre la population civile ainsi que d'exécutions collectives qui vulnérabilisent particulièrement la population rurale* ».

Le deuxième élément est le caractère généralisé ou systématique de l'attaque. Dans l'affaire La Cantuta, la Cour affirme : « *la particulière gravité des faits peut se constater au travers de l'existence de toute une structure du pouvoir organisé et dans l'existence de procédures codifiées grâce auxquelles se sont réalisées des exécutions extrajudiciaires et disparitions forcées. Il ne s'agissait pas de faits isolés ou sporadiques mais d'une ligne de conduite au travers d'une méthode d'élimination des membres ou des personnes suspectes d'appartenir à des organisations subversives, effectuée de façon systématique et généralisée par des agents étatiques* ».

Le troisième élément est l'élément politique de la violation. Antonio Cançado précisait sur cet élément, que les actes sont : « *commis par des individus mais en obéissant aux politiques étatiques, avec un sentiment d'impuissance, tolérance, acquiescence ou indifférence du corps social qui ne fait rien pour empêcher la politique de l'Etat* ». La Cour a affirmé dans l'arrêt Almonacid : « à

partir du 11 septembre 1973 et jusqu'au 10 mars 1990 il y a eu une dictature militaire au Chili qui dans le cadre d'une politique d'Etat de semer la peur, a attaqué de façon systématique et massive plusieurs secteurs de la population civile considérés comme l'opposition du régime ».

Le dernier élément pour configurer un crime contre l'humanité est, selon la CIDH, le facteur subjectif, c'est-à-dire que l'auteur agit en connaissance de cause: *« les graves faits furent commis dans un contexte systématique de répression. Certains secteurs de la population civile qui étaient considérés par le gouvernement comme constituant l'opposition furent soumis à ces pratiques avec la pleine connaissance voire les ordres des plus haut gradés ainsi qu'avec l'acquiescement du pouvoir exécutif »*²³⁹

Le rapport d'équivalence entre les crimes contre l'humanité et *le jus cogens* va être fait à partir de l'affaire Almonacid Arellano et autres c. le Chili. La Cour va analyser l'effet d'impunité de loi d'amnistie face aux crimes commis pendant la dictature militaire chilienne ainsi : *« la réalisation de crimes contre l'humanité y compris l'assassinat perpétré dans un contexte d'attaque généralisée ou systématique contre certains secteurs de la population civile, constitue une violation à une norme impérative du droit international. Cette interdiction de commettre des crimes contre l'humanité est une norme jus cogens et la pénalisation de ces crimes est obligatoire et imprescriptible en conformité avec le droit international général »*²⁴⁰

Il importe de souligner qu'au moment où la Cour détermine l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, elle détermine aussi l'incompatibilité de ceux-ci avec l'application des lois d'amnistie -très présentes dans la région- qui bénéficient aux auteurs desdits crimes, lesquelles n'ont aucune validité. Les Etats qui continuent à les appliquer ne respectent pas leur obligation d'adapter leur droit interne afin de garantir les droits établis dans la Convention interaméricaine. En effet, les Etats ne peuvent pas se soustraire au devoir d'enquête, d'identification et de sanction des responsables des crimes contre l'humanité.

²³⁹ CIDH, « Affaire La Cantuta Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 162, 29 novembre 2006.

²⁴⁰ CIDH, "Affaire Almonacid Arellano y otros VS Chile", Arrêt des exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens du 26 septembre 2006.

Postérieurement, dans l'affaire La Cantuta c. Pérou, la Cour réaffirme ce rapport d'équivalence en précisant: « *les crimes contre l'humanité sont intolérables à toute la communauté internationale car ils portent atteinte à l'ensemble de l'humanité. Les dommages occasionnés par ces crimes ne s'effacent pas ; ils restent présents pour la société nationale et pour la communauté internationale, qui exigent une enquête et des sanctions envers les responsables* »²⁴¹

En excluant la possibilité de faire usage de la prescription ou de l'amnistie, la ratification jurisprudentielle de la CIDH sur le caractère impératif des crimes contre l'humanité a eu pour conséquence de renforcer l'obligation des Etats à enquêter et à sanctionner les responsables. Elle a également modifié l'approche du juge national sur l'interprétation du *jus cogens* en Amérique Latine.

B. L'impact de la jurisprudence régionale dans l'interprétation du juge national du *jus cogens*

L'interprétation du *jus cogens* au sein de la jurisprudence nationale peut être classée en deux grands groupes selon qu'il s'agisse de crimes contre l'humanité ou non.

Dans la première catégorie, c'est-à-dire, dans celle qui concerne les crimes qui ne sont pas des crimes contre l'humanité, la jurisprudence n'est pas abondante, les juges constitutionnels ne faisant que très rarement référence au *jus cogens*.

Toutefois, deux arrêts de la Cour Constitutionnelle Colombienne y font référence. Le premier définit le *jus cogens* en reprenant l'article 53 de la Convention de Vienne ainsi : « *en vertu de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur les droits des traités, nous entendons comme norme jus cogens ou norme impérative du droit international général « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble comme une norme qui ne peut pas être dérogée par un accord quelconque et qui peut seulement être modifiée par une norme*

²⁴¹ CIDH, « Affaire La Cantuta Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 162, 29 novembre 2006.

du droit international général ultérieure qui présente le même caractère ». Au sein de ce même arrêt la Cour Constitutionnelle colombienne reconnaît comme appartenant à ce genre de normes le droit international humanitaire car : « *le droit international humanitaire est le fruit de pratiques coutumières qui font partie du droit coutumier des peuples civilisés... Cette Cour, en concordance avec la doctrine et la jurisprudence internationale, considère que les normes du droit international humanitaire font partie du jus cogens* »²⁴²

Dans le deuxième arrêt, la Cour constitutionnelle colombienne fait allusion au *jus cogens* en évoquant le principe d'égalité et de non-discrimination sans toutefois entrer dans des détails juridiques majeurs puisqu'elle se contente de citer l'avis consultatif OC-18 du 17 septembre 2003 de la CIDH pour justifier la reconnaissance du caractère impératif de ses principes²⁴³.

Le juge constitutionnel Argentin, à l'égal du juge colombien reconnaît le *jus cogens* en mentionnant plusieurs fois dans sa jurisprudence sa définition telle qu'établie aux termes de la Convention de Vienne de 1969. Ainsi, dans l'affaire Cabrera, Washington Julio Efrain v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, la Cour Suprême de justice argentine précise que dans l'ordre interne le *jus cogens* est compris comme la : « *norma imperativa del derecho internacional general, aceptada y reconocida por la Comunidad internacional de Estados* ».

La jurisprudence du juge constitutionnel péruvien permet de constater que la position du juge face au *jus cogens* dépend de la nature du litige. Il a ainsi été amené à statuer sur la demande d'inconstitutionnalité de l'article 4 de la loi 26320 au motif qu'il interdisait l'accès à des aménagements de peine aux condamnés dans le cadre de délits aggravés de trafic de stupéfiants et que cette discrimination violait le principe d'égalité juridique devant la loi et le principe de non-discrimination, principes considérés comme des normes *jus cogens* par l'avis consultatif 18 du 17 septembre 2003 de la CIDH. Le tribunal a jugé que : « *finalmente, en la medida en que el demandante*

²⁴² Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revision constitucional del « Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) » Hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho protocolo. Arrêt No. C-225/95 du 18 mai 1995.

²⁴³ Cour Constitutionnelle Colombienne. « Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial) y 42 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, Aprobado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992 » Arrêt No. C-821/12 du 18 octobre 2012.

affirme que le sens des normes internes change à partir du moment où le principe de non-discrimination devient une norme jus cogens, il importe de préciser que ce principe [principe de non-discrimination] est un des axes de l'ordre constitutionnel et que depuis la formation de l'Etat social et démocratique de droit, le respect de cette norme-principe est indispensable et ses effets sont visibles dans tout l'ordre juridique »²⁴⁴

Le juge péruvien écarte donc la question sur le caractère *jus cogens* du principe de non-discrimination en affirmant qu'il s'agit d'un des soubassements juridiques de l'ordre interne.

Si la jurisprudence constitutionnelle est parcimonieuse et peu audacieuse quand il s'agit de faire référence au *jus cogens* en général, elle est en revanche très abondante quand il s'agit de parler des crimes contre l'humanité, notamment au sein des Etats ayant connu des dictatures militaires.

En Argentine, c'est en raison du caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité que le juge a appliqué les principes de *jus cogens* plutôt que d'appliquer les principes du droit public national qui appliquent la non rétroactivité ou la prescription entre autres. Ainsi, dans l'affaire Arancibia le juge argentin qualifie le *jus cogens* comme étant un droit intemporel et rétroactif : « *le caractère impératif de ces normes permet une application rétroactive, en vertu du principe de l'actualité de l'ordre public international [...] Face à un conflit entre le principe de non rétroactivité qui bénéficie à l'auteur d'un délit contre le ius gentium et le principe de rétroactivité des textes conventionnels sur l'imprescriptibilité doit prévaloir ce dernier, qui protège les normes impératives du jus cogens [...]. Il faut préciser que pour cette Cour l'hypothèse de ce conflit est figurée, car les normes du jus cogens qui punissent les crimes contre l'humanité sont en vigueur depuis des temps immémoriaux »*

Dans l'affaire Gioldi, le juge Argentin va réaffirmer la reconnaissance des caractéristiques propres du *jus cogens* : « *le caractère jus cogens des crimes contre l'humanité implique son immunité face à l'attitude individuelle des Etats. En conséquence, les traités conclus qui portent atteinte au jus cogens ne seront pas valables et les crimes contre l'humanité seront imprescriptibles. La fonction*

²⁴⁴ Tribunal Constitutionnel du Pérou, "Affaire 00033-2007-PI/TC" Arrêt du 13 février 2009.

du jus cogens est de protéger les Etats des accords conclus contre les valeurs et les intérêts généraux de la communauté internationale des Etats dans son ensemble »²⁴⁵

Mais c'est l'affaire Simon qui va être décisive sur ce sujet. Joan Sanchez indique à ce propos : « *Le juge fédéral argentin Gabriel Cavallo dans l'affaire Simon, Julio, del Cerro, Juan Antonio s/ soustraction des mineurs de 10 ans, fonde sa décision de déclaration de nullité des lois d'impunité dans les normes du droit international. Bien que ces lois n'étaient plus en vigueur depuis 1998, elles avaient empêché le jugement et la sanction de responsables de crimes contre l'humanité commis pendant la dictature de Videla en Argentine. L'importance de cet arrêt réside d'une part dans la reconnaissance interne de l'existence coutumière de crimes contre l'humanité à l'époque des faits alors que cette reconnaissance n'était pas consacrée dans l'ordre juridique argentin et d'autre part dans la reconnaissance de son appartenance aux normes impératives du droit international général ou jus cogens qui n'admet pas l'application de formes de justice transitionnelle violatrices des droits des victimes et/ou de ses familles pour accéder à la justice »²⁴⁶.*

Au Chili, la doctrine est unanime pour affirmer que la jurisprudence constitutionnelle reconnaît le caractère *jus cogens* aux crimes contre l'humanité. Regina Diaz affirme en ce sens : « *la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur l'incorporation automatique et l'application obligatoire des principes jus cogens qui sont repris par la CICGLH, l'ETPI et la CIDFP, car le premier traité n'a pas été ratifié par le Chili, le deuxième fut récemment ratifié (2009) et le dernier en 2010. En conséquence, au moment des faits les traités n'étaient pas en vigueur au Chili. De l'analyse de ses arrêts, nous pouvons conclure que les juges justifient l'incorporation et l'application -du jus cogens- dans le respect du droit international général ou coutumier et aussi dans l'inclusion automatique au sein de la Constitution matérielle de la République du Chili des*

²⁴⁵ Cour Suprême de justice, " Affaire Giroidi" arrêt du 07 avril 1995.

²⁴⁶ SANCHEZ Joan, " Corte interamericana, crímenes contra la humanidad y construcción de la paz en Suramérica" .Institut Catala Internacional per la Pau. Barcelona, mai 2010. P.50

normes du jus cogens qui ont pour vocation l le renforcement de la protection des droits de l'homme »²⁴⁷

Gonzalo Aguilar confirme ces propos en précisant : « *la Cour s'est clairement manifestée en faveur du principe de l'imprescriptibilité de l'action pénale ainsi que de l'action civile quand elles sont la conséquence de faits constitutifs de crimes contre l'humanité, cela en application des normes jus cogens, car il s'agit de faits illicites inacceptables pour la conscience juridique universelle* »²⁴⁸

Le caractère imprescriptible des crimes contre l'humanité est source de débat en Amérique du Sud. Au Pérou, le ²⁴⁹doyen du Collège des Avocats de Callao a présenté une demande d'inconstitutionnalité contre la résolution législative 27998 approuvant l'adhésion du Pérou à la convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, car le requérant considérait que la résolution avait été adoptée en dépit des articles 57 et 206 de la Constitution nationale qui prévoient une procédure d'amendement constitutionnel pour les traités qui sont contraires aux dispositions constitutionnelles avant qu'ils puissent être ratifiés par le Président de la République. Selon le doyen, la convention internationale était contraire à l'article 139 de la Constitution péruvienne qui prévoit la prescription pour toute classe de délits. Le tribunal constitutionnel a répondu que : « *l'objet de ladite Convention est de donner aux Etats les mécanismes nécessaires pour pouvoir enquêter et sanctionner les responsables présumés de graves violations aux droits de l'homme et au droit international humanitaire qui constituent des crimes de droit international répondant à l'obligation de prévention et de sanction du jus cogens* ». Si dans cette décision le juge fait référence aux normes *jus cogens*, il ne les définit pas pour autant.

Cependant, le juge constitutionnel péruvien va développer sa position face au *jus cogens* dans le cadre du recours d'inconstitutionnalité présenté le 9 septembre 2010 par des députés à l'encontre des articles 1 et 2 du Décret législatif 1097. Ces députés considéraient que ces articles portaient

²⁴⁷ DIAZ TOLOSA Regina Ingrid, "Reconocimiento del ius cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno". Tesis de grado. Pontificia universidad católica de Chile. Santiago de Chile, Marzo 2013.p 159

²⁴⁸ AGUILAR CAVALLO Gonzalo, "La corte suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador". Estudios constitucionales, Año 7, N°1, 2009 p. 130

²⁴⁹ Tribunal constitutionnel du Pérou, « Dossier 00010-2009-PI/TC » Arrêt du 23 mars 2010,

atteinte au droit à l'égalité reconnu à l'article 2 de l'article 103 de la Constitution et à l'article 2 de la convention américaine des droits de l'homme en ce qu'ils n'étaient applicables qu'aux militaires et policiers accusés de violations de droits de l'homme. Selon le Tribunal constitutionnel : « *la nécessité d'établir la vérité, la procédure et la sanction ultérieure des responsables constituent une norme jus cogens, c'est-à-dire une norme impérative du Droit international* ». Le tribunal précisait également que tout accord contraire aux normes du *jus cogens* est nul en s'appuyant intégralement sur l'article 53 de la convention de Vienne: « *il faut préciser que la règle d'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité n'est pas en vigueur dans l'ordre juridique péruvien en raison de l'entrée en vigueur de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (9 novembre 2003) mais elle est en vigueur comme conséquence de l'application d'une norme impérative du droit international général[...] Ignorer cette obligation revient à ignorer le contenu constitutionnel en lien avec le droit fondamental à la vie comme une manifestation implicite du principe-droit à la dignité humaine, le droit fondamental à la tutelle juridictionnelle effective et du devoir de l'Etat de garantir les droits de l'homme* ».

CONCLUSION DEUXIEME PARTIE

Les Etats sud-américains ne sont pas à l'aise avec le droit international non conventionné, cela s'explique tout d'abord par leur tradition d'un droit écrit, en effet, contrairement au droit international non conventionné, les dix états objet de la présente étude n'ont pas connu de régime juridique non écrit.

Mais cette réticence est aussi justifiée de façon unanime par la doctrine sud-Américaine du fait que les règles qui composent le droit international non conventionné furent créées avant la reconnaissance de la personnalité juridique des Etats sud-américains et pour cela les Etats de l'Amérique du Sud que ce soit au travers de la Constitution ou de la jurisprudence vont reconnaître avec beaucoup de parcimonie et au cas par cas quelles sont les éléments du droit international non conventionné qui font partie de l'ordre juridique interne.

Si nous avons trouvé une reconnaissance presque généralisée de la Coutume internationale, les principes du droit international sont rarement reconnus et le Jus cogens a été presque limité aux droits de l'homme.

En effet, nous pouvons constater que chaque Etat Sud-Américain prend parmi la globalité du droit international non conventionné les éléments qui l'intéressent pour lui octroyer une reconnaissance constitutionnelle ou jurisprudentielle ou avant de la reconnaître il va lui apporter une interprétation ou une limitation toute particulière qui va servir à conditionner sa reconnaissance dans l'ordre juridique interne.

TROISIEME PARTIE

LES METHODES DE FORMATION DU DROIT CONVENTIONNEL SELON LES CONSTITUTIONS SUD-AMERICAINES

La vocation normative des Etats ne se limite pas à une production de normes au sein de leur ordre juridique interne. Les Etats vont également participer à la création normative dans l'ordre juridique international au travers de la conclusion de traités. Ernesto Rey Cantor nous précise à ce sujet : *« L'activité normative des Etats se manifeste en général au travers de deux dimensions différentes. La dimension interne au travers de laquelle l'état exerce par différents moyens sa puissance normative afin de déterminer un ordre juridique propre sur la base d'un ensemble de principes et de normes ordonnés dans un système harmonieux et hiérarchisé. A côté de celle-ci, nous trouvons la dimension extérieure, dans laquelle l'état, à la demande de la société internationale dont il fait partie, participe à la création de normes internationales qui vont encadrer les relations interétatiques et aussi celle des organisations internationales, grâce au consensus ad idem avec les autres états »*²⁵⁰.

La formation des traités se déroule en différentes étapes qui vont s'effectuer dans les deux scénarios : national et international. Le droit constitutionnel et le droit international ne sauraient

²⁵⁰ REY CANTOR Ernesto, "La celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos (Colombia y Venezuela)". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 2007. Pag. 19.

dès lors être étrangers l'un à l'autre. L'ensemble des méthodes de formation des traités forment ce que nous appelons « *droit conventionnel* » ou encore « *droit des traités* » défini par Antonio Remiro Brotons, ainsi : « *l'ensemble des normes, internationales et internes, qui encadrent la vie des traités à partir de leur formation et cela jusqu'à leur achèvement, en incluant tous les effets ainsi que les modifications* »²⁵¹.

Dans la sphère internationale, les normes qui encadrent les traités ont été essentiellement codifiées dans la convention de Vienne de 1969²⁵² qui définit le traité, dans son deuxième article, ainsi : « *l'expression traité s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un document unique ou dans deux ou plusieurs documents connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* ».

Nous pouvons déduire de cette définition la nature peu formaliste du droit international qui renvoie à chaque état l'encadrement de l'expression du consentement à être lié par le traité. En effet, la convention s'intéresse plus au fond qu'à la forme. De ce fait, les Etats restent libres de fixer les conditions dans lesquelles ils vont donner leur accord²⁵³. Cependant, il ne faut pas oublier la nature des normes codifiées par la Convention car il s'agit de normes internationales d'origine coutumière qui ont été appliquées par la majorité des Etats avant l'entrée en vigueur de la Convention. De ce fait, elles sont même censées être respectées par des Etats qui sont en dehors du traité des traités.

La situation juridique de la Convention de Vienne n'est guère homogène au sein des Etats sud-américains. La Colombie, l'Argentine, le Paraguay, l'Uruguay, le Pérou, l'Equateur, le Chili et le Brésil ont signé et ratifié la Convention. Elle est donc en vigueur dans l'ordre juridique interne de ces Etats.

²⁵¹ BROTONS Antonio Remiro et RIQUELME CORTADO Rosa, "Derecho internacional", Madrid, editorial McGraw-Hill, 1997. Pag 198.

²⁵² Convention de Vienne sur le droit des traités. 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980

²⁵³ Article 46 Convention de Vienne : « le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. »

Pour la Bolivie et le Venezuela la situation est bien différente. La Bolivie n'a pas ratifié la Convention de Vienne de 1969 mais elle en a toutefois tenu compte lors de la rédaction de la Loi n°. 401 sur la conclusion des traités.

L'article 45 dudit traité international qui préconise: « *un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application en vertu des articles 46 à 50 ou des articles 60 et 62 si, après avoir eu connaissance des faits, cet Etat : a) a explicitement accepté de considérer que, selon le cas, le traité est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou b) doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application* » est à l'origine du refus catégorique de l'Etat Vénézuélien de signer la Convention car elle a interprété cette norme comme étant violatrice de sa souveraineté.

Cependant, malgré ce refus, le Venezuela a toujours appliqué indirectement et de façon réitéré le contenu de la Convention, ce qui a eu comme conséquence l'incorporation implicite des normes de la Convention dans son ordre interne mais sous une forme coutumière et non conventionnelle.

A ce sujet, la Cour Interaméricaine des droits de l'homme a eu l'occasion de préciser : « *malgré l'affirmation du Venezuela de ne pas faire partie de la Convention de Vienne, l'obligation internationale du Pacta sunt servanda, est une norme du droit coutumier à caractère obligatoire* »²⁵⁴.

Quelle que soit la situation juridique des Etats au regard de la Convention, son contenu fait partie de leur ordre juridique interne. Le traité qui en découle est le résultat d'un processus juridique où cohabitent deux droits- interne et international-, « *dans le processus de formation des traités internationaux, il existe deux schémas qui doivent être différenciés avec clarté : celui des relations ad extra, des Etats entre eux et soumis au droit international et celui des relations ad intra, qui affectent particulièrement la distribution des pouvoirs, organes et compétences qui, au sein de*

²⁵⁴ CIDH, « affaire Liliana Ortega et autres ; Luisiana Rios et autres, Luis Uzcátegui ; Marta Colomina et Liliana Velasquez Vs. Venezuela », Arrêt du 4 mai 2004, mesures provisoires.

chaque état, sont tenus d'être constitutionnels et légaux et qui appartient exclusivement à l'Etat en tant qu'expression de sa souveraineté »²⁵⁵.

Nous allons nous consacrer à l'étude des schémas de formation des traités *ad intra* au sein des Etats de l'Amérique du Sud. Bien que ces Etats aient gardé une structure classique dans la formation des traités en attribuant à chacune des branches du pouvoir public une fonction particulière, nous remarquerons que dans chacune des étapes de formation existent des éléments propres à leur système.

Pierre-Marie Dupuy, définit le traité comme « *l'expression de volontés concordantes, émanant de sujets de droit dotés de la capacité requise, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international* »²⁵⁶

De cette définition, nous pouvons déduire les étapes de formation des traités : - la négociation, l'adoption et l'expression du consentement à être liés-. Ainsi, « *l'expression de volontés concordantes* » est le résultat de la première et la dernière étape de formation des traités ; c'est-à-dire, la négociation et l'expression du consentement à être liés. Les Etats sudaméricains, compte tenu de leur système présidentiel, ont naturellement instauré comme principe général la compétence du Président de la République pour ces étapes décisives. Mais cette règle générale au sein des certains Etats va être conditionnée à différents facteurs, qui vont encadrer voire limiter l'intervention de l'exécutif dans ces phases qui traditionnellement lui étaient réservées.

Dans un souci démocratique, l'ensemble des Etats sud-américains prévoit une intervention du pouvoir législatif sur l'approbation ou l'adoption d'un traité et cela avant la ratification ou l'expression du consentement à être liés -engagement définitif de l'état- par le pouvoir exécutif.

²⁵⁵SANCHEZ RODRIGUEZ Ignacio, " el proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)" international law association (sección quinta) Madrid, 1984, P. 23: « existen dos planos que deben diferenciarse con nitidez en el proceso de formación de los tratados internacionales : el de las relaciones *ad extra*, de los estados entre si y regidos por el Derecho internacional y el de las relaciones *ad intra*, que afectan a la particular distribución de poderes, órganos y competencias que en el seno de cada estado se prevén constitucionalmente y legalmente y que solo a el competen como manifestación primaria de su soberanía"

²⁵⁶ DUPUY pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public ». Edition Dalloz, 13^{ème} édition. Paris 2016. P. 295.

Cependant, cette participation du Parlement dans la formation des traités n'est pas homogène et elle a tendance à s'effacer face à l'intervention grandissante d'une démocratie directe.

Entre l'intervention de l'exécutif et celle du législatif, le pouvoir judiciaire peut être amené à se manifester sur la constitutionnalité des normes qui font partie du traité en formation. Cette intervention n'est toutefois pas automatique ni indispensable à la formation du traité ; elle est conditionnée aux normes constitutionnelles qui prévoient ou non la nécessité d'une décision du juge constitutionnel pour l'entrée en vigueur du traité.

CHAPITRE I

Les prérogatives de l'exécutif dans la conclusion des traités

Le pouvoir exécutif est traditionnellement la branche du pouvoir public chargée des affaires étrangères et cela depuis la Monarchie où le souverain était le représentant de plein droit de l'Etat et au cours de laquelle est née l'institution des « pleins pouvoirs ». En effet, le souverain ne pouvait pas négocier et conclure tous les accords internationaux directement ; il a donc fallu désigner un représentant. « *En la forme et d'une manière générale, le droit des traités va continuer à se construire autour de la vieille tradition monarchique, faisant du chef de l'Etat le représentant de l'Etat dans les relations extérieures, dont tous les autres et, notamment, les ministres et ambassadeurs ne sont que les délégués* »²⁵⁷.

Le principe des pleins pouvoirs est consacré par la Convention de Vienne de 1969 de manière classique dans l'alinéa a de l'article 7 : « *une personne est considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité [...] si elle produit des pleins pouvoirs appropriés* » mais également de manière plus large, dans l'alinéa b, en admettant qu'une personne est considérée comme représentant un Etat : « *s'il ressort de la pratique des Etats intéressés ou d'autres circonstances*

²⁵⁷ REUTER Paul, « Introduction au droit des traités ». Nouvelle édition [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 1985. Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/iheid/1748>>. ISBN : 9782940549535. DOI : 10.4000/books.iheid.1748

qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'Etat à ces fins et de ne pas requérir la présentation de pleins pouvoirs ».

De ce fait, la Convention permet à chaque Etat de définir dans son ordre interne les conditions nécessaires relative à la représentation de l'Etat.

En Amérique du Sud, les dix Etats objet de notre étude, sont unanimes pour fixer une règle générale d'attribution au Président de la République de la conclusion des traités. Cette faculté se traduit par une compétence à négocier les traités et aussi à les ratifier²⁵⁸.

Ainsi, la volonté de conclure un traité doit être exprimée par le Président de la République, compte tenu de sa qualité de chef d'Etat et suprême autorité dans le cadre des relations internationales.

²⁵⁸ L'article 189 de la Constitution colombienne précise : « il appartient au Président de la République dans sa qualité de chef de l'Etat, chef du gouvernement et suprême autorité administrative : 2. Gérer les relations internationales. Accréditer les agents diplomatiques étrangers et conclure avec les autres Etats et les entités du droit international les traités et conventions qui seront soumises à l'approbation du congrès ».

L'article 99 de la Constitution argentine stipule : « les attribution du président de la nation sont les suivantes : 11. Il conclut et signe des traités, des concordats et toutes autres conventions nécessaires au maintien de bonnes relations avec les organisations internationales et les nations étrangères. »

L'article 84 de la Constitution du Brésil précise : « il appartient exclusivement au président de la République : VIII de conclure les traités, conventions et actes internationaux, qui sont soumis à la ratification du congrès national ».

La Constitution chilienne consacre dans l'article 32 : « ce sont des compétences du président de la république : ...réaliser les négociations, conclure, signer et ratifier les traités qu'il estime convenables pour l'intérêt du pays. Ils devront être soumis à l'approbation du congrès conformément à l'article 50 ».

La Constitution du Paraguay dans l'article 218 : « des devoirs et compétences du président de la république : 7...négocier et signer les traités internationaux ».

La Constitution de l'Equateur, dans l'article 147 : « ce sont des attributions et des devoir du président de la république : 10... souscrire et ratifier les traités internationaux » et dans l'article 418 : « font partie des compétences du Président de la République souscrire ou ratifier les traités et les instruments internationaux ».

La Constitution de la Bolivie dans l'article 172 : « ce sont des attributions de la Présidente ou du Président de la République : 5...souscrire les traités internationaux... ».

La Constitution du Venezuela quant à elle, précise dans l'article 236: « les attributions et les obligations su président ou de la présidente de la République sont : 4... conclure et ratifier les traités, les conventions ou les accords internationaux ».

Les dispositions constitutionnelles sud-américaines allouent au Président de la République pleine autonomie pour décider quand il doit négocier, à quel moment conclure un traité et sur les dispositions qui doivent en faire partie.

A ce propos, la Cour Constitutionnelle Colombienne a affirmé : « *C'est le Président de la République, dans sa qualité de chef d'état, qui a sous sa responsabilité la politique internationale et la gérance des affaires étrangères, selon l'article 189 alinéa 2 de la Constitution, qui est compétent pour conclure avec d'autres états et entités du droit international des traités ou accords... L'attribution constitutionnelle au Président de la République est exclusive...et pour cela le Président de la République doit jouir d'une pleine autonomie pour décider...aucune acquiescence, autorisation ou mandat préalable d'une autre branche du pouvoir public est nécessaire* »²⁵⁹. Egalement, la Cour Constitutionnelle de l'Equateur précise : « *...du contenu des précédents articles, nous pouvons conclure que la souscription ou ratification des traités internationaux est une compétence exclusive du Président ou de la Présidente de la République...* »²⁶⁰.

Cette prérogative générale de l'exécutif dans la conclusion des traités est concentrée en deux étapes précises de la formation du traité : la négociation et la ratification. Dans ces étapes, nous pouvons identifier différents degrés du pouvoir allant de prérogatives autonomes- accordées par la Constitution compte tenu de la nature des traités et permettant à l'exécutif de disposer d'une marge de manœuvre très large voire exclusive- à des prérogatives conditionnées -où le pouvoir exécutif doit remplir certaines conditions constitutionnelles pour exercer son pouvoir dans la formation des traités-.

I. Les ratifications autonomes du Pouvoir exécutif

Les traités sont la source principale du droit international. Traditionnellement, la conclusion de traités résultait d'un processus complexe de la formation de la volonté d'un état où l'objectif primordial consistait à réunir un consensus entre les pouvoirs internes et l'expression

²⁵⁹ Sentence C-344 de 1995 Cour Constitutionnelle Colombienne. MP : Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo

²⁶⁰ Cour Constitutionnelle Equateur, Circulaire No. 0176-CCE-SG-SUS-2016 du 18 janvier 2016 adressée au M. Ministre du Travail. P. 2.

internationale. Pour ce faire, l'intervention du pouvoir législatif aux côtés du pouvoir exécutif était incontournable. Ce consensus interne était le meilleur garant du respect des engagements internationaux.

Ces traités conclus avec la participation des deux pouvoirs -législatif et exécutif- sont généralement appelés traités solennels. Toutefois, à partir du XXème siècle, pour répondre à un besoin des Etats d'accélérer la procédure, sont nés les accords en forme simplifiée, qui peuvent être définis comme : « *tous les engagements internationaux conclus en dehors de la forme dite normale, c'est-à-dire celle qui requiert la délivrance des pleins pouvoirs suivie d'une ratification, que celle-ci ait été ou non précédée d'une approbation parlementaire* »²⁶¹.

Ce type d'accord a été créé aux Etats-Unis sous la dénomination « *executive agreement* » et peut être actuellement défini selon trois catégories : « *Les congressional executive agreement conclus par le Président seul à la suite d'une délégation de pouvoir du Congrès ou sous réserve d'approbation ultérieure [...]* *Les executive agreements conclus par le Président en application d'un traité international antérieur approuvé par le législatif [...]* *Les sole executive agreements conclus par le Président seul dans le domaine de ses pouvoirs constitutionnels propres[...]* »²⁶²

Il faut remarquer que l'élément essentiel de ces trois formes de traités, est la simplification des formalités internes afin de permettre la conclusion rapide de certains accords. Ainsi, le pouvoir exécutif peut décider de s'engager internationalement sans l'approbation du pouvoir législatif.

En Amérique du Sud, les trois types d'accords en forme simplifiée se retrouvent au sein des Constitutions. Cependant et dans la mesure où leur encadrement est défini par l'ordre juridique interne et non par l'ordre juridique international, ils revêtent des appellations différentes au sein de chaque Etat. Pour éviter la confusion que cette pluralité des dénominations peut engendrer, nous allons procéder à l'analyse du contenu constitutionnel des Etats en respectant le classement et la définition des accords établis par Hélène Tourard dans son ouvrage « *L'internationalisation des Constitutions nationales* ».

²⁶¹ CHAYET Claude, « Les accords en forme simplifiée ». In: *Annuaire français de droit international*, volume 3, 1957. P.5.

²⁶²TOURARD Hélène, "L'internationalisation des constitutions". LGDJ. Paris, 2000. P. 35

Ainsi, nous avons en premier lieu les *sole executive agreements* dont la caractéristique est d'être encadrés par la Constitution de chaque Etats et qui prévoient une liste énumérant les domaines qui font partie des prérogatives autonomes de l'exécutif ; en deuxième lieu nous avons les *congressional executive agreement* qui prévoient une prérogative provisoire pour la conclusion de certains types d'accords et en dernier lieu nous avons les *executive agreements* qui limitent les prérogatives de l'exécutif à des accords qui vont développer des traités dument ratifiés par le législatif.

A. Les *sole executive agreements*

Quelques Constitutions sud-américaines ont choisi d'établir expressément une liste énumérant les domaines qui peuvent ou qui ne peuvent pas faire partie des *sole executive agreements*. C'est le cas de la Constitution Péruvienne qui consacre dans l'article 56 une liste précise des domaines réservés à l'approbation du congrès, c'est-à-dire les traités sur : 1. Les droits de l'homme. 2. La souveraineté ou intégrité de l'état. 3. La défense nationale 4. Les obligations financières de l'état qui doivent toujours être approuvées par le congrès avant la ratification du Président de la République. Également doivent être approuvés par le congrès les traités qui créent, modifient ou suppriment des taxes, ceux qui exigent la modification ou dérogation d'une loi et ceux qui nécessitent des mesures législatives pour son exécution ».

Cet article est complété par l'article 57 qui consacre : « le Président de la République peut conclure ou ratifier traités ou adhérer à un traité sans l'approbation préalable du congrès dans les matières qui ne font pas partie de l'article précédent ».

De ce fait, la Constitution péruvienne permet au pouvoir exécutif de disposer des compétences exclusives dans l'ordre interne pour conclure des traités.

Le Tribunal Constitutionnel du Pérou a réitéré cette position à plusieurs reprises en affirmant : « *il découle de la Constitution péruvienne que les accords à forme simplifiée, sont des accords internationaux sur des matières propres au pouvoir exécutif, telles que les accords sur les taxes, commerciaux, d'investissement, de services ou de libre circulation des personnes, services et marchandises entre les pays...ainsi, au Pérou, les traités peuvent être de nature législative s'il y a*

intervention du congrès et de nature administrative quand l'engagement émane exclusivement du pouvoir exécutif»²⁶³.

L'article 161 de la Constitution de l'Equateur consacre, à l'égal de celle du Pérou, une liste limitative des traités qui sont soumis à l'approbation législative : « *le congrès national approuvera ou désapprouvera les traités suivants : 1. Ceux sur la matière territoriale ou les frontières, 2. ceux qui consacrent alliances politiques ou militaires, 3. Ceux qui engagent le pays en accords d'intégration, 4. Ceux qui octroient à un organisme international ou supranational l'exercice de compétences dérivées de la Constitution ou de la loi. 5. Ceux sur les droits et devoirs fondamentaux des personnes et sur les droits collectifs, 6. Ceux qui portent sur un engagement à effectuer, modifier ou une dérogation à une loi* ».

La Cour Constitutionnelle de l'Equateur a été saisie par un recours d'inconstitutionnalité contre « *l'accord entre le gouvernement de la République de l'Equateur et le gouvernement des Etats Unis d'Amérique, concernant l'accès et l'usage des installations de la Base militaire Equatorienne à Manta* ». En effet, les requérants affirmaient que compte tenu de sa nature, cet accord ne pouvait pas être conclu sous la forme d'un accord simplifié mais sous la forme d'un traité solennel.

La cour a débouté les requérants en affirmant : « *les traités qui doivent être approuvés par le congrès national, avec un examen préalable de constitutionnalité, sont exclusivement ceux qui portent sur un sujet énuméré à l'article 161 de la Constitution. Les requérants affirment que le sujet de l'accord contesté fait partie des ceux contenus dans l'article 161, car l'accord concerne une alliance politique et militaire en matière territoriale. Mais il n'existe au sein de l'accord contesté aucune abandon du territoire national en faveur d'un autre état... il ne contient pas non plus une alliance politique ou militaire, mais un accord de coopération entre deux états avec la finalité spécifique de combattre les stupéfiants...en conséquence, l'accord contesté n'a pas besoin d'approbation préalable du congrès* »²⁶⁴

²⁶³ Tribunal Constitucional de Peru, "Proceso de inconstitucionalidad, 40 congresistas de la Republica (demandante) contra el poder ejecutivo (demandado).EXP. No. 00002-2009-PI/TC" Sentencia del pleno jurisdiccional, 5 de febrero del 2010.

²⁶⁴ Cour Constitutionnelle de l'Equateur, "Arrêt No. 012-2001-TP" Registro oficial 6 de febrero del 2001 suplemento.

A la différence des deux Constitutions précédentes, la Constitution Vénézuélienne n'établit pas une liste des matières exclues des accords à forme simplifiée, mais une liste énumérant les matières qui peuvent en faire partie.

L'article 154 de la Constitution Vénézuélienne consacre : « *les traités conclus par la République doivent être approuvés par l'assemblée Nationale avant la ratification du Président ou Présidente de la République, à l'exception de ceux qui concernent des obligations préexistantes de la République, ceux qui appliquent les principes expressément reconnus par la République, ceux qui exécutent des actes ordinaires des relations internationales ou ceux qui permettent d'exercer les facultés que la loi octroie expressément à l'exécutif national* ». Cet article, en ce qu'il consacre l'exception à l'usage des traités solennels à : « *ceux qui appliquent les principes expressément reconnus par la République* », a permis au Président Vénézuélien Hugo Chavez Frias dans l'exercice de ses pouvoirs de conclure « *l'alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique – traité de commerce des peuples* »²⁶⁵ avec Fidel Castro, le 14 décembre 2004, en opposition à la proposition de « *Zone de libre-échange des Amériques* » formulée par les Etats-Unis.

En effet, selon le pouvoir exécutif vénézuélien, cet accord développe le principe de coopération internationale, prévu à l'article 152 de la Constitution. Sainz Borgo affirme à ce sujet : « *la coopération constitue un des principes fondamentaux de l'action extérieure de l'état vénézuélien à l'égal de l'intégration régionale et ces deux principes font partie de l'accord ALBA ... en conséquence cet accord n'a pas besoin d'approbation législative* »²⁶⁶.

L'opposition vénézuélienne a présenté un recours devant le Tribunal constitutionnel pour solliciter la nullité de l'accord pour deux raisons majeures : absence d'approbation législative et préjudice financier pour le Venezuela. Le tribunal a rejeté le recours en affirmant : « *cette salle considère qu'il n'y a pas les preuves nécessaires pour affirmer que l'accord de coopération entre les républiques de Cuba et du Venezuela a dû être soumis à l'approbation de l'assemblée*

²⁶⁵ ALBA-tCP

²⁶⁶ SAINZ BORG Juan Carlos, "El derecho internacional y la constitución de 1999". Caracas, Serie: trabajo de ascenso Nro. 6, Universidad central de Venezuela. 2006.

*nationale...et en ce qui concerne les éléments sur le désavantage du Venezuela, cette salle ne peut pas les évaluer car ils ne sont pas de son ressort ... »*²⁶⁷

Bien que la Constitution Bolivienne ne consacre pas d'article sur les accords à forme simplifiée, la loi 401 sur la conclusion des traités du 18 Septembre 2013, consacre dans son article 10 : « [les traités simplifiés] sont des traités qui portent sur les compétences exclusives de l'organe exécutif et qui, compte tenu de leur matière, n'ont pas besoin d'approbation législative, ils entrent en vigueur dès leur signature » et l'article 11 : « dans les traités simplifiés, la conclusion est faite seulement avec la négociation, l'adoption et l'authentification du texte. Ils ne sont pas soumis à ratification²⁶⁸. Leur entrée en vigueur est conditionnée aux clauses du propre traité ».

En dépit d'une liste exhaustive des matières qui peuvent faire l'objet d'un *sole executive agreement*, la loi prévoit dans son article 8 les matières réservées aux traités formels ou solennels : « le droit communautaire, les droits de l'Homme, les questions des frontières, l'intégration monétaire, l'intégration économique structurelle, le transfert des compétences à des organismes internationaux ou des organismes supranationaux dans le cadre des processus d'intégration, les accords à caractère économique commercial et les autres matières désignées par la Constitution et les normes en vigueur ».

²⁶⁷ Tribunal supremo de Justicia, "Exp No. 02-0416" Sala Constitucional. MP Jose M. Delgado ocano, Arrêt du 20 de febrero del 2002.

²⁶⁸ En Bolivie la procédure d'adoption ou approbation d'un traité par le pouvoir législatif est dénommé ratification et non approbation comme est le cas dans les autres Etats objet de la présente étude. a ce propos Paul Reuter précise dans son ouvrage introduction au droit des traités : « En effet, chaque droit national peut définir à son propre usage les termes qu'il emploie et le fait effectivement ; mais le droit international est également obligé de se servir de certains termes en définissant leur signification ; il s'ensuit que le même terme peut être pris dans un sens différent en droit international et dans un droit constitutionnel déterminé (art. 2, § 2 CV). Cette situation peut engendrer certaines confusions et l'idéal serait d'inventer, à l'usage du droit international, un vocabulaire propre. Mais cette voie qui a été suivie (par exemple en inventant sur le plan international des termes nouveaux et neutres comme « acceptation ») ne peut garantir la séparation des deux vocabulaires, car au bout d'un certain temps, les règles nationales peuvent recourir à ce même vocabulaire en le déformant. C'est ce qui se passe en fait et il est inévitable qu'il en soit ainsi, car il ne peut y avoir de cloison étanche entre le droit interne et le droit international, l'un et l'autre sont appelés à s'adapter mutuellement l'un à l'autre par une pratique qui enregistre les nécessités de la vie internationale en s'imposant simultanément à tous deux »

La doctrine bolivienne s'accorde à affirmer que les matières qui en sont exclues de cette liste peuvent faire l'objet d'un accord simplifié de type *sole executive agreement*.

La Constitution Colombienne ne prévoit pas d'article général sur les *Sole executive agreements*. Elle prévoit uniquement trois cas d'exception à la règle de l'approbation législative du traité.

Seul un cas sur ces trois cas exceptionnels peut être considéré comme un véritable *Sole executive agreements* : celui consacré à l'alinéa 6 de l'article 189 qui préconise : « *ce sont des compétences du Président de la République en qualité de chef de l'état, chef du gouvernement et suprême autorité administrative de : 6. Veiller à la sécurité extérieure de la république en défendant l'indépendance et l'honneur de la nation ainsi que l'inviolabilité du territoire, déclarer la guerre avec la permission du sénat ou le faire sans cette autorisation pour résister à une agression étrangère, et conclure et ratifier les traités de paix, de tout ceci un rapport immédiat sera fait au congrès* ». Cet article permet donc potentiellement au président Colombien de déclarer la guerre sans accord du sénat et exclut les traités de paix de l'approbation législative.

Les deux autres cas d'exception ne peuvent pas être considérés comme appartenant à ce type d'accords simplifiés car ils nécessitent, pour que le Président puisse conclure un traité, de le soumettre au préalable à l'approbation du sénat et/ou au Conseil d'état. Il s'agit des traités portant sur la circulation des forces militaires étrangères sur le territoire de la République et les traités portant sur la circulation des navires ou avions de guerre sur l'eau ou dans le territoire national²⁶⁹.

B. les congressional executive agreement

La seule Constitution Sud-Américaine à consacrer ce type d'accord en forme simplifiée est la Colombienne. L'article 224 constitutionnel précise : « *les traités pour être valides devront être approuvés par le congrès. Cependant, le président de la république pourra donner application provisoire aux traités de nature économique et commerciale conclus avec des organismes internationaux sous réserve qu'ils le prévoient. Le cas échéant, à l'instant où un traité entre en*

²⁶⁹ Article 189, alinéa 7 et 12

*vigueur provisoirement, il devra être envoyé au congrès pour son approbation. Si le congrès ne l'approuve pas, l'application du traité sera suspendue »*²⁷⁰.

L'application provisoire des traités est une pratique acceptée par le droit international. Ainsi, l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 consacre : « *Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur : a) si le traité lui-même en dispose ainsi; ou b) si les Etats ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière. 2. A moins que le traité n'en dispose autrement ou que les Etats ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un Etat prend fin si cet Etat notifie aux autres Etats entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.* »

Bien que la pratique soit reconnue et acceptée par le droit international, l'article 25 de la CV1969 ne prévoit pas les conditions dans lesquelles ce *congressional executive agreement* peut être mis en application. En effet, c'est la Constitution Colombienne dans son article 224 qui va établir, dans l'exercice de sa souveraineté, les formalités nécessaires pour la mise en application de ce type d'accord en forme simplifiée.

Nous pouvons déduire des termes de cet article une limitation d'application de ce type d'accord aux traités de nature économique et commerciale conclus dans le cadre d'une organisation internationale dont la Colombie fait partie.

La Cour Constitutionnelle colombienne a eu l'occasion d'analyser la portée de cet article lors du recours d'inconstitutionnalité contre le Décret 1513/2010 qui ordonnait l'application provisoire du Traité de libre commerce entre l'Union Européenne et le Pérou.

²⁷⁰ Ces modalités d'application provisoire d'un traité sans approbation législative est également consacré dans l'article 51 de loi sur les traités internationaux du Bolivie ainsi : **Artículo 51°.- (Aplicación provisional)**

- I. Excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo podrá cumplir o exigir el cumplimiento provisional de las obligaciones de un Tratado, aunque no fuera completada aún su ratificación, la aprobación, la aceptación o la adhesión en la esfera internacional, en materias relacionadas a sus competencias legales, mediante Decreto Supremo, sin perjuicio de concluir los procedimientos pendientes de ratificación, aprobación o aceptación del Tratado o de la adhesión a él.
- II. El Estado Plurinacional de Bolivia podrá concluir unilateralmente dicha aplicación provisional en cualquier momento, a menos que el propio Tratado no lo permita.

Dans ses motivations, la Cour a particulièrement statué sur la question de comment pouvoir déterminer si un accord commercial ou économique est conclu dans le cadre d'une organisation internationale, en ces termes : « *compte tenu du fait que l'article 224 consacre une exception à la règle générale sur l'entrée en vigueur des traités internationaux en la conditionnant à l'approbation du parlement et au contrôle constitutionnel... la condition indispensable prévue à l'article 224 sur le fait que l'accord international dont on demande l'application provisoire soit conclu dans le cadre d'une organisation internationale doit être interprétée dans le sens où le traité doit être un développement et une concrétisation directe et spécifique de l'objet de ladite organisation internationale. La raison de ceci est que l'instrument constitutif de l'organisation internationale dont la Colombie fait partie et qui doit déterminer l'objet a dû être soumis à l'approbation parlementaire et au contrôle constitutionnel et l'application anticipée d'un accord qui développe cet objet ne porterait pas atteinte à la procédure régulière pour l'entrée en vigueur des traités internationaux* »²⁷¹

Dans ce raisonnement, la Cour détermine que le TLC avec l'Union Européenne et le Pérou ne fait pas partie des objectifs de l'organisation mondiale du commerce, car cette organisation régule les relations du commerce multilatérales et non bilatérales. Elle précise également que le fondement de l'OMC est la non-discrimination et que les zones de libre commerce créées par les TLC sont des exceptions à ce principe de non-discrimination. Bien que ces accords soient acceptés par l'OMC, ils ne constituent pas pour autant des principes propres à l'organisation internationale.

Cette interprétation restrictive de la Cour Constitutionnelle colombienne, qui est particulièrement attachée à la procédure solennelle dans la formation des traités internationaux, va limiter l'application provisoire des accords.

²⁷¹ Cour Constitutionnelle Colombienne, « sentence C-280/14 ». Arrêt du 8 mai 2014

C. Les executive agreements

L'article 50 de la Constitution Chilienne prévoit : « *les compétences exclusives du congrès sont de : 1. Approuver ou non les traités internationaux présentés par le Président de la République avant leur ratification... Les mesures ou les accords conclus par le Président de la République pour l'exécution d'un traité en vigueur n'auront pas besoin d'une nouvelle approbation législative sauf s'il s'agit de matières législatives. Dans le même texte apporatif d'un traité, le congrès pourra autoriser le Président de la République à prendre les mesures qu'il estime nécessaires pour l'accomplissement du traité pendant que celui-ci est en vigueur...* ».

Le Tribunal Constitutionnel Chilien fut saisi par un groupe de députés d'un recours d'inconstitutionnalité portant sur l'accord de complémentarité économique avec la Bolivie et le dixième protocole additionnel et son annexe pour considérer que la conclusion dudit accord sans l'approbation du congrès constituait une violation à l'article 50 de la Constitution. Le Tribunal a débouté les députés en affirmant: « *le traité du Montevideo de 1980, est le cadre des accords à portée partielle et ce traité fut approuvé par l'organe compétent de l'époque, en date du 7 mai 1981 et promulgué a travers le décret suprême No. 568 de 1981 du Ministère des affaires étrangères, publié dans le journal officiel le 24 août 1981, date à partir de laquelle on l'entend comme incorporé en tant que loi dans l'ordre juridique national... en conformité avec l'article 32 No. 17 de la Constitution, en relation avec l'article 50, No 1, l'approbation du congrès est une exigence obligatoire pour les traités solennels que le Président de la République estime utiles aux intérêts du pays. Cependant non tout traité doit aller au congrès pour une approbation, car, le deuxième alinéa de l'article 50 prévoit deux exceptions à cette obligation... dans ces circonstances, nous pouvons conclure en affirmant que le décret visé a été conclu dans le cadre des prérogatives que la Constitution accorde au Président de la République... car ce décret se limite à exécuter ou accomplir ce qu'est disposé dans le traité cadre* ». ²⁷²

²⁷² Tribunal Constitucional de Chile, " Rol 282. Requerimiento formulado por diversos diputados para que el tribunal resuelva la constitucionalidad del decreto supremo No. 1412 de 21 de agosto de 1998, del ministerio de relaciones exteriores, publicado en el diario oficial de 6 de noviembre de ese año, por el cual se promulgo el décimo protocolo adicional y su anexo al acuerdo de complementación económica con Bolivia No.22 de acuerdo al artículo 82, No5 de la constitución política de la Republica. Incisos 20 y 24

En Colombie il y a un silence constitutionnel sur ce type d'accords en forme simplifiée, mais la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle l'a développé ainsi : « *cette corporation a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises sur la portée des accords simplifiés, dont l'existence est compatible avec les principes du droit international acceptés par la Colombie. Depuis les premières sentences, la Cour a reconnu que la forme traditionnelle pour exprimer le consentement et acquérir de nouvelles obligations internationales est au travers de la conclusion de traités solennels... l'évolution des relations internationales rend nécessaire l'existence de procédés avec lesquels se dynamise le perfectionnement des obligations internationales, en particulier en matière de coopération technique et économique. Cependant, la Cour a insisté sur le caractère limité du Président pour acquérir automatiquement ces engagements au niveau international par voie des accords simplifiés. Ainsi, la Cour a toujours affirmé que le Président de la République ne peut pas acquérir des obligations internationales qui aillent au-delà de celles préalablement engagées dans le cadre d'un traité solennel... les accords simplifiés seront valables seulement si la norme qui les habilite présente les conditions requises par la Constitution et s'il s'agit matériellement d'une convention d'exécution et non d'un nouveau traité international* »²⁷³

La Constitution Argentine ne prévoit pas d'article particulier sur les accords à forme simplifiée, mais cette absence ne doit pas être interprétée comme une inexistence. En effet, la doctrine Argentine affirme que le fondement constitutionnel de ces accords est établi à l'article 99 alinéa 11 qui consacre : « *la conclusion et la signature des traités, concordats et autres négociations nécessaires au maintien des bonnes relations avec les organisations internationales et les nations étrangères est une compétence du Président de la Nation* » et plus précisément la locution « *autres négociations* » qui est interprétée par la doctrine comme : « *le constituant, au moment de rédiger les dispositions, consacre non seulement les « traités qui requièrent l'approbation législative, mais aussi d'autres accords qui font partie du domaine exclusif du pouvoir exécutif, en sa qualité de responsable de la représentation de la république dans le cadre des relations avec les autres sujets du droit international. Le système constitutionnel consacre l'existence d'instruments du droit*

²⁷³ Cour Constitutionnelle colombienne, " Auto 288/10. Demanda de inconstitucionalidad contra el acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América". Arrêt du 17 de agosto del 2010.

international autres que les traités classiques, dont la formation est différente en accord avec la situation diplomatique de l'état »²⁷⁴.

La doctrine s'accorde donc à affirmer que les accords à forme simplifiée sont constitutionnellement possibles en Argentine. La Cour suprême de Justice confirme cette position tout en l'encadrant ainsi: « *l'obligation juridique internationale de ces accords de portée partielle (dans le cas sub judice « el acuerdo de recife, pour le développement du commerce, qualifié dans la sentence comme un traité où le consentement de l'Etat Argentin s'est manifesté de forme simplifiée) est évidente à la lumière du traité de Montevideo de 1980 qui établit que les instruments incluent des procédés de négociation pour une révision périodique à la demande d'un des états membres »²⁷⁵ et « si un traité a besoin d'une loi interne et n'est pas auto-exécutable, le président doit chercher l'approbation du congrès, mais si les obligations internationales sont susceptibles d'application immédiate, elles sont de la compétence du président pour son exécution (art 99 inc.2 et 75 inc 22 et 24 de la Constitution) »²⁷⁶*

La Constitution de l'Uruguay ne prévoit pas d'accords simplifiés et selon Jimenez de Aréchaga, il s'agit : « *d'une des plus restrictives en la matière, puisqu'elle exige l'approbation parlementaire de tout traité avec des Etats étrangers »²⁷⁷ mais cette limitation au rôle du pouvoir exécutif a évolué, principalement grâce au processus d'intégration régionale.*

En effet, la jurisprudence nationale a validé la légitimité des accords à forme simplifiée, sous certaines conditions. Le Tribunal administratif a déterminé : « *on ne discute pas du fait que les accords conclus dans le cadre de l'ALADI (les accords à portée partielle) sont incorporés ipso iure ou automatiquement au droit interne sans besoin d'aucun acte juridique (en particulier d'acte*

²⁷⁴ PEROTTI Alejandro Daniel, "Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur". TOMO II: Uruguay y Argentina. Programa estado de derecho para Suramerica, Universidad Austral facultad de derecho, Montevideo, 2004.P.687

²⁷⁵ CSJN, "Affaire Dotti, Miguel A. y otro s/ contrabando", arrêt du 7 mai 1998, incidente de apelacion auto de nulidad e incompetencia, fallos 321 :1226, paragrafo 8 de los considerandos.

²⁷⁶ CSJN, "Affaire Casime, Carlos Alberto c/Estado Nacional", Arrêt du 20 février 2001 (fallos 324:333; §13 del voto disidente del juez Boggiano).

²⁷⁷ JIMENEZ DE ARECHAGA Eduardo, "Curso de derecho internacional público" Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1959; P. 24

d'approbation législatif) puisque cela s'en déduit du propre traité -qui fut approuvé par le DL 15.071- et le décret No. 663/985, du 27.11.985, sur les accords de portée partielle »²⁷⁸.

De ce fait, les traités d'exécution font partie de la compétence du pouvoir exécutif sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'intervention du pouvoir législatif.

La Constitution du Brésil n'est pas très claire sur le sujet. En effet, l'article 49 alinéa I précise : « *il est de la compétence exclusive du congrès national : I. de trancher définitivement sur les traités, accords ou actes internationaux qui entraînent des charges ou des engagements grevant le patrimoine national* ». Si nous interprétons littéralement cet article, la compétence du pouvoir législatif en matière de traités serait extrêmement limitée et donc celle du pouvoir exécutif extrêmement large.

L'ambiguïté de cet article a donné lieu à plusieurs positions doctrinales, Alejandro Perotti l'évoque en ces termes : « *la Charte de 1988 consacre comme type de normes les traités, les accords, les actes internationaux (art 49, I) et les conventions (Art.84,VIII). On peut déduire que la faculté présidentielle englobe toutes les typologies, par contre, la participation parlementaire est conditionnée à ce que les traités aient une conséquence directe sur le budget national, c'est-à-dire, qu'ils « engagent » considérablement le « patrimoine national...la possibilité pour l'exécutif de conclure des accords simplifiés englobe, selon Reis, les matières que la Constitution octroie au pouvoir exécutif ainsi que celles qui lui ont été déléguées par le congrès national »²⁷⁹.*

Sur ce sujet, un ancien conseiller juridique du ministère des affaires étrangères donne un avis différent en affirmant que des accords internationaux peuvent être conclus sans l'approbation du congrès dans deux cas : « 1. *Quand ces accords ont pour objectif d'exécuter, d'interpréter ou de*

²⁷⁸ Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay. sentence No. 1.016/98, Arrêt du 9 février 1998.

²⁷⁹ PEROTTI Alejandro Daniel, "Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur". TOMO II: Uruguay y Argentina. Programa estado de derecho para Suramerica, Universidad Austral facultad de derecho, Montevideo, 2004.P.135

proroger des traités préexistant dûment approuvés par le pouvoir législatif. Et 2. Quand ces traités sont strictement inhérents à la routine diplomatique... »²⁸⁰.

Nous avons, donc, d'un côté une partie de la doctrine qui considère que l'exécutif est compétent au niveau international sur les sujets où il l'est exclusivement au niveau interne, et d'autre part une doctrine réticente qui conçoit d'une façon plus restrictive les compétences du pouvoir exécutif en matière de traités en les limitant à des traités simplement exécutifs.

La rare jurisprudence sur ce sujet est limitée aux conflits liés à des normes issues dans le contexte de l'intégration régionale et particulièrement l'ALADI.

Nous pouvons évoquer à ce titre la décision prise par le Suprême Tribunal de Justice dans une affaire qui opposait un accord commercial -simplifié- entre l'Argentine et le Brésil et une circulaire du ministère de l'économie. Dans les fondements de sa décision, le Tribunal a rappelé que le Brésil fait partie du Traité de Montevideo qui a créé l'ALADI, ayant obtenu l'approbation du congrès au travers du décret législatif 66/1981 et également qu'au sein de ce traité, des dispositions permettent aux Etats parties de conclure des accords simplifiés comme celui conclu entre l'Argentine et le Brésil : *« ces accords qui du point de vue du droit international public sont des accords simplifiés... n'ont pas besoin d'accomplir les formalités de conclusion d'un traité. Mais pour cette même raison ils ne peuvent pas porter sur des matières soumises constitutionnellement au principe de légalité, telles que l'inclusion de matières non prévues dans le traité-cadre...ainsi il faut se demander si cet accord viole ou pas le principe de légalité dans la mesure où il dispose en matière tributaire. La réponse négative s'impose en raison de l'article 153§1 de la Constitution qui octroie au pouvoir exécutif la compétence pour déterminer les taxes, même celles d'importation. Ainsi l'accord qui a intégré l'ordre juridique national grâce à un décret présidentiel, est en accord avec la Constitution »²⁸¹.*

²⁸⁰ CACHAPUZ DE MEDEIROS Antonio, "O poder de celebrar tratados : competência dos poderes constituídos para a celebração dos tratados à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro". Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor.p. 481

²⁸¹ STJ, " Affaire Resp. 104.944/SP », rel. Min ADHEMAR MACIEL, Arrêt du 14 avril 1998.

II. Les ratifications conditionnées du pouvoir exécutif

Le pouvoir de l'exécutif sud-américain dans la formation des traités n'est pas illimité et n'est pas exclusif. En effet, la compétence de l'exécutif peut être conditionnée selon la matière du traité mais aussi peut être limitée par une diffusion de ses compétences en matière de formation des traités.

La Convention de Vienne de 1969, prévoit une limitation sur le contenu des traités dans son article 53 : « *est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente convention, une norme impérative du droit international général 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* ».

Bien qu'en droit international cette limitation soit relative à la nullité du traité, en droit national, la limitation du pouvoir exécutif peut être encadrée autrement. Cette tendance à l'encadrement du pouvoir exécutif dans ses compétences a une origine prétorienne. Même si elle est encore peu développée, elle est très intéressante puisqu'elle soumet la compétence de l'exécutif à une condition issue d'une interprétation normative qui peut s'élargir à d'autres domaines. C'est le cas avec l'interprétation faite par le juge constitutionnel de la Convention 169 de l'organisation du travail relative aux peuples indigènes et tribaux, qui prévoit le droit de consultation aux peuples autochtones.

Si cette condition au pouvoir exécutif constitue une rare exception à son pouvoir très large, la limitation opérée par la diffusion de son pouvoir en matière de formation des traités s'est tellement développée qu'elle a nécessité un encadrement par le droit national, puisque : « *le renvoi opéré par le droit international au droit interne n'autorisera cependant pas pour autant un Etat à invoquer par la suite une éventuelle violation de son droit interne, commise lors de la conclusion du traité, comme vice du consentement, pour prétendre se dégager des liens qu'il aurait ainsi conclus* »²⁸². Cette nécessité d'encadrer la diffusion de la capacité de s'engager dans des traités

²⁸² DUPUY pierre Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public ». Edition Dalloz, 13^{ème} édition. Paris 2016. P. 297.

internationaux est la conséquence de l'évolution grandissante du droit international qui ne concerne pas seulement les états fédéraux mais aussi les états unitaires qui ont développé peu à peu une délégation de pouvoir en matière de négociation et de ratification des traités.

A. Les prérogatives du pouvoir exécutif conditionnées à une interprétation prétorienne

Si la Convention de Vienne de 1969 limite le contenu des traités à des normes qui ne portent pas atteinte au *jus cogens*, sous peine de nullité, le droit national des Etats sud-américains va au-delà de la nullité pour utiliser les normes considérées comme faisant partie du *Jus cogens* comme un élément conditionnant l'utilisation de prérogatives de l'exécutif en matière de traités.

L'intérêt de cette « conditionnalité » porte sur l'éventail de possibilités qui s'ouvre au juge qui au travers d'une interprétation normative va limiter le pouvoir exécutif dans la formation des accord internationaux. Le meilleur exemple à cette tendance est l'interprétation prétorienne faite sur le droit de consultation prévu dans la Convention 169 de l'organisation internationale du travail.

En Amérique Latine, les peuples indigènes habitent dans des territoires extrêmement riches en ressources naturelles et les gouvernements s'intéressent à ces territoires pour assurer une croissance économique. Dès lors, l'exploitation de ces ressources naturelles s'est faite jusqu'au XXème siècle sans prendre en compte les droits des groupes indigènes.

Le 5 Septembre 1991 est entrée en vigueur la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail relative aux peuples indigènes et tribaux qui reconnaît leur droit à une consultation préalable, libre et informée des mesures prises par le gouvernement qui soient susceptibles de leur porter atteinte de façon directe. Cette convention est renforcée par la Déclaration des nations unies relative aux droits des peuples indigènes de 2007 qui encourage la reconnaissance des droits collectifs et individuels de ces peuples.

Selon ces normes internationales, est du devoir des Etats de structurer et mettre en place les procédés de consultation préalable. Ainsi l'article 6 de la Convention précise : « 1. *En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent: a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions*

représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement; b) mettre en place les moyens par lesquels lesdits peuples peuvent, à égalité au moins avec les autres secteurs de la population, participer librement et à tous les niveaux à la prise de décisions dans les institutions électives et les organismes administratifs et autres qui sont responsables des politiques et des programmes qui les concernent c) mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples et, s'il y a lieu, leur fournir les ressources nécessaires à cette fin. 2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées ».

Le droit de consultation préalable est né dans le cadre du droit à la participation des peuples indigènes et forme partie d'une structure institutionnelle qui est censée permettre aux peuples indigènes de conserver leurs caractères propres tout en s'intégrant à la société. La consultation doit être fondée sur la bonne foi des parties libre de toute pression ou manipulation, pour ainsi obtenir une décision consensuelle.

La Cour Interaméricaine des Droits de l'homme a reconnu le droit de consultation préalable comme partie intégrante de l'article 23 de la convention interaméricaine consacrant le droit à la participation politique²⁸³ et également comme le garant du droit de propriété indigène et comme un élément indispensable pour la survie des groupes tribaux. La Cour a ainsi soutenu que « *la consultation préalable ne peut pas être soumise à des critères directionnels de l'Etat mais elle doit être en conformité avec l'interprétation intégrale de la convention N° 169 de l'OIT et de la convention américaine en consensus avec les peuples concernés, selon leurs propres procédés de consultation, valeurs, usages et droits coutumiers* ».²⁸⁴

A l'exception de l'Uruguay, les Etats objet de la présente étude ont signé et ratifié la Convention 169 de l'OIT et certains d'entre eux ont inclus le droit à la consultation préalable dans leur

²⁸³ CIDH, "Affaire Yatama Vs. Nicaragua" Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens du 23 juin 2005

²⁸⁴ Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos OEA/Ser.L/V/II.Doc 56/09 30 decembre 2005.

Constitution nationale ; tel est le cas de l'Equateur qui dans l'article 57 : *« on reconnaît aux peuples indigènes, en conformité avec la Constitution et les conventions, déclarations et autres instrument internationaux des droits de l'homme, les droits collectifs suivants : 7. La consultation préalable, libre et informée, dans un délai raisonnable, sur les projets et les programmes d'exploitation et commercialisation des ressources non renouvelables qui se trouvent dans leur territoire et qui pourraient leur porter préjudice, profiter des bénéfices que ses projets apportent et percevoir des indemnités pour les préjudices sociaux, culturels et de l'environnement qui pourraient leur causer préjudice ».*

Également, la Constitution du Venezuela dans l'article 120 précise : *« le profit des ressources naturelles dans les territoires indigènes fait par l'Etat, se fera sans porter atteinte à l'intégrité culturelle, sociale et économique de ces peuples et sera également soumis à l'information et consultation préalable des communautés respectives »* ; ou encore de la Constitution Bolivienne qui reconnaît dans l'article 30.II.15 une liste de droits en faveur des nations et peuples indigènes parmi lesquels se trouve le droit à la consultation préalable ainsi rédigé : *« A être consultés à travers des mécanismes appropriés et en particulier à travers de ses institutions, à chaque fois que sont prévues des mesures législatives ou administratives qui peuvent avoir une incidence sur eux. Dans ce cadre, le droit à la consultation préalable sera respecté et effectué par l'Etat, de bonne foi et de façon consensuelle, en relation avec l'exploitation des ressources naturelles non renouvelées dans le territoire des peuples indigènes ».*

L'ambiguïté de certains articles a permis une interprétation du juge constitutionnel qui est aussi large que variée. Ainsi, en ce qui concerne la limitation de la consultation préalable à l'exploitation des ressources naturelles prévue dans la Constitution de la Bolivie, la décision 0300/2012 du Tribunal Constitutionnel va l'interpréter ainsi : *« selon les normes constitutionnelles et internationales relatives aux droits des peuples indigènes, -qui font partie du bloc de constitutionnalité- en conformité avec l'article 410 de la Constitution, nous pouvons conclure que la consultation préalable est un devoir de l'Etat...qui doit s'accomplir à travers des institutions représentatives des peuples indigènes. Cette consultation doit être effectuée de bonne foi en tenant compte des cas suivants : a. avant d'adopter ou appliquer des lois ou des mesures qui pourraient porter atteinte directement aux peuples indigènes (art. 6.1 de la convention 169) b. avant d'approuver n'importe quel projet qui porte atteinte au territoire indigène (art. 32.2 de la*

déclaration des Nations Unies relative aux droits des indigènes) c. Avant d'autoriser ou entreprendre n'importe quel programme d'exploitation des ressources naturelles qui se trouvent dans le territoire indigène (arts. 15.2 de la convention et 32.2 de la déclaration) et d. avant d'utiliser le territoire indigène pour des activités militaires (art.30 de la déclaration) »²⁸⁵

Le rôle du juge constitutionnel est déterminant et peut aller très loin dans l'interprétation des engagements internationaux surtout lorsqu'il s'agit d'un droit fondamental. Ainsi, le droit à la consultation préalable a été également interprété comme un véritable droit fondamental des peuples indigènes par la Cour Constitutionnelle Colombienne : « la participation des communautés indigènes dans les décisions qui pourraient avoir une incidence directe sur elles en relation avec l'exploitation des ressources naturelles présente la particularité, à travers du mécanisme de la consultation, d'être considérée comme un droit fondamental, puisqu'il s'agit d'un instrument indispensable pour préserver l'intégrité ethnique, sociale, économique et culturelle des communautés indigènes qui est indispensable pour assurer leur survie comme groupe social »²⁸⁶

Cette décision est importante dans la mesure où, à partir du moment où le Juge Constitutionnel reconnaît la consultation préalable comme un droit fondamental, cette consultation entre dans le bloc de constitutionnalité colombien, c'est-à-dire acquiert le caractère de norme constitutionnelle colombienne. Ceci fut confirmé par la décision 187/11 : « le mandat de la consultation préalable trouve son fondement constitutionnel dans l'article 6 de la convention 169 « relative aux peuples indigènes et tribaux » de 1989 de l'organisation internationale du travail (OIT), traité international qui, selon la jurisprudence constitutionnelle réitérée, fait partie du bloc de constitutionnalité -article 93 de la Constitution »²⁸⁷

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle a consacré également deux niveaux d'incidence des mesures législatives dans une interprétation très précise de l'article 6 de la convention 169 de l'OIT

²⁸⁵ Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia, " Sentencia 0300/2012" Arrêt du 18 de junio del 2012. Fondement III-II 4 pag. 29.

²⁸⁶ Cour Constitutionnelle Colombienne, "Acción de tutela instaurada por la Organización de los pueblos indígenas de la Amazonia colombiana OPIAC contra la Presidencia de la Republica y otros". Arrêt SU-383/03 du 13 mai 2003.

²⁸⁷ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión de constitucionalidad del « acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la Republica de Colombia y Canadá hecho en Bogotá el día 27 de mayo de 2010" y la ley 1411 de 2010 que lo aprueba", Arrêt C-187/11 du 2 novembre 2011.

où elle a identifié : « i. un niveau général correspondant aux politiques et programmes applicables à tous les colombiens et qui dans une certaine mesure vont intéresser les groupes indigènes...ii. Un niveau spécifique d'incidence correspondant aux mesures susceptibles de générer un impact direct, particulier et concret sur les communautés traditionnelles... La cour a souligné que la nécessité d'une consultation préalable sera seulement exigible pour les mesures législatives susceptibles d'avoir une incidence spécifique sur les communautés indigènes »²⁸⁸

La décision 1051/12 apporte une nouvelle précision sur ce droit fondamental accordé aux peuples indigènes en précisant que : « la nécessité de la consultation préalable réside dans l'impact spécifique et direct qu'un traité ou une clause déterminée pourrait avoir sur les communautés indigènes ». Avec cette affirmation, la Cour inclut la consultation préalable dans la formation de traités qui pourraient avoir une incidence directe sur une ou plusieurs communautés, tout en étant consciente que le texte et la portée d'un traité ne peuvent pas être conçus ni modifié en dehors de l'étape de la négociation, étape réservée selon la Constitution colombienne au pouvoir exécutif. A cet égard, la cour a spécifié que : « la jurisprudence constitutionnelle a été claire en précisant que la consultation préalable aux groupes tribaux qui pourraient être impactés directement par un traité, constitue une condition de procédure qui doit être accomplie avant l'intervention du législatif. Si elle intervenait postérieurement, il s'agirait d'une simple notification de mesures dont la décision a été prise et non une véritable consultation »²⁸⁹

C'est ainsi que dans le cadre de la révision constitutionnelle de la loi 1518 du 13 avril 2012 « loi approuvante de la convention internationale relative à la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre de 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991 », la Cour Constitutionnelle Colombienne déclare inconstitutionnelle ladite loi compte tenu de

²⁸⁸ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión de constitucionalidad de la ley 1518 del 13 de abril de 2012, « por medio de la cual se aprueba el convenio internacional para la protección de obtenciones vegetales del 2 de diciembre de 1961, revisado en ginebra e 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991 » Arrêt C-1051/12 du 7 mai 2012 .

²⁸⁹ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión de constitucionalidad de la ley 1518 del 13 de abril de 2012, « por medio de la cual se aprueba el convenio internacional para la protección de obtenciones vegetales del 2 de diciembre de 1961, revisado en ginebra e 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991 » Arrêt C-1051/12 du 7 mai 2012

l'absence de consultation préalable avant l'approbation législative du traité relatif à la protection des obtentions végétales.

Bien que la jurisprudence des autres Etats sud-américains ne soit pas aussi explicite que la décision 1051/12 de la Cour Constitutionnelle colombienne en ce qu'elle respecte la limitation de la prérogative de l'exécutif dans les négociations des traités lorsque son objet vise directement les peuples indigènes, nous trouvons sensiblement le même raisonnement au sein de la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel Péruvien qui, dans sa décision 0022-2009-PI/TC affirme : « *le Tribunal Constitutionnel a déjà eu l'occasion de développer dans sa décision STC 03343-2007-PA/TC que la convention 169 de l'OIT fait partie de notre ordre juridique, et qu'en conséquence, elle doit au même titre que les autres normes être appliquée. Il faut également préciser « que les traités internationaux sur les droits de l'Homme ne se limitent pas à faire partie de notre ordre juridique car ils ont un rang constitutionnel » (STC No. 0025-2005-PI/TC, fondement 33). Et donc, en vertu de l'article V du titre préliminaire du Code de la procédure constitutionnelle, les clauses contenues dans le traité international relatives aux peuples indigènes font partie de la Constitution Nationale* »²⁹⁰.

A l'opposé de ce raisonnement, nous trouvons une jurisprudence qui ne va pas limiter les prérogatives constitutionnelles des pouvoirs publics. Ainsi, le juge constitutionnel du Chili précise en parlant de la convention 169 de l'OIT : « *son objectif est de réussir un accord dans le cadre de mesures proposées, mais jamais cette participation ne pourra constituer une consultation populaire obligatoire et encore moins limiter les attributions exclusives des autorités qui sont déterminées par la charte fondamentale. La souveraineté, selon l'article 5 réside essentiellement dans la nation* »²⁹¹. Cette jurisprudence, bien que ne faisant pas directement référence à la prérogative du pouvoir public en matière de négociation et ratification des traités, reconnaît implicitement que la consultation préalable ne pourra pas limiter les prérogatives de l'exécutif. Il

²⁹⁰ Tribunal constitutionnel du Pérou, « EXP. No. 0022-2009-PI/TC Gonzalo Tuanama Tuanama y mas de 5000 ciudadanos » Arrêt du 9 juin 2010.

²⁹¹ Corte suprema de Justicia de Chile, "Affaire 90SCS, Rol 4078- 2010" du 29 novembre 2010.

y a eu un léger revirement jurisprudentiel dans la décision du 30 mars 2012 de la Cour Suprême Chilienne qui définit la convention 169 de l'OIT comme un « *impératif légal* »²⁹².

Cette tendance à limiter les prérogatives de l'exécutif qui a également été adoptée par les juges constitutionnels en Colombie et au Pérou est encore à notre sens trop récente pour constituer une position généralisée en Amérique Latine. En effet, il existe encore des Etats où le juge n'a pas encore eu l'occasion de se manifester à ce sujet. C'est le cas de l'Argentine qui, bien qu'elle fasse partie de la Convention 169 et que des groupes ethniques soient présents dans son territoire, n'a effectué aucune consultation préalable²⁹³.

B. Les prérogatives du pouvoir exécutif conditionnées à l'attribution du pouvoir.

L'article 6 de la Convention de Vienne de 1969 précise que : « *tout Etat a la capacité de conclure des traités* ». Cet article fut vivement débattu par la commission du droit international car il touchait une question incontournable liée à la forme adoptée par chaque état.

Ainsi, s'agissant des Etats fédérés, la question de la capacité des Etats membres de la fédération fut levée : « *Sir Humphrey Waldock accepte comme règle générale que la capacité internationale appartienne à tout Etat indépendant, unitaire ou fédéral, et ajoute qu'à titre d'exception, un Etat membre d'une fédération peut conclure directement des accords avec des Etats étrangers si la fédération et l'autre ou les autres Etats contractants lui reconnaissent une personnalité internationale propre* »²⁹⁴.

A la suite de ce rapport, la Commission du droit international inclut dans l'article 5 du projet de 1966 dans un premier paragraphe que : « *tout état a la capacité de conclure des traités* » et dans

²⁹² Corte Suprema de Justicia de Chile, "Affaire Roll 11.040-2011" arrêt du 22 de marzo de 2012

²⁹³ Auditoria general de la Nación. República de Argentina: <http://agn.gov.ar/noticias/en-argentina-no-hubo-ni-un-solo-proceso-de-consulta-con-los-pueblos-indigenas>

²⁹⁴ HOSTERT Jean, « Droit international et droit interne dans la convention de vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 ». Annuaire français de droit international, volume 15, 1969, pp.93.

un deuxième paragraphe que « *les Etats membres d'une union fédérale peuvent avoir cette capacité si elle est admise par la Constitution fédérale et dans les limites indiquées par elle* »²⁹⁵.

La prise en compte des Etats fédérés par l'article 5 du projet de 1966 n'apportait pas clarté au débat. Bien au contraire, cette précision subordonnait la validité des traités au droit interne des Etats en question et pire encore, interprétait comme octroyant « souveraineté » à une entité qui ne pouvait pas en prétendre. Ainsi, le mot « Etat » aurait deux significations différentes dans un seul et même article.

Il aurait désigné au paragraphe premier un sujet de droit international pleinement souverain et au paragraphe 2 un membre d'une entité internationale qui constitue elle-même un Etat souverain. Pour lever toute ambiguïté, la Commission décida de supprimer le deuxième paragraphe de l'article 5 du projet de 1966, ce qui a donné lieu à l'actuel article 6 de la Convention de Vienne de 1969.

Cette suppression a enlevé toute allusion explicite à la capacité des entités fédérées de conclure des traités au sein de la convention de Vienne. Cependant, la convention permet à chaque état, de façon implicite, d'établir au sein de son droit interne les capacités qui sont octroyées aux entités fédérées.

En Amérique du Sud, bien que composée de trois Etats fédéraux : l'Argentine, le Brésil et le Venezuela, la délégation verticale constitutionnelle des compétences aux entités fédérées se trouve uniquement dans la Constitution Argentine et dans la Constitution Brésilienne. En effet, le Venezuela est un Etat fédéral sur la forme mais aucunement sur le fond.

Un des objectifs de la réforme de la Constitution argentine de 1994 fut de renforcer les compétences des Provinces. Horacio Rosaliti explique la portée de la réforme en affirmant : « *si nous partons de l'idée soutenue traditionnellement par la Cour Suprême de Justice que les pouvoirs des Provinces sont propres et indéfinis et que les pouvoirs délégués à la nation sont définis et explicites, mais avec la limitation logique que les pouvoirs des Provinces ne peuvent pas constituer une entrave à l'exercice des pouvoirs délégués au gouvernement fédéral, ainsi, en principe, il n'y a pas d'obstacle à projeter les intérêts des Provinces dans la sphère internationale, à condition que cette*

²⁹⁵ HOSTERT Jean, « Droit international et droit interne dans la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 ». *Annuaire français de droit international*, volume 15, 1969, pp.94.

projection ne soit pas incompatible avec la politique extérieure de la nation »²⁹⁶. Ceci a été consacré dans l'article 124 ainsi : « *Les provinces peuvent créer des régions pour le développement économique et social et établir des organes chargés de la réalisation des objectifs envisagés et elles peuvent en outre conclure des conventions internationales pourvu qu'elles ne soient pas incompatibles avec la politique extérieure de la Nation et qu'elles n'empiètent pas sur les facultés déléguées au Gouvernement fédéral ou n'intéressent pas le crédit public de la Nation et que le Parlement en soit informé. La ville de Buenos Aires aura un régime établi à cet effet. Il appartient aux provinces la propriété des ressources naturelles existant sur leur territoire* ».

Le contenu de cet article met en exergue un aspect majeur sur la gestion extérieure : la reconnaissance de la capacité des Provinces à conclure des accords internationaux. L'article 124 de la Constitution Argentine précise également les limitations de fond et de forme à cette prérogative. Sur le fond, les traités conclus par les Provinces ne doivent pas aller contre la politique extérieure de la nation ni contre les autres compétences propres au gouvernement fédéral et ils ne doivent pas engager le crédit public fédéral. Sur la forme, le congrès national doit être informé sur l'adoption de ces traités.

A la suite de l'insertion de l'article 124 dans la Constitution Argentine, la majorité des Provinces a réformé sa propre Constitution afin d'inclure certaines compétences dans le domaine des affaires étrangères tout en veillant à ne pas interférer avec les linéaments de la politique étrangère adoptés par la Nation. Ces réformes constitutionnelles provençales sont aussi riches que variées. Les Constitutions de la Province de Salta et de la Province de San Luis font référence dans leur préambule constitutionnel à l'importance de l'intégration régionale de l'Amérique Latine. La Constitution de la Province de Rioja dans son article 16 consacre : « *la Province a la faculté d'effectuer, dans l'ordre international, actes et conventions nécessaires à la satisfaction de ses intérêts, sans préjudice de la politique extérieure déléguée au gouvernement fédéral* ».

Il est également intéressant d'analyser la situation particulière de la Capitale Argentine. En effet, Buenos Aires est l'unique ville autonome dans l'Argentine puisque l'article 129 de la Constitution prévoit un régime de gouvernement autonome et sur le fondement de cet article constitutionnel,

²⁹⁶ ROSATTI Horacio, " Propuesta de reforma constitucional en materia de gestión internacional de las provincias. Modificación al actual artículo 107 de la constitución nacional". Convención nacional constituyente. 24 de junio 1994. P. 5 et 6

l'article 14 de la loi 24.588 du 1995 prévoit : « *la ville de Buenos Aires peut conclure des conventions et établir des crédits internationaux avec des entités publiques et privées, à condition que cela ne soit pas incompatible avec la politique extérieure de la Nation et que cela ne porte pas atteinte au budget national, et que ce soit fait avec l'intervention correspondante des autorités du gouvernement national. Les facultés du chef du gouvernement sont: conclure et signer traités, conventions et accords internationaux et inter juridictionnels. Cette ville peut également conclure des conventions avec des entités publiques nationales, provençales et étrangères et avec des organismes internationaux* »²⁹⁷

Dans le cadre de cette capacité d'agir internationalement, les Provinces se sont dotées de secrétariats de gestion internationale au sein desquels sont principalement abordées trois sujets : la coopération technique internationale, les frontières et le financement extérieur.

Le Conseil Argentin des relations internationales, dans son premier rapport sur les accords internationaux conclus par les Provinces Argentines, analyse la situation de Buenos Aires et conclut : « *les données obtenues, jusqu'à l'année 2000, montrent nombreux accords conclus. Parmi un total de 33, la majorité concerne des acteurs infra-étatiques d'Etats fédéraux tels que le Brésil (4), l'Allemagne (4), le Canada (3) et les Etats-Unis (2) et des Etats qui présentent une forte décentralisation tels que l'Italie (3) et l'Espagne (9). Les autres accords ont été conclus avec des états unitaires, tels que la Chine... Buenos Aires a également conclu des accords avec des entités de différents pays dont la composition -publique ou privé- n'a pas pu être identifiée* »²⁹⁸

Nous pouvons donc constater que la volonté de renforcer l'autonomie des Etats fédéraux en Argentine a engendré une diversification d'accords conclus entre les entités infra-étatiques et ses pairs mais aussi d'autres sujets internationaux, dans des domaines très différents. Cette volonté constitutionnelle est critiquée par la doctrine puisque la Constitution s'est limitée à octroyer une capacité aux entités fédérées sans se soucier de l'encadrer créant ainsi une hétérogénéité dangereuse dans la politique extérieure argentine. L'avocate argentine Mara Toufeksian précise à

²⁹⁷Provincias y relaciones internacionales. Primer informe. Consejo argentino para las relaciones internacionales (CARI).Buenos Aires, Agosto 2004 Pag. 15

²⁹⁸ Provincias y relaciones internacionales. Primer Informe. Consejo argentino para las relaciones internacionales (CARI). Buenos Aires, Agosto 2004. Pag. 45

ce sujet: « l'article 124 de la Constitution Nationale relative à la capacité des provinces à conclure des traités, est devenu la charnière constitutionnelle qui facilite l'insertion des provinces dans la scène internationale. L'article 125 a fixé des limites à la politique extérieure des provinces. Nonobstant ces limites, les provinces et la ville autonome de Buenos Aires ont en vertu de l'autonomie publique, prémisses fondamentales du fédéralisme, un large champ d'action dans les procédures normatives et légales autour de conclusions de traités, ainsi que dans leur mise en œuvre. Chaque juridiction suit ses propres procédures selon ses propres normes et la prémisses établie par la Constitution Nationale dans l'article 124 « avec connaissance du congrès » faute de n'est pas être spécifiée ni d'être réglementée génère un tel vide procédural que ni les autorités des provinces ni les autorités nationales l'ont interprétée de façon uniforme »²⁹⁹.

Le deuxième et dernier Etat fédéral en Amérique Latine est le Brésil. La Constitution Brésilienne, hélas, n'est pas très claire à propos des facultés octroyées aux entités fédérées pour la conclusion des traités.

A la lecture de l'article 21 de la Constitution qui consacre: « l'Union est compétente pour : I- maintenir les relations avec les Etats étrangers et participer dans les organisations internationales » on pourrait déduire que la capacité de conclure des traités est exclusive à l'Union Fédérative du Brésil.

Cependant, l'article 52 précise : « ce sont des compétences du sénat : V- autoriser des opérations extérieures à caractère financier, dans l'intérêt de l'union, des états, du district fédéral, des territoires et des municipalités, définir les limites globales et les conditions pour les opérations de crédit externe et interne de l'Union, des états, du District Fédéral et des municipalités, ainsi que des entités contrôlées par le pouvoir public fédéral ».

Nous pouvons déduire de la lecture de cet article que la Constitution du Brésil limite la capacité internationale des entités infra étatiques aux accords internationaux à caractère financier autorisés

²⁹⁹ TOUFEKSIAN Mara, "El congreso y la celebración de convenios internacionales por parte de las provincias argentinas y la ciudad de Buenos Aires". Revista de derecho parlamentario Numero 15, 01-03-2013. P.23

par le sénat. Mais dans la pratique, cet article a une interprétation beaucoup plus large, puisqu'il a permis aux entités fédérées de développer la para diplomatie³⁰⁰.

Alvaro Chalas Castelo affirme à ce sujet : « *La Constitution de la République de 1988, telle que nous l'avons évoquée, n'institutionnalise pas la para diplomatie dans l'ordre juridique du Brésil. Toute compétence internationale est octroyée à l'Union. Toutefois, le pacte fédéral prévu dans la Charte politique crée des conditions institutionnelles favorables aux municipalités et aux états fédérés pour pouvoir développer la para diplomatie. Dans la pratique, les entités fédératives du Brésil ne pouvaient pas rester à côté de la paradiplomatie, notamment en raison de la prolifération de cette pratique dans les pays voisins, tels que l'Argentine* »³⁰¹

Bien que la délégation verticale des compétences soit propre aux Etats fédéraux, les collectivités, les départements ou les régions frontalières des Etats unitaires sont de plus en plus sollicités pour établir des relations avec leurs homologues frontaliers et cela pose des problèmes juridiques majeurs : « *le régime juridique de tels accords n'est pas établi une fois pour toutes. Il pose souvent des problèmes délicats, tous liés à l'identification de leur nature juridique ; celle-ci sera déterminée au cas par cas en fonction d'un faisceau d'indices dont les principaux seront l'objet du contrat et les circonstances qui ont entouré sa conclusion. C'est de toute façon au regard des règles du droit interne de chacune des parties que l'on devra apprécier leur capacité et leur compétence contractuelle* »³⁰². Pour éviter ou néanmoins pour réduire ce genre de difficultés, certains Etats unitaires ont choisi d'encadrer les accords internationaux conclus entre leurs entités infra-étatiques grâce à différents systèmes.

³⁰⁰ Concept qui fait référence aux relations internationales effectués par les gouvernements fédéraux, sous nationaux, régionaux ou locaux, avec l'objectif de promouvoir ses propres intérêts.

³⁰¹ CASTELO BRANCO Alvaro, " A paradiplomacia como forma de inserção internacional de unidades subnacionais" .PRISMAS: Dir., pol pub e Mundial, Brasília v4, n1 jan/jul 2007. P.12« A Constituição da República de 1988, como já restou demonstrado, não institucionalizou, definitivamente, a paradiplomacia no ordenamento jurídico pátrio. Toda a competência internacional é atribuída à União. No entanto, o pacto federativo previsto na Carta Política criou algumas condições institucionais propícias para que os municípios e os estados federados pudessem se engajar em atividades paradiplomáticas. De fato, os entes federativos brasileiros não poderiam ficar à margem do processo, notadamente em razão da proliferação da paradiplomacia em países vizinhos, como, por exemplo, na Argentina"

³⁰² DUPUY pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public ». Edition Dalloz, 13^{ème} édition. Paris 2016. P. 298

La première méthode ce sont des clauses constitutionnelles de décentralisation qui vont autoriser - à différents degrés- la participation d'entités infra-étatiques à la conclusion de traités. Ainsi, la Constitution Colombienne reconnaît dans son article 289 une capacité aux entités territoriales frontalières à effectuer des actions en matière de relations internationales avec les entités territoriales d'un niveau identique au leur dans des domaines portant sur l'intégration et la coopération avec pour objectif le développement, la prestation de services publics et la préservation de l'environnement.³⁰³

Le cas de la Bolivie est intéressant et tout à fait unique. En effet, l'article 1 de la Constitution Bolivienne affirme : « *La Bolivie se définit comme un état unitaire social de droit plurinational, communautaire, libre, indépendant, souverain, démocratique, interculturel, décentralisé et autonome. La Bolivie se fonde dans la pluralité et le pluralisme politique, économique, juridique, culturel et linguistique, dans le processus intégrateur du pays* ».

La complexité de l'organisation territoriale Bolivienne découle de cet article qui évoque un état unitaire, mais également plurinational et autonome. A ce sujet Damien Gairin-Calvo affirme : « *ce modèle Bolivien plural reconnaît quatre types d'autonomies (départementale, municipale, régionale et indigène originaire paysan) avec pour chacune d'elles une histoire, un processus, une nature et des compétences diverses. C'est ainsi que l'on pourrait qualifier la Bolivie d'Etat « pluri-autonomique » avec un développement, des avances et des difficultés propres* »³⁰⁴.

Dans le cadre de cette organisation, la Constitution prévoit dans son article 299 qui porte sur les compétences partagées entre l'état central et les entités territoriales autonomes : « *les relations internationales dans le cadre de la politique extérieure de l'état* ». Cet article constitutionnel est développé par la loi N° 699 du 1^{er} juin 2015 dans laquelle les accords internationaux conclus par les autonomies boliviennes prennent la dénomination « *d'accords interinstitutionnels* » : « *les*

³⁰³ Artículo 289. Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente.

³⁰⁴GAIRIN-CALVO Damien, « La Bolivie, un Etat pluri-autonomique ». Global local forum, le dialogue des territoires http://www.feram.org/upload/pdf/La_Bolivie_comme_Etat_pluri_autonomique_20160416115632_BOLIVIE___copie.pdf

accords interinstitutionnels à caractère international et les instruments autonomiques internationaux régulés par cette loi, devront s'inscrire exclusivement dans les attributions propres des entités territoriales autonomes qui les concluent, dans le cadre de la politique extérieure de la nation »³⁰⁵.

La deuxième méthode, qui est de loin la plus répandue, est l'utilisation de traités cadres ou « *de couverture* »³⁰⁶ qui prévoient et encadrent à l'avance les échanges des zones frontalières. Les relations entre les entités infranationales du Chili et de l'Argentine illustrent parfaitement cette méthode de diffusion du pouvoir. En effet, à partir de la signature du traité de paix et amitié de 1984, le Chili et l'Argentine ont créé des comités de frontière. Au début, les compétences de ces comités étaient très limitées, mais à partir de 2006 les Etats ont pris la décision de changer l'appellation de « *comités de frontières* » en « *comités d'intégration* » et d'élargir leurs compétences. En 2009, avec la signature du traité de Maipu d'intégration et de coopération, les comités d'intégration ont une nouvelle fois évolué pour devenir des forums de rencontre et de collaboration entre les secteurs publics et privés des Provinces argentines et chiliennes afin de promouvoir l'intégration dans la sphère infranationale, avec le soutien des organismes nationaux, provinciaux, régionaux et municipaux.

Ceci démontre que malgré un fort attachement à l'état unitaire, le Chili n'a pas pu résister au mouvement international et, sans se doter d'un instrument juridique permettant aux entités infra-étatiques de s'engager internationalement d'une façon autonome, a accepté d'octroyer certaines compétences dans la sphère des attributions et fonctions du gouvernement régional. Nous trouvons en premier lieu la lettre g de l'article 16 de la loi 19.175 qui lui donne compétence pour participer à la coopération internationale régionale, dans le cadre établi par les traités et conventions que le gouvernement du Chili a conclus à cet effet.

³⁰⁵ Loi 699/2015, Article 3 : « Los Acuerdos Interinstitucionales de Carácter Internacional y los Instrumentos Autónomos Internacionales regulados por la presente Ley, deberán circunscribirse exclusivamente a las atribuciones propias de las entidades territoriales autónomas que los suscriben, en el marco de la Política Exterior del Estado Plurinacional de Bolivia ».

³⁰⁶ Voir: DUPUY pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public ». Edition Dalloz, 13^{ème} édition. Paris 2016. P. 298

CHAPITRE II

Les prérogatives du législatif dans la conclusion des traités

Dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, une des phases dans la conclusion des traités, est l'étape dénommée : ratification. Dans l'alinéa B de l'article 2 de ladite Convention, la ratification est définie comme : « *l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité* ».

C'est avant cette ratification que le parlement peut intervenir en application de l'approbation interne des traités. Cette étape n'est pas réglementée par la Convention de Vienne puisqu'elle ne dépend pas du droit international mais du droit interne, laissant ainsi la liberté à chaque Etat d'encadrer cette étape de la conclusion des traités.

Le législatif dans la conclusion des traités intervient en vertu des principes démocratiques. Le conseil de l'Europe affirme que la participation du pouvoir législatif : « *ajoute la dimension de contrôle démocratique des actes que l'exécutif accomplit dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés en matière de politique extérieure. D'une façon générale, l'intervention du parlement garantit une plus grande transparence et permet de s'assurer que l'exécutif s'acquitte de ses obligations dans le domaine de la conclusion des traités* »³⁰⁷.

Le système démocratique adopté par les Etats Sud-américains implique une répartition de compétences dans la procédure visant l'engagement international des Etats. De ce fait et dans la mesure où l'intervention du pouvoir législatif est considérée par la doctrine comme un contrôle démocratique de l'activité internationale développée par l'exécutif, les Etats Sud-américains ont prévu une participation du législatif dans la conclusion des traités internationaux.

³⁰⁷ CONSEIL DE L'EUROPE. Conclusion des traités – expression par les Etats du consentement à être liés par un traité. Kluwer law international. Pays-bas 2001.

Cependant, il est bien connu qu'en matière d'action extérieure, le pouvoir exécutif nécessite un degré important de liberté et de flexibilité, car le pouvoir législatif est composé d'un nombre important et hétérogène de représentants du peuple, ce qui fait de lui un organe lent. Ainsi, bien que tous les Etats aient inclus dans leurs Constitution une intervention du pouvoir législatif, cette intervention n'est guère homogène. Cristina Izquierdo affirme à ce sujet : « *le problème consiste dans le degré d'intervention car on reconnaît également la pertinence de l'intervention du gouvernement pour protéger et servir de la meilleure manière possible les intérêts de l'état. La recherche d'un équilibre entre les deux pouvoirs est l'objectif globalement souhaité par tous les Etats démocratiques* »³⁰⁸.

De ce fait, la distribution des compétences entre les deux pouvoirs -législatif et exécutif- dans le processus de conclusion des traités est réglementée par la Constitution Nationale des Etats, et, tel que nous l'avons étudié dans le chapitre précédent, l'intervention du législatif n'est pas impérativement prévue dans toutes les conclusions des traités. En effet, cette intervention est réservée aux traités dénommés par la doctrine comme « *solennels* » où le *treaty-making power* est fragmenté en trois étapes : celle de la négociation et signature qui reviennent à l'exécutif, celle de l'approbation qui est attribuée au législatif et enfin celle de la ratification qui en général revient également au pouvoir exécutif.

Les Constitutions octroient au pouvoir législatif trois fonctions essentielles : légiférer, contrôler et représenter. Nous verrons que la fonction du législatif dans la conclusion des traités est de contrôler grâce à un droit de veto, ce qui va au-delà de la définition simpliste donnée trop souvent du parlement : -organe qui fait la loi- pour rejoindre une définition plus adaptée : « *institutions destinées par la Constitution à donner leur accord à des mesures de politique qui vont au-delà de l'élite gouvernementale responsable de la formulation de telles mesures* »³⁰⁹

³⁰⁸ IZQUIERDO Cristina, " Intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España". Revista electrónica de Estudios internacionales, Vol. 4, Año 2002. Publicado online en <http://www.reei.org/reei4/izquierdo.PDF>

³⁰⁹ NORTON Philip, « La nature du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010/3 (n° 134), p. 5-22. DOI : 10.3917/pouv.134.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2010-3-page-5.htm>

Cette fonction de contrôle englobe l'inspection, la fiscalisation, la vérification et l'examen des actes effectués par l'exécutif dans le but de vérifier s'ils sont en accord avec l'ordre juridique interne.

En effet, le parlement va exercer essentiellement une fonction de contrôle sur la politique extérieure menée par l'exécutif. Au-delà de la limitation *rationae materiae* imposée par la Constitution, il est intéressant d'analyser la portée de cette intervention parlementaire et les nouvelles limites auxquelles elle peut être confrontée.

I. Le domaine de l'intervention parlementaire

Au sein des Constitutions Sudaméricaines, l'approbation des traités internationaux par le pouvoir législatif est réservée aux traités dénommés par la doctrine comme « *les traités solennels* ». Ce type de traités peut être défini comme résultant d'un acte complexe où par mandat constitutionnel le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif doivent impérativement intervenir afin de bénéficier d'une pleine validité. Ainsi, l'intervention du législatif est déterminée exclusivement par *la rationae materiae*.

Pour déterminer les matières qui feront l'objet d'un traité solennel et celles qui feront l'objet d'un traité simplifié, les Constitutions Sud-Américaines ont mis en place deux types de système, celui dénommé par la doctrine comme le système de listes : les listes positives et les listes négatives. Ces listes sont définies par Antonio Brotons ainsi : « *les catégories de traités qui ont besoin de l'autorisation ou de l'approbation parlementaire sont énumérées dans un système de listes positives ...les listes négatives énumèrent les types de traités qui n'ont pas besoin de l'intervention parlementaire pour être conclus* »³¹⁰. Le deuxième système, beaucoup plus ambigu, résulte d'une pratique constitutionnelle adoptée comme solution face à un silence constitutionnel sur le sujet.

³¹⁰ BROTONS Antonio, "La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales : el problema de la calificación". 32 R.E.D.I Madrid, 1980. Pag 123

A. Une intervention Parlementaire soumise au système de listes constitutionnelles

Au sein des Etats sud-américains, seuls le Pérou et l'Equateur ont choisi d'inclure au sein de leur Constitution une liste positive de domaines où l'intervention parlementaire est obligatoire pour conclure un traité. Ainsi, la Constitution Equatorienne consacre dans l'article 120 : « *L'Assemblée Nationale aura les attributions suivantes : approuver ou désapprouver les traités internationaux le cas échéant* » et énumère, au moyen d'une liste taxative, les traités qui compte tenu leur nature doivent impérativement être soumis à l'approbation interne de l'assemblée nationale. Ainsi, l'article 419 précise : « *la ratification ou la dénonciation des traités internationaux requerra l'approbation préalable de l'Assemblée Nationale dans les cas suivants : 1. Matière territoriale ou de limites frontalières. 2. Etablissement des alliances politiques ou militaires. 3. S'il y a un engagement de légiférer, de modifier ou d'abroger une loi. 4. S'il fait référence aux droits et garanties établis par la Constitution. 5. S'il engage la politique économique de l'Etat établie au sein du Plan National de Développement aux conditions d'institutions financières internationales ou d'entreprises transnationales. 6. S'il engage le pays dans des accords d'intégration et de commerce. 7. S'il attribue des compétences propres relevant de l'ordre juridique interne à une organisation internationale ou supranationale. 8. S'il engage le patrimoine naturel et spécialement l'eau, la biodiversité et son patrimoine génétique* »

L'adoption du système de listes au Pérou n'est pas une nouveauté. En effet, la Constitution de 1979 avait déjà établi le système négatif dans l'article 104 en octroyant la faculté au Président de la République de conclure et ratifier des traités sans l'approbation préalable du législatif dans les domaines où il avait la compétence exclusive.

L'ambiguïté de la formulation de cet article a engendré des problèmes d'interprétation car, au sein de la Constitution péruvienne, les domaines exclusifs du président de la République n'étaient pas clairement définis. Guillermo Fernandez Maldonado nous dit à ce propos : « *lesdites matières - celles qui étaient censées être du ressort exclusif du Président de la République- n'étaient pas du tout exclusives du Président, car il s'agissait de matières qui entraient dans le champ d'action du congrès. Par exemple, la capacité réglementaire qui est une faculté du pouvoir exécutif mais* »

contrôlé par le parlement »³¹¹. Dans un souci de clarté, le constituant de 1993 a décidé de basculer du système négatif au système positif conformément aux termes de l'article 56 qui précise : « *les traités doivent être approuvés par le Congrès avant leur ratification par le Président de la République, chaque fois qu'ils portent sur : 1. Des Droits de l'homme, 2. La souveraineté ou unité de l'Etat. 3. La défense nationale, 4. Des obligations financières de l'Etat. Les traités qui créent, modifient ou suppriment doivent aussi être approuvés par le Congrès ; ceux qui exigent une modification ou une abrogation d'une loi et ceux qui requièrent des mesures législatives pour son exécution* ».

Ce système positif qui *a priori* paraît clair est critiqué par la doctrine en raison de son besoin impératif d'être développé et encadré par des lois car dans le cas contraire, le système n'est plus efficace. Cristina Izquierdo critique ce système qui a été adopté par l'Espagne ainsi : « *... la Constitution espagnole a choisi un système de liste positive de matières qui nécessitent une autorisation parlementaire (articles 93 et 94.1 CE)...La Constitution ne précise rien de plus. Son article 74 .2 consacre la procédure pour l'autorisation des traités prévus dans l'article 94.1 et renvoie à la procédure d'adoption des lois organiques les traités prévus à l'article 93 (article 81 de la CE). Le système établi était un esquisse et avait logiquement besoin d'un développement législatif* »³¹². Pour lever toute ambiguïté et permettre une application efficace des normes constitutionnelles à ce sujet, le Pérou a adopté une loi sur le perfectionnement des traités N°. 26647 de 1996. L'Equateur n'a pas légiféré pour développer les normes constitutionnelles sur les modalités de l'intervention parlementaire dans le processus de formation des traités.

Si le système de listes positives est critiqué, le système de listes négatives l'est davantage. En effet, la formule choisie pour adopter ce système dans le corps constitutionnel est si large et confus que la frontière entre les traités nécessitant une procédure solennelle et ceux qui n'en ont pas besoin est laissé à l'appréciation de l'exécutif qui semblerait être le seul à pouvoir à trancher sur la question.

³¹¹ FERNANDEZ MALDONADO Guillerme, "Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Peru". *Derecho*, N° 43-44, diciembre 1989 -Diciembre 1990, p 344.

³¹² IZQUIERDO Cristina, "Intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2002. www.reei.org

En Amérique du Sud, le système de listes négatives a été choisi par le Venezuela et le Chili. La Constitution Vénézuélienne dispose, d'une façon générale, dans son article 187 : « *L'Assemblée Nationale est compétente pour : 18. Approuver par la loi les traités ou les conventions internationales que l'exécutif national négocie, sauf les exceptions consacrées dans cette Constitution* ». Ces exceptions sont énumérées à l'article 154 qui dispose: « *Les traités conclus par la République doivent être approuvés par l'Assemblée Nationale avant leur ratification et par le Président ou la Présidente de la République, à l'exception des traités qui ont pour objectif d'exécuter ou de perfectionner des obligations préexistantes, les traités qui portent sur l'application de principes expressément reconnus par la Constitution, les traités qui portent sur l'exécution des actes ordinaires dans les relations internationales ou les traités qui portent sur l'exercice des facultés que la loi attribue expressément à l'exécutif national* ».

Ce choix de renforcer la compétence de l'exécutif en matière de traités est un héritage constitutionnel. En effet, le Président de la République a toujours eu constitutionnellement parlant une compétence quasi exclusive en matière de traités : « *... à partir de cette constitution (1830) et jusqu'à la Constitution de 1881 la conclusion des traités fut du ressort exclusif du Président de la République... à partir de la Constitution de 1881 et jusqu'à la Constitution de 1891 et 1893 fut octroyée au Conseil du gouvernement ou au Conseil Fédéral, la compétence d'émettre son avis sur les traités à signer par le Président sans que celui-ci soit obligatoire pour le Président de la République... Dans les Constitutions de 1936,1947 et 1953, la compétence du Président de la République pour conclure des traités devait être exercée en Conseil des Ministres* »³¹³

La Constitution Chilienne prévoit dans son article 54 : « *les attributions du congrès sont : 1° approuver ou désapprouver les traités internationaux que le Président de la République présente avant leur ratification... Les mesures que le Président de la République adopte ou les accords qu'il concluait pour l'accomplissement d'un traité en vigueur ne requerront pas de nouvelle approbation du congrès, à moins qu'il s'agisse de matières législatives*». Le quatrième paragraphe du même article prévoit que : « *les traités conclus par le Président de la République en exercice de ses attributions réglementaires n'auront pas besoin de l'approbation du congrès* ».

³¹³ ALTUNA GARCIA Ismenia, " La convención de Viena sobre tratados y su aplicabilidad en Venezuela". Tesis de grado. Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de ciencias políticas, administrativas y sociales escuela de derecho. Maracaibo, abril del 2004. P. 60.

La Constitution Bolivienne n'est quant à elle pas très claire sur le système adopté. L'article 172 établit comme une des attributions du Président de la République la « *souscription des traités internationaux* » sans mentionner si l'intervention parlementaire est indispensable puis, dans son article 158, précise : « *les attributions de l'Assemblée Législative Plurinationale sont : 14. Ratifier³¹⁴ les traités internationaux conclus par l'exécutif, dans les formes établies par cette Constitution* ».

En réalité, c'est la loi sur la conclusion des traités du 18 septembre 2013 qui va éclaircir la situation. En effet, en analysant le chapitre III portant sur « les traités solennels et les traités simplifiés » nous comprenons que la Bolivie a choisi de développer les deux articles constitutionnels en implémentant un double système de listes. En effet, d'une part, une liste positive détaillant les traités qui nécessitent l'approbation législative, est établie à l'article 8 de la loi de conclusion des traités : « *des traités solennels pourront être conclus dans les matières suivantes : a. Droit communautaire, b. Droits de l'Homme, c. questions limitrophes, d. intégration monétaire, e. intégration économique structurelle, f. cession de compétences institutionnelles à des organismes internationaux ou supranationaux, dans le cadre des processus d'intégration, g. accords à caractère économique et commercial et les autres matières en conformité avec la Constitution politique de l'Etat et les normes en vigueur* ».

Le système de liste négative est prévu à l'article 10 de cette même loi, reprenant quasiment les termes de l'article 104 de la Constitution Péruvienne de 1979, ainsi, en excluant une intervention législative en Bolivie: « *les traités qui portent sur les compétences exclusives de l'organe exécutif et qui compte tenu leur matière n'ont pas besoin d'une ratification de l'organe législatif* ».

B. Une intervention parlementaire conditionnée à une pratique constitutionnelle

La majorité des Constitutions Sud-américaines ne précise pas les domaines dans lesquelles l'intervention parlementaire peut être exclue car l'intervention législative dans la conclusion des traités est un principe impératif constitutionnel. Cependant, nous pouvons constater que des pratiques constitutionnelles se sont développées et cela avec l'approbation du législatif.

³¹⁴ Dans le Droit interne Bolivien « ratifier » fait référence à l'approbation interne des traités.

Ainsi, la Constitution Brésilienne précise dans l'article 49: « *il est de la compétence exclusive du Congrès national : I- de statuer définitivement sur les traités, accords ou actes internationaux qui entraînent des charges ou des engagements qui portent atteinte au patrimoine national* ».

Joao Araujo affirme qu'il y a eu une modification dans la rédaction de cet article car si nous le comparons aux Constitutions brésiliennes précédentes : « *les termes « toujours » et « ajustement » qui conditionnaient la conclusion des traités par le Président de la République à l'approbation parlementaire ont disparu. Cette absence a permis, selon la doctrine, les conditions de survie d'une norme coutumière extra legem qui permet à l'exécutif de conclure des traités d'importance mineure sans l'intervention du parlement* »³¹⁵

Araujo nous précise également que l'approbation tacite résultant du silence du législatif ont permis d'installer en pratique constitutionnelle une coutume selon laquelle, dans le cadre de la définition des critères de compétence des deux pouvoirs -exécutif et législatif-, les traités qui portent sur des domaines de l'exécutif n'ont pas besoin d'une approbation du législatif.

Le renommé juriste Brésilien Celso A. Mello soutient également cette théorie en affirmant : « *il existe une véritable coutume qui admet ces accords et la Constitution est composée également par ce genre de pratiques constitutionnelles* »³¹⁶. Bien que cette pratique soit admise, elle reste limitée. Ainsi, Medeiros, ancien consultant juridique du Ministère des affaires étrangères du Brésil, précise à cet égard que l'existence d'accords simplifiés comme exception au principe d'approbation législative des traités peut être valable uniquement dans deux cas : « *a. exécuter, interpréter ou proroger un traité préexistant dument approuvé par le législatif et b. des traités strictement liés au quotidien diplomatique* »³¹⁷

Également, en ce qui concerne l'approbation provisoire d'un traité, Rodrigo D'Araujo Gabsch a établi que : « *différents textes conventionnels qui ont une clause d'application provisoire ont été*

³¹⁵ ARAUJO Joao Hermes Pereira, "A processualística dos atos internacionais". Rio de Janeiro: Ministerio das Relações Exteriores, 1958, pp. 162 apud CAMARA, a conclusao dos tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro.

³¹⁶ MELLO Celso, "Direito constitucional Internacional : Uma introdução: (constituição de 1988 revista em 1994)". Rio de Janeiro, Renovar, 2003. P.164

³¹⁷ MEDEIROS Antonio Paulo, "Parecer do consultor jurídico do ministerio das relações exteriores", 21 março de 2000, in: Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, v. IX (1990-1999)P. 265;

trouvés dans la base de données de la division des actes internationaux d'Itamaraty, ce qui démontre une pratique réitérée depuis 1996 ». Ces applications provisoires n'ont pas été permises sans un antécédent juridique. En effet, la loi ordinaire N° 313 du 30 juillet 1948 du Code Aéronautique du Brésil a autorisé l'application provisoire d'un accord sur les taxes dans le cadre du GATT il dispose : « les traités, les conventions, et les actes internationaux, conclus par le pouvoir exécutif et approuvés par le pouvoir législatif, entreront en vigueur à partir de la date prévue à cet effet... il est possible d'autoriser l'application provisoire de ces dispositions par les autorités aéronautiques, si cela est expressément précisé dans une clause ».

La Constitution Colombienne ne s'éloigne pas du cas Brésilien. En effet, l'alinéa 16 de l'article 150 de la Constitution Colombienne précise : « *il appartient au congrès national de : 16. Approuver ou désapprouver les traités conclus par le gouvernement avec d'autres Etats ou avec des entités du droit international* »

Cet article pose le principe constitutionnel de l'approbation législative pour les traités internationaux. Une seule exception déroge à ce principe en consacrant la possibilité d'une application provisoire des traités ainsi que cela résulte de l'article 224 de la Constitution: « *la validité des traités est conditionnée à l'approbation du congrès. Cependant, le Président de la République pourra donner une application provisoire aux traités de nature économique et commerciale conclus au sein d'organisations internationales. Dans ce cas, dès que le traité entre en vigueur, il devra être transmis au congrès pour son approbation. Si le congrès ne l'approuve pas, l'application du traité sera suspendue* ».

A l'inverse du Brésil, la question de l'intervention parlementaire dans la conclusion des traités n'est pas éclaircie par la doctrine mais par la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne qui affirme à ce propos : « *cette corporation a eu déjà l'occasion de se prononcer à maintes reprises sur la portée des accords simplifiés, dont l'existence est compatible avec les principes du droit international acceptés par la Colombie dans l'article 9 de la Constitution. Dès ses premières décisions, la Cour a reconnu que bien que la forme traditionnelle pour exprimer le consentement et assumer de nouvelles obligations internationales est la conclusion de traités solennels, impliquant un processus complexe et qualifié... l'évolution des relations internationales rend nécessaire l'existence de processus permettant de dynamiser la conclusion des obligations internationales, tout particulièrement dans les domaines de coopération technique et économique.*

*Cependant, nous avons insisté sur le caractère limité des conditions dans lesquelles le président peut s'engager de façon autonome dans des obligations internationales par voie d'accords simplifiés. Dans ce sens, nous avons toujours précisé que bien que les accords simplifiés soient un instrument légitime et constitutionnellement valable pour faciliter les relations en matière de coopération internationale, le Président de la République ne peut pas les utiliser pour excéder ou dépasser les obligations internationales acquises lors d'un traité conclu avec les formalités décrites ci-dessus*³¹⁸.

Le même principe est appliqué en Argentine. La Cour Suprême de Justice, dans l'affaire *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo et autres*, a affirmé que les traités internationaux sont un « *acte complexe fédéral* » incluant dans leur processus de formation les pouvoirs exécutifs et le pouvoir législatif de la Nation. Ceci est consacré dans la Constitution Argentine qui précise dans son article 75 alinéa 22 : « *les attributions du parlement sont les suivantes : 22. Approuver ou rejeter les traités conclus avec les autres nations et les organisations internationales, ainsi que les concordats signés avec le Saint-Siège* » et dans l'alinéa 24 du même article : « *Approuver des traités d'intégration portant délégation de compétences et juridictions à des organisations supra étatiques dans des conditions de réciprocité et d'égalité et observant l'ordre démocratique et les droits humains* ». Ainsi, la Constitution ne prévoit nulle part l'absence d'intervention parlementaire dans la conclusion des traités et pourtant : « *les accords exécutifs se sont généralisés progressivement depuis 1930, cette pratique fut reconnue officiellement par un mémorandum présenté par la délégation permanente argentine devant les Nations Unies le 13 septembre 1951 en réponse à une consultation adressée par cet organisme aux états membres : à cette occasion il a été admis que « l'approbation législative » n'était pas nécessaire pour tous les accords*

³¹⁸Cour Constitutionnelle Colombienne, " Auto 288/10. Demanda de inconstitucionalidad contra el acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América". Arrêt du 17 de agosto del 2010

internationaux. Le développement de ces accords a comme fondement la nécessité d'une meilleure célérité »³¹⁹.

Face au silence constitutionnel et au développement d'une pratique qui n'est pas encadrée, la doctrine argentine a recensé deux conditions permettant de faire abstraction d'une intervention législative dans la conclusion d'un traité : *« en premier lieu, il doit s'agir d'accords conclus par la propre autorité du pouvoir exécutif sous réserve que les sujets abordés par le traité fassent partie des compétences exclusives de ce pouvoir telles qu'elles sont précisées à l'article 99 alinéa 1 et article 101 alinéa 1 de la Constitution Nationale, ces accords ne pouvant pas traiter de sujets de la compétence propre du parlement... l'autre option concerne les accords qui portent sur des questions implicitement réglées par des traités solennels. Ici nous pouvons inclure les « traités-cadre ». On considère que l'approbation donnée par le congrès à un traité-cadre implique son consentement anticipé pour la signature du pouvoir exécutif dans les accords complémentaires »³²⁰*

Les Constitutions du Paraguay et de l'Uruguay sont sensiblement identiques aux Constitutions Brésilienne, Colombienne et Argentine, en ce qu'elles prévoient également comme principe l'intervention de leur parlement dans la conclusion des traités. Il n'y a pas d'exception prévue dans leur Constitution mais la pratique a établi une dérogation à ce principe. La Constitution du Paraguay consacre dans son article 202 : *« ce sont des devoirs et des attributions du congrès : 9. Approuver ou désapprouver les traités et autres accords internationaux souscrits par le pouvoir exécutif »*. La Constitution de l'Uruguay dispose dans son article 85 : *« correspond aux compétences de l'Assemblée Générale : 7. Décréter la guerre ou la paix. Approuver ou désapprouver par majorité absolue de chaque chambre les traités de paix, de commerce, et les conventions ou contrats de toute nature conclus par le pouvoir exécutif avec des puissances étrangères »*.

³¹⁹ CATALDI María Eva, "Competencias de los poderes legislativo y ejecutivo en la aprobación de tratados internacionales, tratados formales vs. Acuerdos ejecutivos". Instituto de capacitación parlamentaria, diplomatura en gestión legislativa. Tesis de grado. Julio de 2016.p.12

³²⁰CATALDI María Eva, "Competencias de los poderes legislativo y ejecutivo en la aprobación de tratados internacionales, tratados formales vs. Acuerdos ejecutivos". Instituto de capacitación parlamentaria, diplomatura en gestión legislativa. Tesis de grado. Julio de 2016.p.12

II. La portée de l'intervention parlementaire

La portée de l'intervention parlementaire dans la formation des traités peut être analysée sous deux angles : le premier, sur le champ d'action dont dispose le parlement dans l'accomplissement de l'approbation des traités quand son intervention est impérative Et le deuxième sur la portée de l'intervention du pouvoir législatif sur la formation de traités qui *a priori* ne nécessitent pas une approbation législative mais au sujet desquels les congrès nationaux ont un droit de regard en tenant compte de leur fonction de contrôle général.

Cela est en lien direct avec la relation établie entre l'exécutif et le législatif, conçue par la Constitution de chaque Etat et tout particulièrement par la nature du système politique qui a été adopté. Philip Norton nous dit à ce propos : « *La nature du système influence fondamentalement la capacité du parlement à contrôler l'exécutif. Dans un système présidentiel, le parlement n'a pas une relation symbiotique avec l'exécutif. Il est indépendant et peut contester et bloquer les mesures de l'exécutif sans mettre en jeu son mandat ou celui du président. Sa capacité à exercer un pouvoir de contrôle peut être limitée par des variables politiques, le fait que le même parti contrôle le législatif et l'exécutif n'étant pas la moindre. Formellement, pourtant, le parlement se trouve dans une position solide pour questionner les actions de l'exécutif et déterminer quelles mesures législatives et fiscales sont dignes d'être approuvées. Là où les partis sont faibles, ou là où aucun parti ne contrôle à la fois la présidence et le parlement, il existe la possibilité pour le législatif de contester et de contrôler de façon significative les actions de l'exécutif* »³²¹.

Les Etats de l'Amérique Latine ont construit un système d'organisation politique éminemment présidentieliste, où le Président de la République est à la fois le chef de l'état et le chef du gouvernement qui est élu directement par le peuple. On pourrait imaginer qu'au sein de ces systèmes présidentielistes la séparation des pouvoirs soit tellement rigide qu'elle ne permette pas des contrôles et encore moins des contrôles du législatif envers l'exécutif. Or, bien que, dans le système présidentieliste, le gouvernement n'a pas besoin de s'appuyer sur la « confiance » du parlement il peut tout de même « *contester et bloquer les mesures de l'exécutif sans mettre en jeu*

³²¹ NORTON Philip, « La nature du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010/3 (n° 134), p. 5-22. DOI : 10.3917/pouv.134.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2010-3-page-5.htm>

son mandat ou celui du président. Le parlement se trouve dans une position solide pour questionner les actions de l'exécutif et déterminer quelles mesures sont dignes d'être approuvées »³²².

Un autre élément déterminant de la relation entre l'exécutif et le législatif est la formation de l'Assemblée Nationale. Philip Norton décrit l'incidence de cet élément sur le contrôle du législatif vers l'exécutif ainsi: « *Un système bicaméral encourage la fonction de réflexion, une chambre « discutant, en général mais pas exclusivement, le travail de l'autre chambre. C'est ce qu'on appelle parfois l'« effet de conciliation », qui permet une sobre réflexion sur les propositions de l'autre chambre. Cela peut donc permettre de questionner et de contrôler l'exécutif. Ce qui sera en particulier le cas quand l'exécutif ne dispose pas de majorité parlementaire dans la chambre haute et quand les pouvoirs de celle-ci sont les mêmes que ceux de la chambre basse »³²³.*

Parmi les Etats Sud-Américains, sept disposent d'un système bicaméral et trois d'un système monocaméral³²⁴ mais, ainsi que nous allons le voir, cette spécificité ne semble pas avoir une véritable influence sur l'exercice de leur fonction de contrôle.

Ainsi, avec un parlement qui est censé être autonome et fort et où la capacité de sa fonction de contrôle peut seulement être modulées par les variations à caractère politique, les Constitutions Sud-Américaines ont prévu différents types de contrôle. En effet, le contrôle est l'instrument le plus efficace pour éviter les abus de pouvoir des organes étatiques.

En ce qui concerne la conclusion des traités, tel que nous l'avons précisé dans le chapitre précédent, l'intervention du législatif n'est pas obligatoirement requise dans tous les cas mais cela ne veut pas dire pour autant que le parlement est privé de sa fonction de contrôle à l'égard de l'exécutif. En effet, chaque Etat va instaurer des degrés et des modalités différents sur la portée de l'intervention parlementaire dans la conclusion des traités internationaux.

³²² Idem

³²³ Idem

³²⁴ Monocaméral : Pérou, Venezuela et l'Equateur. Bicaméral : La Colombie, l'Argentine, Paraguay, Uruguay, Brésil, Bolivie, Chili.

A. La portée de l'intervention législative comme un acte d'autorisation limitée

Il faut dès à présent préciser la règle générale qui est que même dans les cas où l'intervention du congrès est obligatoire pour pouvoir engager la responsabilité internationale de l'Etat, le rôle du législatif se limite, en général, à approuver ou désapprouver le texte qui a été négocié par l'exécutif. C'est-à-dire qu'au cours de la phase de conclusion du traité, la Constitution ne donne pas la faculté au pouvoir législatif de modifier ou d'ajouter des éléments au texte présenté par l'exécutif. Cette intervention du législatif est définie par Jose Dobovsek ainsi : « *L'approbation d'un traité doit être interprétée comme une autorisation au pouvoir exécutif de poursuivre le processus de formation du consentement de l'état (pour s'obliger dans la sphère internationale)* »³²⁵

Cette définition s'éloigne donc de la fonction législative propre des parlementaires. Le parlement intervient à un stade précis dans la procédure d'élaboration des engagements internationaux où il n'y a pas lieu à modifications au fond. Bien que cette fonction normative soit politiquement une prérogative essentielle dans l'exercice du contrôle de la politique étrangère, le rôle du parlement est limité à autoriser ou à désapprouver la ratification des traités.

La Constitution colombienne défend cette position qui consiste à limiter le parlement, lorsqu'il est prié d'intervenir, à analyser le projet présenté par l'exécutif sans pouvoir apporter une modification quelconque. Cependant, l'article 217 de la loi 5 de 1992 alloue la possibilité au congrès de conditionner l'entrée en vigueur d'un traité à l'approbation du législatif sous réserve toutefois d'une date d'entrée précise dans l'ordre juridique interne. Cette loi prévoit également une possibilité d'approbation partielle du traité grâce à la création de réserves ou de déclarations.

L'article dont nous parlons fut déclaré constitutionnel par la Cour Constitutionnelle colombienne dans une célèbre décision dans laquelle le juge précise : « *Si le congrès peut approuver ou désapprouver l'intégralité d'un traité, il va de soi qu'il peut aussi l'approuver ou le désapprouver partiellement. Et il peut aussi décaler son entrée en vigueur. Dans la sphère internationale seul le Président de la République peut formuler des « réserves » aux traités, dans le cadre de sa fonction constitutionnelle de « diriger les relations internationales » mais, dans l'ordre interne, nous entendons les réserves comme la non approbation d'une ou de quelques clauses d'un traité. Il est*

³²⁵ DOBOVSEK José, "Inclusión de los tratados en el derecho Argentino". Revista AEQUITAS, vol. 6, Numéro 6 2012.

donc clair que le congrès peut émettre ces réserves, lesquelles devront être consacrées dans la loi comme étant obligatoire pour le gouvernement »³²⁶.

S'il ne peut émettre de réserves, le législatif peut en revanche faire des déclarations qui ont une portée différente. En effet, elles sont insérées dans le texte non pas dans le but d'exclure ou de modifier l'obligation internationale, mais afin de fixer sa portée ou le sens de ses termes. La Cour Constitutionnelle a expressément validé cette position à l'occasion du recours de constitutionnalité de la loi 67 de 1993 approbative de la convention des nations unies contre le trafic illicite des stupéfiants, en ces termes : *« La Cour Constitutionnelle considère que le congrès peut faire des déclarations interprétatives lors de l'approbation d'un traité, car s'il est compétent pour exclure certaines dispositions (réserves), il peut de toute évidence également accepter des clauses sous réserve qu'elles soient interprétées d'une façon déterminée (réserves interprétatives). Cependant, la Cour précise que le congrès peut exercer cette faculté à condition de ne pas modifier le texte du traité »³²⁷*

Au Chili, le débat sur la possibilité du parlement de présenter des réserves ou des déclarations lors du processus d'approbation d'un traité, fut tranché avec la réforme constitutionnelle de 2005. En effet, avant cette réforme et face à un silence constitutionnel, la position adoptée était très limitative. Le secrétaire de la commission des relations internationales de l'Assemblée des Députés du Chili, M. Federico Vallejos, disait à ce propos : *« récemment, ces réserves n'ont pas été acceptées même dans les cas où les parlementaires et les représentants du gouvernement s'étaient mis d'accord sur le texte. Il est seulement admis que le congrès national transmette ses opinions pour être prises en compte par le Président de la République au moment de la ratification [...] les réserves formulées lors de la ratification concernent des actes encadrés par le droit international dans lesquels le Président de la République, en sa qualité de titulaire du pouvoir de représenter internationalement son Etat, manifeste sa décision d'engager l'Etat ; au contraire, quand le parlement formule des réserves, il le fait sur des actes qui sont encadrés par le droit constitutionnel*

³²⁶ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad del artículo 217 de la ley 5a de 1992 » Arrêt C-227/93 du 17 juin 1993.

³²⁷ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión constitucional de la Ley 67 de 2 » de agosto de 1993 « por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas », suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988". Arrêt C-176/94 du 12 avril 1994.

et en sa qualité de dépositaire de la souveraineté nationale. Dans ce cas, comme le congrès national n'a pas de facultés pour représenter internationalement l'Etat, ses réserves doivent être interprétées comme une proposition faite au Président de la République, qui peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur la conduite des relations internationales, décider s'il les prend en compte ou pas »³²⁸

Cette position a changé partiellement avec la réforme constitutionnelle de 2005 qui a inclus dans son article 54 la faculté du parlement à émettre des réserves et déclarations interprétatives ainsi que l'obligation imposée à l'exécutif de soumettre à l'approbation du législatif un éventuel retrait de réserves qui furent approuvées par cet organe dans le passé dans un traité.

En réalité, en utilisant le terme « suggérer » et non « imposer », l'article 54 de la Constitution chilienne n'élargit pas la portée de l'intervention du pouvoir ; cela signifie que le pouvoir de l'exécutif n'est pas altéré puisque c'est lui qui va décider s'il prend en compte les suggestions faites par le législatif.

Le professeur Teodoro Ribera Neumann, nous explique ce choix ainsi : *« ce paragraphe de l'article 54 trouve son origine dans le projet de réforme constitutionnelle présenté par les sénateurs Romero et Chadwick, où ils ont préconisé que le congrès national pouvait dans le cas où cela serait compatible avec le droit international, requérir la formulation ou le retrait des réserves et/ou déclarations interprétatives, sans lesquelles le Président de la République ne pouvait pas ratifier ou adhérer à un traité. Ce sujet fut largement débattu et il a été estimé que cela perturbait les facultés présidentielles sur la conduction de la politique internationale du pays. En définitive, ils ont opté pour une norme d'équilibre, en vertu de laquelle le Congrès National peut suggérer la formulation de réserves et des déclarations interprétatives, mais c'est le Chef de l'Etat qui prend la décision »³²⁹.*

³²⁸ GAMBOA SERAZZI Fernando, "La reserva de los tratados en Chile y la participación parlamentaria". *Ius et Praxis* ano 7 n° 2 : 461-468. 2001. Talca, Chile

³²⁹ RIBERA NEUMANN Teodoro, "La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno". *Revista de derecho publico* 2007.

B. L'intervention législative comme un acte de contrôle diffus

Le contrôle politique qu'exerce le parlement sur le pouvoir exécutif est une fonction propre de la représentation populaire qui est consacrée au sein des Constitutions Sud-Américaines³³⁰ mais le contrôle n'est pas une institution unique ou un acte parlementaire isolé. Il est soumis à une véritable procédure comprenant différentes étapes. En effet : « *la première dimension du contrôle est une garantie parlementaire, en vertu de laquelle les commissions sont informées de l'état général de la nation... la deuxième dimension du contrôle est la sanction parlementaire qui peut être la conséquence de l'évaluation sur l'action de l'exécutif* ». En ce qui concerne le contrôle politique exercé en matière de conclusion des traités, il est conçu pour vérifier et/ou protéger les principes politiques et constitutionnels internes dans le cadre des engagements internationaux acquis par l'exécutif. Ce contrôle peut se manifester au travers de la demande de rapports³³¹, d'invitations aux ministres³³², de comptes rendus³³³. Au Pérou, la Constitution prévoit dans l'article 57, le compte rendu comme un moyen de contrôle sur les traités ; en effet il consacre : « *le Président de la République peut conclure ou ratifier des traités ou adhérer à ceux-ci sans approbation préalable du congrès dans des matières non citées dans le précédent article. Dans tous les cas un compte rendu devra être adressé au congrès* ».

La particularité du compte rendu exigé au Pérou est qu'il a été étendu, en tant que moyen de contrôle politique, aux (?) décrets législatifs³³⁴ ainsi que pour les décrets d'urgence³³⁵ et les décrets sur les états d'exception³³⁶. Concernant ces derniers actes juridiques, la Constitution octroie expressément la faculté au congrès de modifier ou déroger les normes adoptées par le Président de

³³⁰ Constitution du Pérou Art 102-2

³³¹ Article 96 Constitution du Pérou

³³² Article 129 constitution du Pérou

³³³ Mesure de contrôle politique établi par la constitution du Pérou pour les traités art. 57

³³⁴ Article 104 Constitution Péruvienne

³³⁵ Article 118 numéral 19 constitutionsdu Pérou

³³⁶ Article 137 constitution du Pérou

la République³³⁷ bien qu'elle n'envisage pas expressément les mêmes sanctions pour les traités conclus sans approbation législative préalable, car l'article 57 de la Constitution Péruvienne impose seulement une obligation d'information à l'exécutif envers le législatif. La loi N° 25397 du 31 janvier 1992 sur le contrôle parlementaire des actes normatifs du Président développe l'article constitutionnel en précisant que l'obligation précisée dans la Constitution ne se limite pas à une simple notification sur les traités conclus mais à un rapport complet où le pouvoir exécutif doit justifier et exposer les raisons pour lesquelles il a engagé internationalement l'Etat.

La loi précise également la procédure que doit suivre le parlement lors du contrôle car il est censé vérifier que les normes constitutionnelles et la législation nationale sont respectées³³⁸. « *Ce contrôle est effectué sur le contenu matériel des traités conclus. Il présente un aspect politique car il évalue l'action du pouvoir exécutif face aux intérêts de l'état, mais il a également un aspect législatif car il doit vérifier si les obligations internationales prévues dans le traité sont compatibles avec le droit interne.* »³³⁹ Ainsi, les traités conclus par le pouvoir exécutif sont soumis à la commission des affaires étrangères. Si cette commission n'émet pas une opinion favorable, le traité est soumis au congrès pour une décision finale et si celle-ci est négative, le congrès émet une résolution législative qui à partir de sa publication rendra le traité invalide dans l'ordre interne péruvien³⁴⁰.

Un article semblable à celui de la Constitution Péruvienne est mentionné dans la Constitution de l'Equateur. En effet, le deuxième paragraphe de l'article 418 prévoit : « *La Présidente ou le Président de la République doit informer l'Assemblée Nationale de tous les traités souscrits, en précisant leur caractère et leur contenu. Un traité ne pourra être ratifié que dix jours après la notification faite à l'Assemblée* ». Cet article est repris par l'article 109 de la loi organique de la fonction législative sans plus de précisions sur les modalités de notification, ni sur les conséquences d'un éventuel non-respect.

³³⁷ Article 118 numéral 19 constitution du Pérou

³³⁸ Article 28 de La loi No. 25397 du 31 janvier 1992

³³⁹ MENDEZ CHANG Elvira, "El control parlamentario de las atribuciones del Presidente en la celebración de convenios ejecutivos internacionales". Fondo editorial de la PUCP. Lima 1999. Pag. 62

³⁴⁰ Article 30 à 32 de la loi 25397 du 31 janvier 1992

La Constitution Argentine ne prévoit aucun contrôle particulier pour les traités conclus sans approbation législative et cela fait partie des grandes préoccupations des membres du parlement argentin. Ainsi, un projet de résolution fut présenté pour demander un rapport ou un compte rendu au pouvoir exécutif sur les accords exécutifs internationaux signés par la République de l'Argentine sans approbation parlementaire depuis 2003³⁴¹.

Concernant les traités qui ont besoin d'une approbation parlementaire, le Chili prévoit que : « *le congres peut suggérer la formulation de réserves et faire des déclarations interprétatives, donner son avis au Président si celui-ci le lui demande...et il faut également souligner que la Constitution Politique octroie des facultés au congrès et bien que celles-ci ne concernent pas les affaires étrangères, elles peuvent par extension s'appliquer à ce domaine, un exemple de ceci est l'attribution exclusive qu'a le pouvoir législatif de contrôler les actes du gouvernement* »³⁴². La portée du contrôle législatif est donc assez limitée au Chili. A ce propos, Patricio Valdivieso soutient que la participation du congrès dans le domaine des affaires étrangères a été de faire profil bas, en se limitant à l'accomplissement d'un rôle de collaboration et d'accompagnement face aux politiques présentées par l'exécutif³⁴³.

En Colombie, l'article 136 alinéa 2 énonce une interdiction formelle inédite envers le législatif de demander au gouvernement une quelconque information en matière diplomatique ou sur les négociations à caractère réservé. Cependant, il faut signaler que depuis quelques années, l'exécutif colombien développe une pratique contraire à cet article en ouvrant la possibilité de convier des membres du législatif aux négociations des certains traités, notamment dans les traités de libre commerce. Ainsi, en 2007, le gouvernement a invité le législatif ainsi que d'autres acteurs civils à

³⁴¹ Proyecto de resolución "Pedido de Informes al Poder Ejecutivo sobre los Acuerdos Ejecutivos Internacionales firmados por la República Argentina que no requieran Aprobación Parlamentaria para su Entrada en Vigor desde el año 2003 hasta la fecha". N° Expediente 3651'D'2006, Trámite Parlamentario 81 (29/06/2006). Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3651-D2006>

³⁴² BUSTAMANTE Gilberto et RIVERA Jorge, " Los actores de la política exterior : el caso del Congreso Nacional en Chile". *Polis* [En línea], 28 | 2011, Publicado el 15 abril 2012, consultado el 22 enero 2018. URL : <http://journals.openedition.org/polis/1308>

³⁴³ VALDIVIESO Patricio, "Congreso Nacional y política exterior chilena. Estado actual y algunas propuestas". *Estudios Internacionales*, 158 (septiembre-diciembre): 149-177 2007.

participer aux négociations concernant le TLC avec les Etats Unis et un débat a été ouvert au sein de ce qui a été dénommé comme « la chambre d'à côté ». Hélas, les bonnes intentions de l'exécutif se sont avérées peu concluantes, puisqu'aucun apport ni suggestion de cette chambre ne fut inséré ou pris en compte dans les véritables négociations.

L'article 225 de la Constitution colombienne prévoit également la commission consultative des relations internationales. Cette commission, composée de trois députés et de trois sénateurs, est définie par la loi 68 de 1993 comme : « *un corps consultatif du Président de la République qui étudie les affaires soumis à elle par le Président de la République* ». La politique internationale de la Colombie, les négociations diplomatiques et la conclusion des traités internationaux font partie des sujets qui peuvent être soumis à la Commission sans toutefois que cela revête un caractère obligatoire.

III La démocratie directe comme un facteur du déclin du législatif

La démocratie directe est dotée de différents mécanismes tels que le plébiscite, le referendum ou encore l'initiative populaire conçus pour renforcer la participation directe du peuple, ils sont communément appelés « *mécanismes de démocratie directe* »³⁴⁴. David Altman définit ces mécanismes comme « *une institution publiquement reconnue dans laquelle les citoyens décident ou donnent leur avis dans différents domaines de façon directe grâce au suffrage universel et secret* »³⁴⁵. Les Constitutions Sud-américaines reprennent plusieurs de ces mécanismes, certainement en raison de la demande des citoyens de participer activement aux prises de décisions et dans un souci de transparence face à un monde politique durement discrédité.

Certains de ces mécanismes de démocratie directe ont plusieurs définitions et il est parfois difficile de les distinguer. Ainsi, le plébiscite et le référendum font tous les deux appels à un vote populaire dépourvu de caractère électif et cet élément commun suffit pour parler indistinctement des deux figures juridiques ce qui engendre une grande confusion.

³⁴⁴ MDD

³⁴⁵ ALTMAN David, « Direct democracy at the turn of the century3. In *Direct Democracy Worldwide* (pp. 1-31). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511933950.002

En Europe, la différence entre le plébiscite et le référendum reste ambiguë. Le terme plébiscite « a souvent été un moyen, pour les dictatures issues d'un coup d'Etat, d'asseoir leur autorité nouvelle sur la volonté populaire »³⁴⁶. Le plébiscite est aussi considéré comme : « une déviation du référendum en ce que les électeurs sont moins appelés à se prononcer sur un texte qu'à témoigner leur confiance à l'homme d'Etat qui le leur soumet »³⁴⁷. Il est ainsi différencié du référendum : « tandis que le (référendum) porte sur un texte, le (plébiscite) traduit la confiance accordée à un homme »³⁴⁸. En dehors de ces définitions à connotation péjorative, le plébiscite peut être tout simplement considéré comme un synonyme du référendum.³⁴⁹

En Amérique du Sud, le plébiscite n'a pas de connotation péjorative mais la différenciation de ces deux mécanismes de démocratie directe reste complexe. La doctrine sud-américaine les distingue selon le contenu de la consultation et de ses effets juridiques. Ainsi selon Paolo Biscaretti di Ruffia : « le référendum est une manifestation du corps électoral en relation à un acte normatif... le plébiscite est une manifestation du corps électoral en relation à un simple fait concernant la structure essentielle de l'état ou du gouvernement »³⁵⁰. Manuel Garcia Pelayo, pense quant à lui que : « le référendum est le droit du corps électoral à approuver ou désapprouver les décisions des autorités législatives ordinaires et le plébiscite est la consultation du corps électoral sur un acte de nature gouvernementale ou constitutionnelle, c'est-à-dire politique »³⁵¹.

Face à l'hésitation de la doctrine, chaque Constitution nationale a encadré les mécanismes de démocratie directe. Ainsi, en Uruguay, la consultation par laquelle le peuple est appelé à approuver ou rejeter une loi adoptée par l'Assemblée Nationale est connue sous la dénomination de

³⁴⁶ AQUISTAPACE Jean-Noel, « Dictionnaire de la politique dans Référendum et plébiscite, essai de théorie générale », Jean Marie DENQUIN, Paris, 1976. P. 3.

³⁴⁷ GUILLIEN Raymond et VINCENT Jean, « Lexique des termes juridiques ». *in* Référendum et plébiscite, essai de théorie générale, Jean Marie DENQUIN, Paris, 1976. P. 3.

³⁴⁸ JOUVE Edmond, « Encyclopaedia universalis ». *In* Référendum et plébiscite, essai de théorie générale, Jean Marie DENQUIN, Paris, 1976. P. 3.

³⁴⁹ Notamment en Suisse.

³⁵⁰ BISCARETTI DE RUFFIA Paolo, "Derecho constitucional". Madrid, tecnos, 1982.p, 422.

³⁵¹ GARCIA-PELAYO Manuel, "Derecho constitucional comparado". Madrid. Alianza editorial, 1984. P, 184.

référendum³⁵². Le plébiscite, quant à lui, est la consultation faite au peuple pour approuver ou rejeter une réforme constitutionnelle : « *en Uruguay, le plébiscite et le référendum sont des concepts différents. En effet, le plébiscite dans l'ordre juridique de l'Uruguay ne constitue pas un mécanisme de démocratie directe, mais une étape, et plus précisément la dernière étape dans le processus de réforme constitutionnelle, alors que le référendum prévoit l'exercice d'un droit constitutionnel, qui a pour finalité l'abrogation d'une norme légale* »³⁵³.

En Colombie, l'article 134 de la Constitution prévoit plusieurs mécanismes de démocratie directe parmi lesquelles le plébiscite et le référendum au travers d'une norme constitutionnelle développée par la loi 134/1994. Ainsi, en Colombie le plébiscite est la consultation faite par le Président de la République au peuple sur les politiques de l'exécutif qui n'ont pas besoin d'approbation de l'Assemblée Nationale. Le référendum est la consultation faite au peuple pour approuver ou rejeter un projet de norme juridique ou déroger une norme déjà en vigueur.

Le Brésil a également encadré ces deux types de mécanismes de démocratie directe en précisant que le plébiscite est une forme de consultation populaire utilisée avant qu'une loi n'entre en vigueur alors que le référendum porte spécifiquement sur une loi en vigueur³⁵⁴.

Bien que les Constitutions Sud-Américaines prévoient différents mécanismes de participation citoyenne, en matière de traités internationaux le référendum est le mécanisme le plus utilisé et, en conséquence, le plus encadré. Le référendum est défini comme « *la procédure décisive de la démocratie directe ou semi directe, par laquelle le peuple intervient dans l'adoption ou la réforme de la Constitution, dans l'approbation ou dans l'abrogation des lois, dans la prise de décisions politiques d'importance majeure* »³⁵⁵ ou encore comme : « *une procédure qui permet aux citoyens de se prononcer directement sur un projet. Il s'oppose donc aux techniques du régime représentatif,*

³⁵² Article 79 de la Constitution de l'Uruguay : réglementé par la loi No. 16.017 du 20 janvier 1989 modifié par la Loi No. 17244 du 30 juin 2000.

³⁵³ GONZALEZ RISSOTO Rodolfo, "La democracia directa en Uruguay". Revista de derecho electoral, Tribunal supremo de elecciones, N°6, segundo semestre 2008. P, 4.

³⁵⁴ Article 14 de la Constitution règlementé par la loi 9709 /98

³⁵⁵ MADRID-MALO Mario, « Dicionario básico de términos » Editorial Legis. Septiembre 1994.

où le rôle du peuple consiste seulement à désigner par voie d'élection ceux qui décident en son nom ». ³⁵⁶

Chaque Constitution Sud-Américaine définit les modalités et les procédures des types de référendum. Elle attribue la compétence pour convoquer le peuple à se manifester à : l'exécutif, au législatif, aux deux pouvoirs et aussi au peuple même. Elle limite également les domaines sur lesquels peuvent porter ces consultations populaires. Jusqu'aux années 90, les affaires de sécurité nationale, la souveraineté étatique et les relations internationales étaient exclus de ces consultations.

En ce qui concerne les relations internationales et plus particulièrement les traités internationaux, la situation a beaucoup évolué car certains Etats de l'Amérique du Sud ont surmonté leur inquiétude à l'égard du peuple, faisant du référendum un moyen de le solliciter directement et d'écarter le pouvoir législatif de sa fonction classique de contrôle.

A ce propos, Stefanini Marthe nous dit : « *ces dernières années, de plus en plus nombreuses sont les Constitutions qui semblent se méfier du peuple et de ses réactions sur les questions internationales : certaines prévoient notamment qu'un référendum ne peut pas remettre en cause des obligations découlant du droit international (c'est le cas du Danemark, de la Hongrie, de la Serbie) ou ne peuvent porter sur des lois de ratification de traités internationaux (Italie, Colombie, Venezuela qui ont des procédures de référendum abrogatif). En Estonie, le référendum ne peut avoir pour objet la ratification ou la dénonciation d'un traité international ; de même en Lettonie... Toutefois, à l'inverse, nombreux sont encore les Etats qui permettent qu'un traité international puisse être ratifié voire dénoncé par référendum, ou encore exigent que certaines questions de droit international soient soumises au référendum notamment, et très logiquement, celles engageant la souveraineté de l'Etat (Croatie, Irlande par le biais de la révision de la Constitution, par exemple). Mais dans beaucoup de cas, la soumission d'une loi de ratification*

³⁵⁶ HAMON Francis, « Le référendum. Droit constitutionnel et institutions politiques ». Document d'études No. 1.21 édition 2007. la documentation française, p 1.

d'un traité international au référendum est facultative (comme en France) ou cette procédure n'a qu'une valeur consultative (cas du Lichtenstein) »³⁵⁷

Dans la relation référendum-traité international, trois approches différentes existent : une première approche, très classique, où les sujets portant sur les relations internationales restent inexorablement exclus d'une approbation référendaire -soit parce que la Constitution l'envisage comme une interdiction soit parce que la Constitution garde un silence sur le sujet et que la pratique constitutionnelle reste inexistante- ; une deuxième approche mitigée où le référendum a une place facultative dans l'approbation des traités et une dernière approche où dans certains cas le référendum est un moyen d'approbation des traités internationaux obligatoire et contraignant.

A. Du silence à l'interdiction constitutionnelle du référendum dans la formation des traités

Si les mécanismes de participation directe ont bien pour principe de renforcer la démocratie, ils ne sont pas à l'abri d'une manipulation dans le but d'être détournés des valeurs démocratiques. Alicia Lissidini, dans son ouvrage « *la démocratie directe en Amérique Latine entre la délégation et la participation* » précise que pour renforcer la démocratie, les mécanismes de participation citoyenne doivent promouvoir la participation et la culture et également s'engager dans les affaires publiques, lutter pour légitimer des décisions politiques, assurer la transparence et renforcer la relation entre les citoyens et les politiques et que si les mécanismes ne remplissent pas ces conditions, ils peuvent produire l'effet inverse et affaiblir la démocratie, notamment quand ils sont utilisés pour incrémenter le pouvoir des autorités en exercice ou quand ils sont utilisés démagogiquement³⁵⁸.

A ce propos, au terme d'une recherche approfondie sur l'utilisation de ces mécanismes en Amérique Latine, Daniel Zovatto³⁵⁹ est arrivé à la conclusion que la majorité de ces consultations

³⁵⁷ MARTHE FATIN-ROUGE Stefanini, « Le recours au référendum à l'heure de la globalisation » HAL, archives ouvertes, consultable en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01464299/document>. P.13

³⁵⁸ LISSIDINI Alicia, "Democracia directa en Latinoamérica : entre la delegación y la participación." 1a ed.- Buenos Aires : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales- CLACSO, 2011.

³⁵⁹ ZOVATTO Daniel, "Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina". Balance comparado : 1978-2010. Revista de sociología. 2010.At.87.

a une origine gouvernementale, c'est-à-dire qu'elles sont proposées par l'exécutif et que cela prouve non seulement la puissance du présidentielisme en Amérique du Sud mais aussi la réelle manipulation de ces mécanismes qui sont utilisés dans le cadre d'une adoption rapide de mesures afin de permettre l'exécution de politiques souhaitées par l'exécutif. Un exemple concret de cette démonstration est sans doute le référendum proposé par Hugo Chavez au Venezuela qui a validé l'adoption d'une réélection présidentielle à vie³⁶⁰ ; ou encore le référendum convoqué par Alberto Fujimori au Pérou qui a permis de légitimer son coup de force en avril 1992 où il a dissous l'Assemblée Nationale et les tribunaux nationaux.

Des soupçons systématiques de manipulation apparaissent dès lors légitimes quand les mécanismes de démocratie directe sont proposés par l'exécutif. Les détracteurs des consultations populaires évoquent également l'inaptitude des citoyens à mesurer les conséquences de leur vote. Yanina Welp et Alicia Lissidini illustrent cette méfiance par des exemples très concrets : « *Pendant l'année 2016, le soutien populaire à la sortie du Royaume Uni de l'Union Européenne connue comme « Brexit » (23 juin) et le refus au « plébiscite pour la paix » en Colombie (2 octobre) ont encouragé les voix critiques contre la participation citoyenne directe dans la prise des décisions politiques. Ceux qui ont toujours refusé la consultation directe au peuple ont repris les arguments classiques concernant l'incapacité du « citoyen commun » à prendre des décisions complexes et/ou la possibilité de manipulation* »³⁶¹.

Bien que toutes les Constitutions Sud-Américaines consacrent les mécanismes de participation citoyenne, en particulier le référendum,-à des degrés très hétérogènes- comme un droit des citoyens, ce droit peut être délimité ou conditionné au contenu dudit référendum. Jean-François Aubert pose une question sur les mécanismes de participations citoyennes qui pourrait paraître anodine mais qui est en réalité essentielle : « *sur quelles matières le peuple peut-il se prononcer ?* ». La réponse donnée par Aubert est tout aussi intéressante : « *... il arrive qu'après avoir énuméré les objets nécessaires ou possibles du référendum, les organisateurs de l'Etat prévoient des exceptions. Ces exceptions tiennent parfois aux circonstances, notamment quand l'entrée en*

³⁶⁰ Référendum constitutionnel de Venezuela 15 février 2009.

³⁶¹ WELP Yanina et LISSIDINI Alicia, "Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia". Zurich open repository and archive, Univesity of Zurich. 2017. P. 4.

vigueur de l'acte ne souffre aucun délai. Mais elles sont parfois plus générales et excluent du référendum, en raison de leur domaine, toute une catégorie d'actes qui, normalement, devraient y être soumis. Il est assez intéressant de constater que les lois sur les impôts, ou celles sur les traitements des fonctionnaires, que les citoyens de chez nous suivent avec vigilance, leur sont expressément soustraites au Danemark (art. 42 VI de la Constitution) et en Italie (art. 75 II)... »³⁶².

De nombreux Etats d'Amérique du Sud ont également censuré certains domaines, parmi lesquels ceux liés aux relations internationales de l'état et plus précisément les traités internationaux. Cette interdiction expresse est presque automatique dans les Etats qui ont une vocation certaine et donc une réglementation complexe en ce qui concerne à la démocratie directe.

La Constitution Colombienne prévoit deux types de référendum. L'article 170 consacre un référendum dérogatoire des lois en en limitant toutefois la portée dans son dernier paragraphe : « *Le référendum n'est pas possible pour les lois approbatrices des traités internationaux, ni pour la loi de budget ni pour les lois sur des matières fiscales* ». Ce type de référendum permet un contrôle politique des citoyens sur le législatif. Il est donc logique que les lois approbatrices soient exclues des traités internationaux, car dans leur processus de formation, l'organe législatif n'agit pas comme un organe légiférant puisqu'il n'y a pas de délibération sur le fond des négociations de l'exécutif mais comme un organe de contrôle.

Selon la norme constitutionnelle Colombienne, le référendum peut aussi être de nature approbative. Ce type de référendum est notamment prévu pour la réforme constitutionnelle (article 374, titre II chapitre I) mais il n'y pas de précision à propos des traités internationaux. C'est l'article 28 de la loi des mécanismes de participation citoyenne qui prévoit expressément une interdiction : « *des référendums approbatifs ne pourront pas être présentés sur les matières suivantes : 3. Les relations internationales* ».

Si dans la Constitution et dans la loi qui développe l'article constitutionnel sur le sujet, les choses sont claires, la position de la Cour Constitutionnelle Colombienne peut s'avérer confuse.

³⁶² AUBERT Jean-François, « Le Référendum populaire dans la révision totale de 1872/1874 », in : revue de droit suisse, vol. 93 (1974) n°1, pp. 409-431

En effet, aux termes de sa jurisprudence, la Cour fait de longs développements sur l'importance des mécanismes de participation citoyenne : « *L'objectif de la démocratie participative est d'octroyer au citoyen la certitude de ne pas être exclu du débat, de l'analyse, ni de la résolution des facteurs qui ont une incidence dans sa vie quotidienne, et de ne pas être exclu des processus politiques qui ont un impact sur l'avenir de la collectivité. La Constitution estime que chaque citoyen est un élément actif dans les déterminations à caractère public et qu'il a son mot à dire sur ces sujets. Ceci produit de véritables droits protégés par la Constitution qui en même temps prévoit les mécanismes les plus adaptés pour l'exercice de ces droits* »³⁶³

A côté de cette définition large, la jurisprudence est plus restrictive quand il s'agit de faire des mécanismes de participation citoyenne sur les traités internationaux, donnant ainsi une application littérale des articles constitutionnels cités ci-dessus: « *La Cour déclare inconstitutionnelle la possibilité que par voie de plébiscite le peuple puisse se prononcer « sur les décisions prévues dans l'article 150, alinéa 16 de la Constitution politique* ». En effet, en conformité avec l'article 170 de la Constitution, le référendum ne peut pas s'effectuer en ce qui concerne les traités internationaux »³⁶⁴

Les articles 121 et 122 de la Constitution du Paraguay encadrent de façon très limitative le référendum en prévoyant que le seul organe qui a la faculté de convoquer le peuple est l'Assemblée Nationale et en restreignant le contenu du référendum aux lois et aux projets de lois. De même, le caractère contraignant du référendum est laissé à la libre appréciation du législatif qui peut réduire la décision du peuple à un simple avis consultatif.

Et, suivant le modèle colombien, l'alinéa 1^{er} de l'article 122 délimite encore davantage le référendum en précisant : « *ne pourront pas être soumis à référendum : 1. Les relations internationales, les traités, les conventions ou les accords internationaux* ».

Cependant, il existe une exception à cette règle au sein de la Constitution du Paraguay.

³⁶³ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 27 (parcial y 29 de la Ley 79 de 1988 » Arrêt No. C-021/96 du 23 janvier 1993.

³⁶⁴ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 92/1992 Senado – 282/1993 Cámara » por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana” Arrêt No. C-180/94 du 14 avril 1994.

Il découle de la lecture des articles 142 et 290 de la Constitution que la dénonciation d'un traité qui porte sur les droits de l'homme doit suivre la procédure réservée aux amendements constitutionnels qui prévoit un référendum populaire obligatoire et contraignant³⁶⁵. Ce choix surprenant est justifié par Maria Elodia Almiron Prujet ainsi : « *La dénonciation est une procédure spéciale qui provient du droit international public et qui est en relation directe avec le terme renonciation d'un Etat à la norme consacrée par un traité international souscrit par lui. C'est-à-dire, que l'effet de cette dénonciation serait de laisser sans effets la portée et le caractère contraignant de l'instrument international des droits de l'homme dans le territoire paraguayen. De ce fait, le Paraguay a prévu un mécanisme constitutionnel pour la dénonciation, au travers du même procédé que l'amendement constitutionnel contenu dans l'article 290. Ce mécanisme a un caractère spécial... c'est un mécanisme sûr et restrictif pour la dénonciation des instruments internationaux qui protègent les droits de l'homme, car, après une longue période de violations constantes aux droits fondamentaux des paraguayens il était impérieux de prévoir un mécanisme efficace pour que ce genre de traités ne puisse pas être laissé sans effet dans le territoire national* »³⁶⁶.

Ce référendum constitutionnel est développé par l'article 256 du Code Electoral paraguayen qui précise que le peuple devra approuver ou désapprouver la dénonciation du traité préalablement établie par l'Assemblée Nationale.

Les Constitutions colombienne et paraguayenne sont les seules de l'Amérique du Sud à interdire expressément le référendum en matière de traités. Cependant, les Constitutions de l'Argentine, de l'Uruguay et du Chili contiennent une interdiction implicite.

³⁶⁵ LEZCANO CLAUDE Luis, "La reforma constitucional en el Paraguay". Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, voir en ligne: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30250/27306>. P. 25: « solo los referendos sobre una enmienda constitucional o una denuncia de tratados relativos a derechos humanos (arts 290 y 142 Cn), tienen caracter obligatorio. En efecto, los procedimientos que acabamos de mencionar comprenden una primera fase que consiste en el tratamiento del proyecto de enmienda o de denuncia por las camaras del congreso. En caso de que estas lo aprueben, esta prevista la realizacion de un referendo. Notese que esta segunda fase debe llevarse a cabo necesariamente si se pretende culminar el procedimiento. En este sentido, es decir, en cuanto a lo imprescindible de su realizacion luego de la aprobacion por el congreso, es que afirmamos que en los aludidos casos el referendo reviste caracter obligatorio »

³⁶⁶ ALMIRON PRUJEL María Elodia, " Constitución y Derechos Humanos". Asuncion : Intercontinental, 2004. P. 26

Dans son article 22, la Constitution Argentine prévoit la démocratie représentative comme unique moyen de manifestation de la souveraineté du peuple. Malgré cette restriction, l'article 39 de la Constitution de 1994 prévoit une initiative populaire pour les lois, mais les traités sont expressément exclus de cette modalité de mécanisme de participation citoyenne : « *les projets de lois peuvent faire référence à toute matière sauf à l'amendement constitutionnel, les impôts, les traités internationaux, le budget et le domaine pénal* »

Dans son article 40, la Constitution consacre une consultation populaire qui peut être contraignante (pour tout sujet appartenant au domaine de la loi) ou non contraignante (pour tout sujet du domaine de la loi ou du domaine administratif). Pour mettre en œuvre le premier type de consultation populaire, le seul organe compétent est le congrès de la République, pour le deuxième type de consultation populaire, la Constitution a autorisé le congrès mais aussi le Président de la République.

Les deux types de consultation populaire sont règlementés par la loi 25.432 du 21 juin 2001 dont un article en commun : « *Peut être soumis à consultation populaire... sauf des projets de lois dont le processus de sanction est spécialement règlementé par la Constitution Nationale, avec la détermination de la chambre d'origine, avec l'exigence d'une majorité qualifiée pour son approbation* »³⁶⁷. Bien qu'aucune de ces normes ne fasse expressément allusion aux traités internationaux, il convient de tenir compte de la différenciation faite par la même Constitution entre loi et traité. En effet, l'alinéa 22 de l'article 72 précise clairement d'une part que les traités ont une hiérarchie supérieure aux lois et d'autre part que toutes les facultés octroyées à l'assemblée nationale pour l'approbation des traités sont expressément encadrées par la Constitution. Il ressort dès lors de la lecture conjointe de ces normes constitutionnelles qu'aucun des deux mécanismes de participation citoyenne n'est possible pour l'approbation d'un traité.

En ce qui concerne l'Uruguay, le deuxième paragraphe de l'article 79 de la Constitution consacre un référendum abrogatif : « *vingt-cinq pour cent du total des inscrits habilités à voter, pourront déposer dans l'année suivante de sa promulgation, un recours en référendum à l'encontre des lois et exercer ainsi le droit d'initiative devant le pouvoir législatif. Ces mesures ne sont pas applicables*

³⁶⁷ Article 1 et 6 de la loi 25.432

sur les lois qui consacrent les taxes. Elles ne seront pas non plus applicables dans les cas où l'initiative est exclusive du pouvoir exécutif».

Cet article, développé initialement par la loi 16.017/1989, a été modifié par la loi 17.244 du 30 juin 2000 qui établit dans son article 22 les normes ne pouvant pas être l'objet de ce type de référendum : « *le recours au référendum n'est pas possible contre : A) les lois constitutionnelles (littéral D) de l'article 331 de la Constitution ; B) les lois dont l'initiative, en raison de leur matière sont exclusives au pouvoir exécutif (articles 86 in fine, 133 et 214 de la Constitution) ; C) les lois qui consacrent les impôts, les taxes et les contributions spéciales (articles 11°, 12° et 13° du code des impôts) »*

La Constitution uruguayenne prévoit aussi comme mécanisme de participation citoyenne l'initiative populaire. L'article 331 précise : « *A) par initiative populaire de dix pour cent des citoyens inscrits dans le registre civique national, un projet devant le Président de l'Assemblée Nationale pourra être présenté »*

Nous pouvons donc constater que la Constitution de l'Uruguay ne fait aucune allusion à la possibilité d'utiliser le référendum dans le cadre d'un traité international.

Au Chili, les mécanismes de participation citoyenne ne sont pas expressément consacrés dans la Constitution. Le dernier paragraphe de l'article 1 constitutionnel y fait une allusion très générale en ces termes : « *c'est un devoir de l'Etat de veiller à la sécurité nationale, protéger la population et la famille, promouvoir l'intégration harmonieuse de tous les secteurs de la nation et d'assurer le droit des personnes à participer en condition égale à la vie nationale »*. Bien que cet article semble intégrer la démocratie participative comme une prérogative du peuple, le premier paragraphe de l'article 5 constitutionnel vient limiter cette première impression en affirmant : « *la souveraineté appartient essentiellement à la nation. Son exercice se réalise par le peuple au travers du plébiscite et des élections, mais aussi au travers des organes définis par cette Constitution. Aucun secteur du peuple ni aucun individu ne peut s'octroyer son exercice »*.

En dehors de ces deux articles peu clairs sur la démocratie directe, il n'y a pas vraiment de réglementation générale sur les mécanismes de participation citoyenne au Chili, encore moins sur une éventuelle relation référendum-traité international. Bien que le Chili ait fait des efforts, les textes en vigueur qui peuvent éventuellement présenter un lien avec une participation citoyenne

n'ont aucun rapport avec le référendum. Ainsi la loi 20.500 sur les associations et la participation citoyenne dans la gestion publique ne contient aucun article consacré au référendum et encore moins aux traités internationaux.

La démocratie directe au Chili est tellement peu encadrée que l'organisation de coopération et de développement économiques³⁶⁸ affirme dans un rapport très récent : « *une meilleure coordination entre les différentes institutions qui encadrent le processus est nécessaire, ainsi qu'un meilleur suivi et une meilleure évaluation des mesures proposées pour ainsi pouvoir répondre aux besoins des citoyens. Il est nécessaire de consolider les efforts existant pour promouvoir la participation publique dans le processus d'élaboration des normes, établir une vision plus systématique de la consultation avec les parties concernées avant de promulguer des nouvelles normes...* »³⁶⁹

B. Le référendum comme moyen facultatif de substitution au pouvoir législatif dans la conclusion des traités

Bien que pour les précédents Etats, les mécanismes de participation directe constituent un moyen de détournement de la consultation populaire, ils ne peuvent être limités qu'à cela. Les consultations populaires ont pour vocation la consolidation de la démocratie et leur utilisation à bon escient peut permettre d'attendre aisément cet objectif.

En Colombie, c'est grâce à ces mécanismes de démocratie directe qu'en 1991 la population a obtenu une refondation démocratique par l'adoption d'une nouvelle Constitution. En Bolivie, le mécontentement du peuple face à la gestion du gaz a été résolu grâce à un référendum au travers duquel les boliviens ont pu choisir une politique énergétique juste et adaptée à leurs besoins. Ce référendum historique de 2004 fut également le déclencheur d'un changement constitutionnel et depuis, la Bolivie est devenue un acteur majeur dans les mécanismes de démocratie directe dans la région.

³⁶⁸ OCDE

³⁶⁹ OECD Public Governance reviews. Chile scan report on the citizen participation in the constitutional process 2017.

C'est pour cela que certains Etats ont voulu faire confiance aux mécanismes de participation directe en consacrant notamment le référendum facultatif comme un moyen d'approbation des traités internationaux.

Le référendum facultatif est prévu par la Constitution mais il n'est organisé que si ceux qui y sont autorisés le sollicitent. Jean-François Aubert le définit comme : « *le référendum est facultatif quand il n'a lieu que sur demande...l'acte peut fort bien produire son effet sans le vote du peuple, pourvu que la possibilité de le provoquer soit offerte, en général dans un certain délai, à certains titulaires* »³⁷⁰

Ici, le référendum existe mais il ne peut pas être organisé si celui qui a la capacité de le convoquer ne le fait pas. Les modalités de cette compétence pour appeler le peuple à s'exprimer sont précisées par la Constitution de chaque Etat. La compétence est en général octroyée au Président de la République, à l'Assemblée Nationale et à un certain nombre d'électeurs. Les pourcentages et les modalités sont propres à chaque Etat.

Ainsi, au Venezuela, le deuxième paragraphe de l'article 73 prévoit : « *les traités, les conventions ou les accords internationaux qui pourraient compromettre la souveraineté nationale ou qui prévoient le transfert de compétences à des organes supranationaux, pourront être soumis à un référendum par initiative du Président ou de la Présidente de la République, par le vote des deux troisièmes parties des membres de l'Assemblée, ou par quinze pour cent des électeurs ou électrices inscrits dans le Registre Civil et Electoral* ».

Si pour convoquer le peuple à un référendum, le Venezuela autorise : le Président de la République, les deux tiers de l'Assemblée et 15% des électeurs, dans l'Equateur, le pouvoir législatif n'est pas doté de cette faculté. En effet, l'article 104 de la Constitution Equatorienne prévoit : « *l'organisme électoral correspondant convoquera à une consultation populaire par disposition du Président ou de la Présidente de la République, ou de la plus haute autorité des gouvernements autonomes décentralisés ou d'une initiative citoyenne... les citoyens pourront solliciter une consultation populaire dans n'importe quel domaine... sauf pour des affaires concernant les taxes ou l'organisation politique-administrative du pays et sous réserve des dispositions contenues dans*

³⁷⁰ AUBERT Jean-François, « Le Référendum populaire dans la révision totale de 1872/1874 », in : revue de droit suisse, vol. 93 (1974) n°1, pp. 409-431

cette Constitution... la Cour Constitutionnelle devra se manifester sur la constitutionnalité des questions qui font partie de la consultation populaire ».

La modalité juridique de la consultation populaire mentionnée dans cet article doit être entendue comme étant le référendum. Concernant la possibilité d'une intervention directe du peuple dans la formation des traités internationaux, l'article 420 consacre : « *la ratification des traités peut être demandée par référendum, par initiative citoyenne ou par le Président ou la Présidente de la République. La dénonciation d'un traité approuvé est de la compétence du Président de la République. Dans le cas des traités approuvés par les citoyens par référendum, il faudra respecter la même procédure pour leur dénonciation* ».

La rédaction de cet article est fortement critiquée par la doctrine Equatorienne, en ce qu'il peut être interprété de deux façons différentes : la première selon laquelle la ratification des traités peut se faire par référendum sollicité par le Président de la République ou par initiative citoyenne et la deuxième selon laquelle la ratification du traité peut être faite de trois façons : par référendum, par l'exécutif ou par initiative citoyenne. La grande majorité de la doctrine, prévoit que l'article 420 doit être interprété dans le sens de la première option, c'est-à-dire que par référendum organisé à l'initiative du Président de la République ou par demande citoyenne.

Bien que l'approbation d'un traité par référendum existe en Equateur, il faut tout de même signaler que son délai -en comparaison à une approbation « classique »- constitue un élément dissuasif à sa mise en application. Cette approbation par consultation populaire a besoin, en effet, d'un double contrôle de constitutionnalité : le premier pour la consultation en tant que telle et un deuxième pour le traité.

L'article 31 de la Constitution péruvienne prévoit : « *les citoyens ont le droit de participer aux affaires publiques au travers du référendum...* », l'article 32 : « *peuvent être soumis au référendum : 1. L'amendement total ou partiel de la Constitution, 2. L'approbation des normes législatives; 3. Les ordonnances municipales; et 4. Les matières relatives au procès de décentralisation. Ne peuvent être soumis à référendum ni la suppression ni la diminution des droits fondamentaux de la personne, ni les normes fiscales ou de budget, ni les traités internationaux en vigueur* ».

La loi N° 26300 sur les droits de participation et de contrôle citoyen développe cet article constitutionnel et précise que pour convoquer le référendum il est nécessaire de réunir au minimum 10% des électeurs.

Si nous faisons une interprétation littérale du dernier paragraphe de l'article 31, les traités internationaux en vigueur ne peuvent pas être abrogés du système juridique péruvien par voie de référendum. Cette norme s'explique, à l'instar de toutes les normes constitutionnelles étudiées dans la partie précédente, par la volonté des Etats de préserver leur bonne image internationale et de sauvegarder une stabilité dans les relations internationales.

Cependant, la norme péruvienne va au-delà de l'interdiction. En effet, la doctrine s'accorde pour préciser que l'alinéa 2 de l'article 32 doit être interprété comme la faculté constitutionnelle d'approuver des traités qui ne sont pas encore en vigueur.

« Nous pouvons observer que l'article 32 de la CP exclut du référendum les traités en vigueur, cela veut dire que ces traités ne peuvent pas être dénoncés par voie de référendum. Cependant, cet article ne dit rien sur l'approbation des traités qui ne sont pas encore en vigueur... Les traités qui selon la procédure établie dans la Constitution doivent être approuvés par le Congrès ou par l'exécutif, selon la distribution des compétences établies dans les articles 56 et 57, peuvent faire l'objet d'un référendum ; sauf s'ils impliquent la suppression ou la diminution des droits de l'homme ou s'il s'agit de traités qui ont une incidence directe sur des questions fiscales ». En effet, l'article 32 de la Constitution Péruvienne prévoit la possibilité de soumettre à référendum l'approbation des normes à caractère législatif parmi lesquelles se trouvent les traités car l'alinéa 4 de l'article 200 de la Constitution affirme : « ... les normes qui ont rang de loi : les lois, les décrets législatifs, les décrets d'urgence, les traités, le règlement du congrès, les normes régionales à caractère général... »³⁷¹

Conformément à cette analyse, le Pérou a tenté plusieurs fois de soumettre à référendum l'approbation de traités de libre commerce. La première tentative concerne le TLC avec les Etats-Unis : deux députés péruviens ont proposé un projet de loi appelé : « *Loi qui prévoit le Référendum*

³⁷¹ BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, "El referéndum en la constitución peruana". Revista elecciones (2004) 3, 193.p.225
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/8E1A4EE1FC9AF1E9052575A60003E502/\\$FILE/1constitucion.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/8E1A4EE1FC9AF1E9052575A60003E502/$FILE/1constitucion.pdf)

pour l'approbation des accords d'intégration économique ou des traités de libre commerce ». Il y a eu également une initiative législative populaire dans le même sens appelée : « *Loi qui établit l'obligation de soumettre à référendum l'approbation du traité de libre commerce avec les États-Unis et l'accord de libre commerce des Amériques (ALCA)* ». Malgré le soutien d'une grande majorité de la population pour que ce traité soit soumis à référendum, aucun de ces deux projets n'a réussi, et ce pour les raisons suivantes : « *...nous devons préciser que selon la Constitution, tout traité de libre commerce a comme objectif une régulation spécifique en matière douanière et budgétaire. Il n'est donc pas possible de soumettre ces traités à référendum dans la mesure où la participation citoyenne doit nécessairement être conforme aux termes de l'article 32 de la Constitution, norme qui précise les matières exclues du champ d'application du référendum, à savoir : la suppression ou diminution des droits de l'homme ; les normes à caractère fiscale et budgétaire (c'est le cas des traités de libre commerce) et finalement les traités en vigueur* »³⁷²

Ainsi, nous pouvons conclure qu'au Pérou, la Constitution prévoit un référendum facultatif qui peut être sollicité par le peuple lui-même pour l'approbation des traités à condition que le contenu du traité en question ne soit pas en relation avec les droits de l'homme, le budget ou les impôts.

La Constitution du Brésil prévoit la démocratie représentative et la démocratie directe dans ses articles 1 et 14. L'article 1 prévoit : « *tout pouvoir émane du peuple, qui l'exerce par l'intermédiaire de représentants élus ou directement, selon les termes de la présente Constitution* ». L'article 14 : « *la souveraineté populaire s'exerce par le suffrage universel et le scrutin direct, égal et secret et, selon les termes de la loi, par : I- le plébiscite ; II- le référendum, III- l'initiative populaire.* »

La faculté de convoquer le peuple est limitée au congrès national. L'article 49 consacre cette faculté exclusive en ces termes : « *Il est de la compétence exclusive du congrès national : XV – d'autoriser le référendum et de convoquer le plébiscite* »

Les mécanismes de participation citoyenne au Brésil sont réglementés par la loi 9709 du 18 novembre 1998. Cette loi définit les conditions de forme et de fond pour pouvoir mettre en place ces mécanismes. Sur le fond, la loi reste très vague. En effet, elle prévoit dans son article 20 une

³⁷² NOVAK TALAVERA Fabian, "Los tratados y la constitución peruana de 1993".p 22 in Revista PUCP vol. 13 année 2016 disponible en ligne: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/7133/7333>

délimitation très large des sujets susceptibles d'être soumis au peuple : « *Plébiscite ou référendum : ce sont des consultations formulées au peuple pour que ce soit lui qui décide sur une matière de haute importance, de nature constitutionnelle, législative ou administrative* ». L'article 30 de la même loi prévoit par ailleurs que : « *concernant les questions d'importance nationale qui sont de la compétence du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, dans les cas consacrés dans le § 3 de l'article 18 (modification des états fédérés) de la Constitution Fédérale, le plébiscite ou le référendum seront convoqués par décret législatif, sous proposition d'au minimum un tiers des membres qui composent les chambres du Congrès National* »

La doctrine est unanime pour affirmer que le Brésil ne fait pas partie des Etats berceau de la démocratie directe. Ruy Samuel Espindola nous dit à ce propos : « *Le Brésil n'est pas un pays avec une tradition d'utilisation des mécanismes de participation populaire. Sous l'égide de la Constitution fédérale de 1998, il existe peu d'exemples concrets liés à de tels instituts... apparemment le congrès national du Brésil craint de perdre ses prérogatives législatives en raison de l'application plus fréquente de ce genre de mécanismes et cherche à en limiter leur utilisation* »³⁷³

C. Le caractère obligatoire du référendum : vers un effacement de la démocratie représentative ?

Le référendum est dit obligatoire dès lors que lorsque tous les éléments prévus par la Constitution sont réunis, il opère d'office. C'est-à-dire qu'à la différence du référendum facultatif, il n'a nul besoin d'être sollicité par un organe ou par une autorité. Jean François Aubert précise à ce sujet :

³⁷³ ESPINDOLA Ruy Samuel, "Democracia participativa: auto-convocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro)". Revista técnica N.5 jan/jun 2014. P 10.

« la mesure ne peut être prise, ou ne peut entrer, ou rester, en vigueur que si elle a reçu la consécration populaire »³⁷⁴

En matière de démocratie directe, la Constitution bolivienne est celle qui, parmi les Constitutions Sud-Américaines, propose le plus large éventail de possibilités. Alicia Lissidini affirme à ce propos : « *La Constitution plurinationale de Bolivie a restructuré la nation et est devenue une des Constitutions qui connaît la plus grande variété de mécanismes de participation citoyenne en Amérique latine et dans le monde ; elle inclut des mécanismes pro-actifs (initiative législative, initiative d'amendement constitutionnel et initiative populaire), réactifs (dérogation des lois et révocation du mandat), la consultation constitutionnelle obligatoire et la consultation aux peuples originaires. En une décennie, le pays a eu plus de consultations populaires que dans toute son histoire* »³⁷⁵

Cette richesse en matière de démocratie directe est le résultat d'une histoire politique, sociale et culturelle particulière : l'objectif du référendum bolivien n'est pas le même que celui des autres Etats sud-américains. Marlene Choque nous explique ce phénomène en affirmant : « *Nous pouvons considérer que le référendum implique une avancée dans la participation des citoyens sur des sujets clés dans l'agenda national bien que son introduction dans les lois et dans les pratiques politiques découle davantage d'un mécanisme contre le système représentatif que d'un mécanisme complémentaire de ce système. En effet, le référendum est apparu comme un mécanisme pour esquiver les représentants et les organisations politiques qui ont été jugées comme trop éloignées des électeurs... le recours à son usage indiscriminé a accompagné les problèmes de la démocratie bolivienne des dernières années ou est peut-être le témoin de la volonté des boliviens de trouver des solutions à leurs différends grâce à des mécanismes pacifiques, institutionnels et participatifs* »³⁷⁶

³⁷⁴ AUBERT Jean-François, « Le Référendum populaire dans la révision totale de 1872/1874 », in : revue de droit suisse, vol. 93 (1974) n°1, pp. 409-431

³⁷⁵ WELP Yanina et LISSIDINI Alicia, "Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia". Zurich open repository and archive. University of zurich. 2017. P. 13

³⁷⁶ CHOQUE ALDANA Marlene, "Democracia directa y participación en la nueva constitución política del estado". Instituto internacional para la democracia y la asistencia electoral (IDEA internacional), La paz, Bolivia 2009. P47.

La particularité de cette Constitution bolivienne est donc que la compétence législative n'est pas réservée au pouvoir législatif. Bien au contraire, cette faculté appartient aux citoyens. Ainsi l'article 162 prévoit : « I. *Ont une faculté d'initiative législative, pour être soumis obligatoirement à l'Assemblée législative plurinationale : 1. Les citoyens et les citoyennes , 2. Les membres de l'Assemblée nationale de chacune des chambres, 3. L'organe exécutif, 4. Le tribunal suprême, dans le cas des initiatives en lien avec l'administration de la justice, 5. Les gouvernements autonomes des entités territoriales* ». L'effacement de la démocratie représentative en faveur d'une démocratie directe résulte logiquement de ce principe.

Le référendum n'a pas été consacré comme étant obligatoire en toute circonstance. L'article 258 limite son caractère obligatoire aux sujets suivants : « *requerront une approbation par référendum populaire préalable à la ratification les traités internationaux qui portent sur : 1. Des questions limitrophes, 2. L'intégration monétaire, 3. L'intégration économique structurelle, 4. Des cessions de compétences institutionnelles à des organisations internationales ou supranationales, dans le cadre d'un processus d'intégration* »

Donc, les traités qui portent sur les matières consacrées dans l'article 258 de la Constitution bolivienne devront être approuvés obligatoirement par référendum. Il existe également la possibilité d'une approbation par référendum pour les autres traités. En effet, l'article 260 prévoit : « *n'importe quel traité international requerra une approbation par référendum populaire à condition qu'il soit sollicité par cinq pour cent des citoyens inscrits dans le registre électoral, ou trente-cinq pour cent des représentants de l'Assemblée Législative Plurinationale* ».

La Constitution Bolivienne est la seule à prévoir avec autant de clarté le rôle du référendum en matière de traités internationaux. Ses articles constitutionnels ont concrétisé non seulement les droits politiques des citoyens mais aussi une légitimation démocratique directe dans des domaines sensibles qui appartiennent traditionnellement au pouvoir législatif par une claire substitution ou néanmoins une réduction des compétences réservées autrefois au législatif. De plus, ces référendums sont contraignantes pour le pouvoir exécutif.

Malgré la place privilégiée des mécanismes de participation citoyenne au sein de la Constitution bolivienne, il importe de préciser que quand il s'agit de référendums pour l'approbation d'un traité international, avant que la norme puisse être soumise au peuple, un contrôle de constitutionnalité exercé par le Tribunal Constitutionnel est obligatoire. A ce propos, le juge constitutionnel bolivien

précise: « il est nécessaire de signaler que l'article 257.II de la CPE, fait une liste des traités internationaux qui, compte tenu leur matière, doivent être soumis à référendum populaire contraignant avant leur ratification ; cette norme constitutionnelle implique impérativement, qu'avant d'effectuer la consultation populaire, l'instrument international soit soumis à un contrôle préventif de constitutionnalité, compte tenu de l'importance des sujets traités et que le tribunal constitutionnel Plurinational, en vertu de la même Constitution et en sa qualité de garant de la Constitution, doit vérifier à partir d'une comparaison matérielle et formelle la cohérence et l'harmonie du contenu du traité international qui porte sur les sujets précisés dans la norme suprême »³⁷⁷.

Bien que le référendum soit encadré par la Constitution et développé dans différentes normes juridiques, aucun traité n'a, jusqu'à présent, été soumis à l'approbation référendaire en Bolivie.

CHAPITRE III

L'intervention du pouvoir judiciaire

Dans la conclusion des traités internationaux, le rôle du pouvoir judiciaire est réservé dans une première instance au juge constitutionnel, qui doit examiner et contrôler la constitutionnalité du contenu du traité pour que celui-ci puisse être ratifié par le pouvoir exécutif.

Cette faculté peut être octroyée à un Tribunal Constitutionnel indépendant et autonome ou à une chambre constitutionnelle spécialisée. Si un juge spécialisé n'est pas prévu à cet effet, la Constitution va néanmoins octroyer ses compétences soit à un juge spécifique soit à tous les juges sans tenir compte de leur juridiction. La différence concernant la nature juridique de l'un et de l'autre peut être faite à partir de la définition donnée par Humberto Nogueira sur ce qu'est un

³⁷⁷ Tribunal Constitutionnel Plurinational de Bolivie, « Sentence Constitutionnelle plurinationale 0024/2017 » Arrêt du 21 juillet 2017. P. 4

Tribunal Constitutionnel : « *Les Tribunaux constitutionnels sont des organes suprêmes constitutionnels à instance unique, avec un caractère permanent, indépendant et impartial, qui ont pour fonction essentielle et exclusive l'interprétation et la protection juridictionnelle de la Constitution, grâce à des procédures contentieuses constitutionnelles entendues comme le fondement de la constitutionnalité des normes infra-constitutionnelles et de la distribution verticale et horizontale du pouvoir étatique ; à ces facultés, en général, s'ajoute la protection extraordinaire des droits fondamentaux...* »³⁷⁸

Seuls les statuts juridiques des Tribunaux constitutionnels de la Bolivie, la Colombie, le Chili, l'Equateur, le Pérou et la chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême du Venezuela répondent en part entière à cette définition. Ainsi, selon le même auteur : « *les Cours Suprêmes de Justice de l'Argentine, du Brésil et les chambres constitutionnelles du Paraguay et de l'Uruguay, ne peuvent pas être définies comme des tribunaux constitutionnels malgré le fait d'avoir une juridiction constitutionnelle, car elles exercent également une juridiction ordinaire, un contrôle de légalité en matière civile, pénale, du travail et dans d'autres domaines qui ne sont pas propres à un tribunal constitutionnel* »³⁷⁹

Le contrôle constitutionnel du traité est intimement lié à la notion de suprématie constitutionnelle née au sein du constitutionnalisme américain et plus précisément à la suite de l'arrêt du 24 février 1803 *Marbury v/ Madison* qui eut une grande influence en Amérique latine, et qui permet de définir la suprématie constitutionnelle comme : « *l'adaptation de la loi à la Constitution non comme la conséquence de sa propre suprématie formelle mais comme le résultat d'une suprématie matérielle* »³⁸⁰. Ainsi, à partir du moment où la Constitution est reconnue comme un texte normatif

³⁷⁸ NOGUEIRA ALCALA Humberto, "La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas: algunos aspectos relevantes" Tesis, gaceta del semanario judicial de la federación; libro 18, mayo de 2015, Tomo III; Materias constitucional; tesis: I.3º.p. 7

³⁷⁹NOGUEIRA ALCALA Humberto, "La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas: algunos aspectos relevantes" Tesis, gaceta del semanario judicial de la federación; libro 18, mayo de 2015, Tomo III; Materias constitucional; tesis: I.3º p. 8

³⁸⁰ FERNANDEZ SEGADO Francisco, "Evolución histórica y modelos de control constitucional". Revista pensamiento constitucional, ano IV numero 4 Peru, 2012. P.171

contraignant, située au sommet de l'ordre juridique interne, il est naturel et nécessaire de confier à un organisme déterminé sa protection.

Ce Principe de suprématie constitutionnelle concerne toutes les normes et tous les actes qui composent l'ordre juridique d'un Etat. Bidart Campos précise à ce sujet : « *la Constitution formelle supra légale, oblige à ce que toutes les normes et les actes étatiques mais aussi d'ordre privé soient en conformité avec elle. Cela implique une formulation de devoir être : tout l'ordre juridique et politique de l'état doit être en accord ou compatible avec la Constitution formelle* »³⁸¹. Ce principe a été repris et développé par l'intégralité des juges constitutionnels en Amérique du Sud. Ainsi, par exemple, le Juge bolivien délimite le contenu du principe en affirmant : « ... *le principe de suprématie constitutionnelle signifie que l'ordre juridique et politique de l'état est structuré sur la base de la primauté de la Constitution politique de l'état qui est contraignante pour tous. Dans l'ordre juridique, la Constitution politique de l'Etat est au sommet, ce qui fait d'elle la source et le fondement de tout autre norme juridique, et pour cela toute loi, tout décret ou résolution doit être subordonnée à elle...* »³⁸²

C'est donc avec l'objectif de garantir la suprématie constitutionnelle, que les Constitutions Sud-Américaines ont octroyé la compétence relative à l'exercice du contrôle constitutionnel au pouvoir judiciaire. Il existe toutefois une grande hétérogénéité sur l'organisation de ce contrôle. Ainsi, l'organe compétent pour exercer le contrôle constitutionnel est défini selon plusieurs modèles : le modèle de contrôle concentré³⁸³ (attribution exclusive du contrôle constitutionnel à un organe autonome), le modèle de contrôle diffus³⁸⁴ (attribution du contrôle constitutionnel aux juges nationaux) ou encore le modèle mixte³⁸⁵. Ainsi encore cette fonction de contrôle peut s'exercer a

³⁸¹ BBIDART CAMPOS German, "El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas", Buenos Aires, Editor, 2003, P.76

³⁸² Tribunal Constitutionnel de Bolivie, « Arrêt 0031/2006 » du 10 mai 2006.

³⁸³ Les Etats sud-américains qui ont mis en place ce type de contrôle sont : la Bolivie, le Chili, le Paraguay, l'Uruguay

³⁸⁴ Les Etats sud-américains qui ont mis en place ce type de contrôle sont : l'Argentine, le Pérou

³⁸⁵ Les Etats sud-américains qui ont mis en place ce type de contrôle sont : le Brésil, la Colombie, l'Equateur et le Venezuela

priori (avant que la loi entre en vigueur), *a posteriori* (après l'entrée en vigueur de la norme) ou selon un modèle mixte.

Cette hétérogénéité en matière de contrôle constitutionnel a été la règle commune au sein des Etats Sud-Américains. Selon Francisco Fernandez, cette hétérogénéité est : « ... *la caractéristique qui demeure encore de nos jours, bien qu'au cours de ces cinquante dernières années on puisse apprécier certainement un processus d'échange et d'influence réciproques qui a contribué, non pas à faire disparaître cette hétérogénéité, mais à favoriser un certain rapprochement avec la généralisation subséquente dans certains pays de certains traits communs, dont l'un est l'éclosion des Cours constitutionnelles. Cette circonstance a accentué la pluralité et l'hétérogénéité de modèles de contrôle de constitutionnalité, en engendrant des formules et des instruments de procédure vraiment suggestifs et originaux, qui fonctionnent dans certains cas, mais pas dans tous, malheureusement, de manière très satisfaisante* »³⁸⁶

Pour les traités internationaux, le contrôle de constitutionnalité implique également une intervention de la juridiction constitutionnelle afin de faire prévaloir la suprématie constitutionnelle, c'est-à-dire que le juge doit effectuer une analyse de compatibilité entre la norme contenue par le traité et les normes constitutionnelles dans le but d'assurer la sécurité juridique de l'ordre interne. Dans la formation des traités, cette intervention judiciaire intervient avant leur ratification, c'est-à-dire avant que le sujet international s'engage définitivement avec le traité. Ce type de contrôle est le plus adapté car il intervient avant la manifestation du consentement de l'Etat. Il s'agit d'un contrôle préventif qui permet aux Etats de sauvegarder leur responsabilité internationale. Ainsi, si le juge constitutionnel déclare le traité inconstitutionnel, le pouvoir exécutif ne le ratifiera pas et en conséquence le traité n'entrera pas en vigueur et ne fera pas partie de l'ordre juridique interne de l'Etat.

Le contrôle *a priori* est un contrôle abstrait au travers duquel le juge doit analyser l'intégralité de la norme qui lui a été soumise, sans disposer d'un *facto* en particulier qui puisse le renseigner sur un quelconque indice d'inconstitutionnalité car il s'agit d'une norme en formation qui n'a pas été

³⁸⁶ FERNANDEZ SEGADO Francisco, « Du contrôle politique au contrôle juridictionnel . Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine ». In : Annuaire international de justice constitutionnelle, 20-2004,2005. Justice constitutionnelle, justice ordinaire, justice supranationale : à qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe ?-la révision de la Constitution p.13

encore appliquée, d'où l'importance d'un exercice complet du contrôle constitutionnel, d'autant plus que ce caractère abstrait justifie l'effet *erga omnes* de la décision prise par le juge constitutionnel.

« Le contrôle préventif de constitutionnalité a pour objet d'éviter soit la naissance de normes juridiques contraires à la Constitution soit d'empêcher que des normes en provenance du droit international qui sont inconstitutionnelles soient incorporées à l'ordre juridique national. Il s'agit d'un contrôle de prévention dont l'action a pour effet de suspendre le procédé d'approbation ou d'incorporation de la norme juridique en question en attendant la décision du Tribunal ou de la Cour Constitutionnelle qui va établir la compatibilité ou l'incompatibilité de la norme avec la Constitution...En matière de traités, il a l'objectif d'empêcher la transgression de la Convention de Vienne sur les droits des traités de 1969, et tout particulièrement des articles 26 et 27, car les états les ont inclus dans leur ordre juridique, et ils consacrent : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi »(art.26) ; « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. » (art 27) »³⁸⁷

A la différence du contrôle *a priori*, le contrôle *a posteriori*, également appelé contrôle répressif ou encore contrôle réparateur, en matière des traités n'intervient qu'une fois que le traité a été ratifié. En effet, il convient de partir du principe que le traité international a été valablement adopté, il fait partie intégrante de l'ordre juridique interne et il est donc en vigueur. Mais le texte ou une de ses normes viole les normes constitutionnelles et le juge, en application du principe de la suprématie constitutionnelle, devra faire primer la constitution et laisser sans effet le traité, ce qui constitue une claire violation du droit international. Dans cette hypothèse, le juge n'intervient pas pendant la formation du traité mais après l'entrée en vigueur dudit traité et pour cette raison, nous n'allons pas évoquer ce cas de figure dans cette partie.

Bien qu'en matière internationale le contrôle *a priori* semble être un outil parfait, il n'a pas pour autant été épargné par la critique. Olivier Le Bot nous explique les revers de ce type de contrôle en Espagne : *« Le recours a priori, initialement ouvert par la loi organique sur le Tribunal*

³⁸⁷ NOGUEIRA ALCALA Humberto, "La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas: algunos aspectos relevantes". Tesis, gaceta del semanario judicial de la federación; libro 18, mayo de 2015, Tomo III; Materias constitucional; tesis: 1.3º.p. 12
<http://www.crdc.unige.it/docs/articles/jurisdiccion%20constitucional%20en%20America.pdf>

constitutionnel (LOTC) à l'encontre des lois organiques a été supprimé en 1985. Il serait plus exact de dire que le législateur constitutionnel a littéralement banni du droit constitutionnel espagnol le contrôle *a priori* des lois. L'exposé des motifs du texte ayant supprimé ce contrôle est sans appel : « le recours *a priori* est un facteur de distorsion dans la pureté de la relation des pouvoirs constitutionnels de l'Etat ayant des conséquences inopinées et métaconstitutionnelles sur la dernière phase de la procédure de formation de la loi. L'Etat est fondé sur un équilibre des pouvoirs et la confrontation du recours préalable d'inconstitutionnalité peut représenter une grave fissure dans ce système de relations ainsi équilibrées »... Il faut dire que l'expérience espagnole de contrôle *a priori* s'est révélée être un véritable désastre. Alors qu'il se voyait impartir un délai de 10 jours (pouvant être porté à 30) pour rendre ses décisions, le Tribunal constitutionnel a pris l'habitude de statuer dans des délais extrêmement long pouvant dépasser une année (douze mois pour le texte sur l'harmonisation du processus d'autonomie, treize mois pour le texte sur l'avortement, quinze mois pour le texte sur le droit à l'éducation, treize mois pour le texte sur la liberté syndicale), paralysant d'autant la mise en application des textes déferés. Après cette expérience, l'Espagne a entendu renoncer définitivement à ce mode de contrôle. »³⁸⁸

En Colombie, la pratique du contrôle *a priori* des traités interpelle la doctrine sur les effets de chose jugée de la décision issue du contrôle : « Le contrôle préventif de constitutionnalité sur les traités internationaux et ses lois appratives a des effets formels et matériels de chose jugée, c'est-à-dire que si dans l'avenir, un citoyen considère qu'une des dispositions du traité transgresse le texte fondamental ou que le Congrès de la République a commis un vice de procédure au moment de réaliser la loi appratrice du traité, il ne pourra exercer aucune action publique d'inconstitutionnalité »³⁸⁹

A partir des expériences et des besoins de chaque Etat, le contrôle *a priori* va être soit encadré soit écarté de la constitution nationale. Si l'Etat opte pour une inclusion constitutionnelle de ce type de contrôle, elle peut aller du simple au double. C'est-à-dire que la Constitution peut faire de ce genre de contrôle le seul contrôle possible en matière de traités en le rendant obligatoire et automatique,

³⁸⁸ LE BOT Olivier, « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe ». Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2013/3 (N°40), p. 126

³⁸⁹ RAMELLI ARTEAGA Alejandro, "EL control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia". Revista Derecho del Estado, n°20, diciembre 2007. P. 8

ou encore, il peut être encadré comme un contrôle facultatif qui va être complété par la mise en place d'un contrôle *a posteriori*.

I. Un contrôle constitutionnel *a priori* obligatoire et automatique

Le contrôle de constitutionnalité *a priori*, est également appelé contrôle préventif ou encore contrôle *ex ante* en raison du moment où il a lieu, c'est-à-dire, avant l'entrée en vigueur de la norme qui est soumise au contrôle.

Ce type de contrôle peut être encadré selon des modalités très différentes au sein des Constitutions. Quand, en vertu du contenu constitutionnel, l'exercice de ce contrôle intervient de façon automatique, c'est-à-dire sans besoin d'une demande explicite et que l'effectif exercice du contrôle est stipulé comme un élément indispensable pour la validité de la norme, nous sommes face à un contrôle *a priori* de type obligatoire et automatique.

Ce contrôle constitutionnel peut être intégral quand l'analyse effectuée par le juge constitutionnel comporte un contrôle formel. A ce propos, le juge constitutionnel colombien nous explique que ce type de contrôle consiste en : « *le contrôle formel qu'exerce cette corporation est destiné à vérifier le processus suivi pendant la négociation et la signature du traité en question, c'est-à-dire, à évaluer la validité de la représentation de l'Etat colombien dans le processus de négociation et conclusion de l'instrument et à la compétence des fonctionnaires qui y ont participé- également vérifier le respect des règles sur la formation de la loi approuvée dans le congrès et la sanction présidentielle dudit projet* »³⁹⁰ mais aussi un contrôle matériel entendu comme : « *la mesure consistant à confronter les dispositions du texte du traité international ainsi que de sa loi approuvée, avec la totalité des dispositions de la Constitution, pour déterminer si elles sont compatibles ou non. Le contrôle de constitutionnalité fait par la Cour sur les traités internationaux, comprend l'intégralité du texte, en incluant les annexes, les pieds de page, ainsi que toute*

³⁹⁰ Cour Constitutionnelle colombienne, « Revision de constitucionalidad de la ley 1241 de 30 de julio de 2008 » Arrêt C-446/09 du 18 juillet 2009.

communication entre les parties avec l'objet d'accorder un sens ou une portée aux engagements accordés »³⁹¹.

Ce contrôle peut aussi être limité, c'est-à-dire que le juge constitutionnel est sollicité par la Constitution pour effectuer un contrôle soit sur le contenu du traité, soit sur le processus de formation du traité, soit sur les lois approuvées.

A. Un contrôle a priori obligatoire et automatique intégral

En Amérique du Sud, la Colombie dispose d'un contrôle constitutionnel des traités *a priori* très complet. En effet, la Constitution Colombienne octroie compétence à la Cour Constitutionnelle³⁹² pour assurer la suprématie constitutionnelle et dans ce cadre, décider définitivement sur la constitutionnalité des traités internationaux et de ses lois approuvées³⁹³. Pour ce faire, le gouvernement devra transmettre à la Cour, la version définitive de la loi dans un délai de six jours à compter de son adoption. Tout citoyen peut intervenir dans le procédé pour soutenir ou au contraire contester le traité soumis au contrôle constitutionnel.

Les possibilités de la Cour ne se limitent pas à une déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité du traité dans sa totalité, elle peut par exemple conditionner la déclaration de constitutionnalité du traité à une interprétation en particulier ou limiter sa décision à un article du traité.

La mise en œuvre de ces facultés a beaucoup évolué en Colombie. En effet, à l'entrée en vigueur de la Constitution politique de 1991, la Cour Constitutionnelle Colombienne a adopté une position très tranchée sur le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux en affirmant dans un arrêt de 1993 : « *notre Constitution ne reconnaît pas la suprématie des traités internationaux sur*

³⁹¹ Cour Constitutionnelle colombienne, « Revision de constitucionalidad de la ley 1241 de 30 de julio de 2008 » Arrêt C-446/09 du 18 juillet 2009.

³⁹² La Cour Constitutionnelle Colombienne fut créée par la Constitution de 1991

³⁹³ Article 241 Constitution colombienne

la Constitution politique. En conséquence, la Constitution autorise la Cour Constitutionnelle à se prononcer sur l'inconstitutionnalité d'un traité qui malgré le fait d'être en vigueur viole les principes fondamentaux qui structurent l'organisation juridique, politique et idéologique de l'Etat colombien. La structure de l'état de droit et son schéma qui impliquent la suprématie constitutionnelle comme symbole ultime de notre hiérarchie juridique et idéologique n'ont pas été modifiés et pour cela une pleine surveillance de ces principes s'impose et cela ne peut être fait qu'en contrôlant les traités en vigueur qui violent les principes structurels de l'état »³⁹⁴.

Cette position impliquait une claire violation de l'article 27 de la Convention de Vienne mais aussi une violation au principe du droit international « *pacta sunt servanda* » qui préconise la bonne foi comme fondement de tout traité en vigueur car le traité est contraignant pour les parties. C'est pour cette raison que la position adoptée par la Cour Constitutionnelle Colombienne aux termes de cet arrêt représentait un grave danger pour la sécurité juridique internationale. Fort heureusement, elle a été très rapidement modifiée par la même Cour Constitutionnelle au moyen de l'arrêt du 22 juillet 1993 où la Cour adopte définitivement un contrôle *a priori* pour les traités internationaux : « *selon les principes du droit international, les traités en vigueur ont un caractère contraignant pour les Etat qui en font partie. A partir de cela nous pouvons nous interroger sur la position à adopter dans l'hypothèse où un traité ratifié avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1991 serait en contradiction avec cette dernière. Le cas échéant, c'est au gouvernement national, et plus précisément au Président de la République et à son ministre des affaires étrangères que revient la compétence en première instance pour résoudre le problème. Et pour ce faire, ils disposent des mécanismes adaptés consacrés dans la constitution et dans le droit international, tels que la renégociation du traité, sa modification ou sa dénonciation. Quoiqu'il en soit, ce n'est pas la Cour Constitutionnelle qui peut résoudre ce type de conflit... car le contrôle officieux des traités est prévu selon la modalité d'un contrôle a priori conformément à l'article 241 »³⁹⁵.*

La Cour Constitutionnelle s'est manifestée à plusieurs reprises sur l'obligation du contrôle *a priori* ou préventif de constitutionnalité des traités internationaux : « *le contrôle constitutionnel est un*

³⁹⁴ Cour Constitutionnelle de Colombie, « Demanda de inconstitucionalidad acumuladas Nos 018, 116 y 136 » arrêt C-027 du 05 février 1993.

³⁹⁵ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revision constitucional de la Ley 33 de 1992 » Arrêt C-276 du 22 juillet 1993.

*procès judiciaire préalable au perfectionnement d'un traité international et postérieur à l'adoption de la loi apporatrice. On en déduit donc que sans la décision de constitutionnalité de la loi émise par la Cour, le Chef de l'Etat ne peut pas ratifier un traité »*³⁹⁶

Ainsi, le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux en Colombie est reconnu par la doctrine et la jurisprudence comme un contrôle à caractère préventif (avant que le traité soit incorporé dans le droit national), automatique (après que la loi soit sanctionnée par l'exécutif) et intégral (il étudie la compatibilité du contenu matériel du traité, les aspects formels de la loi apporatrice et la compétence pour l'avoir négocié)³⁹⁷.

Grâce à cette définition claire et précise du contrôle constitutionnel colombien, la Cour Constitutionnelle a également précisé que tel que prévue par la Constitution, le contrôle *a priori* s'applique exclusivement aux traités et que, de ce fait, ne sont pas soumis au contrôle : « *les déclarations d'énoncés politiques, les actes unilatéraux de l'Etat colombien ou les accord verbaux, car ce sont des instruments qui ne sont pas soumis à l'approbation législative »*³⁹⁸

Bien que la Constitution colombienne ne prévoit pas de degrés différents du contrôle exercé par la Cour Constitutionnelle, la pratique a admis une mise en application d'un contrôle préventif en profondeur ou léger selon le contenu normatif du traité. Alejandro Ramelli explique cette différence ainsi : « *Quand il s'agit de traités qui portent sur des sujets tels que la coopération dans des domaines telles que la culture, l'éducation et les sciences, le contrôle est très léger, dans le sens où la cour vérifie surtout l'accomplissement des éléments formels (les pouvoirs pour la négociation, la conclusion du traité et la procédure de la loi apporatrice) ... au contraire quand le traité porte sur des sujets tels que la propriété privée l'investissement étranger, les droits de l'homme, le narcotrafic, les relations entre l'église et l'état, le contrôle est intense, Cette*

³⁹⁶ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Acción de tutela presentada contra la aplicación de la pena accesoria de expulsión del territorio nacional de la señora Giiovana Elizabeth Piedra Davalos; contenida en la sentencia del juzgado sexto penal del circuito de cali, de fecha 25 de septiembre de 1997 » Arrêt C-178 du 7 mai 1993.

³⁹⁷ BONILLA HERNANDEZ Pablo Andrés, "Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales". In Anuario de derecho constitucional latinoamericano 17 ano. Konrad Adenauer Stiftung 2011. Uruguay.

³⁹⁸ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 788 de 2002 » Arrêt C-896 du 7 octobre 2003.

*distinction de degré dans le contrôle du constitutionnel est évidente car après l'analyse détaillée de chaque article du traité, les arrêts émis sont extrêmement longs »*³⁹⁹

B. Un contrôle constitutionnel *a priori* obligatoire et automatique limité

Les Constitutions Chilienne et Equatorienne consacrent le contrôle constitutionnel *a priori* obligatoire et automatique pour certains types de traités et les prérogatives accordées au juge constitutionnel sont tout aussi limitées.

L'article 438 de la Constitution Equatorienne prévoit : « *la Cour Constitutionnelle émettra un avis au préalable et à caractère contraignant sur la constitutionnalité de : I. Traités internationaux qui ont besoin d'être approuvés par l'Assemblée Nationale...* » Ainsi, la Constitution équatorienne a opté à l'instar de la Constitution colombienne pour un contrôle *a priori* automatique et obligatoire mais exclusivement pour les traités qui doivent être approuvés par le législatif et, à la différence de la Constitution Colombienne, le contrôle en Equateur sera limité seulement au contenu du traité sans pouvoir exercer un contrôle quelconque sur la loi d'approbation émise par le législatif.

A ce propos, Maria Perez affirme : « *en ce qui concerne les résolutions d'approbation législative pour procéder à la ratification des traités, elles peuvent faire l'objet d'un contrôle abstrait de constitutionnalité, mais dans cette situation le contrôle sera postérieur, c'est-à-dire après leur promulgation, car la Loi Organique des garanties juridictionnelles et du contrôle constitutionnel dispose que ces résolutions peuvent être soumises à la Cour Constitutionnelle dans un délai de deux mois après leur promulgation, mais uniquement pour deux raisons : vices formels et de procédure. C'est-à-dire, uniquement si la résolution approbatrice du traité international n'a pas observé la procédure consacrée dans la loi organique de la fonction législative* »⁴⁰⁰

³⁹⁹ RAMELLI ARTEAGA Alejandro, "El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia". Revista Derecho del Estado, 2007. Disponible en ligne: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630229002>> ISSN 0122-9893

⁴⁰⁰ PEREZ PAREDES María Gloria, "El control constitucional y los tratados internacionales en el Ecuador". Trabajo almacenado en el repositorio institucional UASB-DIGITAL con licencia creative commons 3.0 Ecuador. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2910/1/T1034-MDE-P%c3%a9rez-EI%20control.pdf>

L'article 438 est développé par l'article 111 de la loi organique des garanties juridictionnelles et du contrôle constitutionnel qui octroie trente jours à partir de la publication du traité dans le registre officiel à la Cour Constitutionnelle pour décider de leur constitutionnalité. Le silence de la Cour constitutionnelle sera interprété comme une déclaration de constitutionnalité du traité mais si la Cour déclare son inconstitutionnalité, l'Assemblée Nationale ne pourra pas approuver le traité sans avoir au préalable effectué la réforme constitutionnelle adaptée⁴⁰¹

Dans la pratique constitutionnelle, Rafael Oyarte Martinez nous dit : « *la rigidité de la Constitution équatorienne fait qu'en réalité le Président de la République, au moment de souscrire un traité contenant des dispositions contraires à la Constitution politique, émette des réserves de principe, car la procédure de réforme constitutionnelle est très complexe, non seulement par le quorum demandé (deux tiers des législateurs) mais aussi par le délai d'un an entre les débats* ». ⁴⁰² Il importe de préciser qu'en effet, -quand cela est possible- le choix de l'émission de réserves en matière de traités a été préférée aux déclarations d'inconstitutionnalité partielle et que cette pratique ne se limite pas qu'à l'Equateur mais également à tous les Etats qui font un contrôle *a priori*.

Le même auteur souligne la déficience de la Constitution Equatorienne en ce qui concerne l'encadrement du contrôle constitutionnel *a priori* des traités. En effet, ayant choisi un contrôle constitutionnel obligatoire limité à certains traités, la Constitution a laissé un vide juridique concernant les autres traités et surtout elle n'a pas déterminé quelle autorité était compétente pour établir la nature des traités et ainsi les différencier les uns des autres. Finalement, face au vide constitutionnel en la matière, c'est encore une fois la pratique constitutionnelle qui a octroyée la faculté de déterminer quels sont les traités qui ont besoin d'une approbation législative et donc d'un contrôle constitutionnel *a priori* à la Commission spécialisée des affaires internationales du Congrès National.

⁴⁰¹ Article 162 de la Constitution Equatorienne : « l'approbation d'un traité ou accord qui demande une réforme constitutionnelle, ne pourra pas être faite sans avant avoir effectué la dite réforme »

⁴⁰² OYARTE MARTINEZ Rafael, " El control de constitucionalidad de los tratados internacionales". In Iuris dictio revista de derecho, Vol 4. Num.7 2003. P. 8

Au sein de la Constitution chilienne, le contrôle *a priori* est également présent, mais à l'instar de l'Equateur, il n'est pas obligatoire pour tous les traités. En effet, nous pouvons constater l'existence d'un contrôle constitutionnel préventif obligatoire pour les traités qui portent sur des matières qui, dans le droit interne, font l'objet d'une loi organique constitutionnelle. La Constitution chilienne prévoit aussi un contrôle constitutionnel préventif mais il est, à la grande différence de l'Equateur, facultatif à l'initiative de certains organes ou autorités étatiques pour les autres types des traités.

L'article 93 de la Constitution chilienne prévoit deux attributions en matière de traités internationaux au Tribunal Constitutionnel : « 1° exercer le contrôle de constitutionnalité des lois qui font une interprétation de la Constitution, des lois organiques constitutionnelles et des normes d'un traité qui porte sur des matières propres de la loi organique avant sa promulgation... 3° résoudre les questions relatives à la constitutionnalité qui peuvent se présenter au moment du débat des projets de loi ou de réforme constitutionnelle et des traités soumis à l'approbation du congrès ... dans le cas de l'alinéa 3°, le Tribunal ne pourra connaître de l'affaire qu'à la demande du Président de la République, d'une des chambres de l'Assemblée Nationale ou d'un quart de ses membres en exercice à condition que cette requête soit effectuée avant la promulgation de la loi... ».

Sur les caractéristiques de ces deux modalités du contrôle constitutionnel préventif, Pamela Lopez et Karin Paz affirment : « ... en premier lieu, on doit signaler qu'il s'agit d'un contrôle obligatoire, exercé par le congrès qui a l'obligation d'envoyer au Tribunal Constitutionnel tous les projets qui remplissent les conditions établies par la Constitution... Une exception à cette caractéristique découle des hypothèses exposées dans les alinéas 2,3,4,5 et 6 de l'article 93... Il s'agit d'un contrôle abstrait. Le Tribunal doit examiner le précepte légal objet du contrôle, en vérifiant qu'il n'y ait pas de vices constitutionnels de fond ou de forme, en effectuant un exercice de comparaison entre des normes hiérarchiquement différentes, sans l'appliquer à un cas en particulier... la décision prise par le Tribunal Constitutionnel aura un effet erga omnes »⁴⁰³.

Bien que ces trois Etats aient prévu un contrôle constitutionnel *a priori* selon deux modalités différentes : l'une obligatoire et automatique intégrale et l'autre obligatoire et automatique mais

⁴⁰³ FLORES CALDERON Pamela Beatrice et HERNANDEZ BAHAMONDES Karin, "El tribunal constitucional, el control de constitucionalidad y el control preventivo obligatorio con posterioridad a la reforma constitucional el año 2005". Tesis de grado, Universidad de Chile. Santiago de Chile; 2013. P. 47

limitée, nous pouvons identifier des éléments communs. Il s'agit, en premier lieu, de l'effet *erga omnes* ainsi que le caractère de chose jugée qu'ont les décisions issues de ce type de contrôle, que ce soit en Colombie, en Equateur ou en Chili, c'est-à-dire qu'en principe le contenu du traité ne pourra pas être soumis à un nouveau contrôle de constitutionnalité.

Le deuxième et dernier élément en commun de ce type de contrôle constitutionnel est son caractère obligatoire et automatique établi par la Constitution, ce qui fait de lui une étape indispensable dans la conclusion du traité. En cas d'omission et donc d'une ratification sans soumission préalable du traité au contrôle préventif, une nullité pourra être soulevée en vertu de l'article 46 de la convention de Vienne qui dispose : « *le fait que le consentement d'un état à être lié par un traité ait été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne relative à la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale* »

II. Le contrôle *a priori* facultatif

Dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité préventif n'est pas une question juridictionnelle contentieuse et où, en principe, il n'y a pas de litige autre qu'une éventuelle contradiction entre la norme soumise au contrôle et la Constitution, deux Etats Sud-américains ont mis en place ce contrôle *ex ante* sous une modalité facultative. C'est-à-dire, qu'à la demande d'un organe constitutionnellement autorisé pour en faire cette demande.

Cette modalité du contrôle *a priori* est conditionnée à l'existence d'un « doute » sur la constitutionnalité du traité en formation. C'est face à ce doute que le juge constitutionnel pourra intervenir pour dissiper ou confirmer tout soupçon d'inconstitutionnalité.

Dans cette modalité de contrôle, la définition de ce qu'est un contrôle *a priori* en matière de traités peut être légèrement modifiée, car il ne s'agit plus d'un élément indispensable pour la validité du traité mais d'un élément subjectif qui : « *ne cherche pas à empêcher la création d'un droit contraire à la Constitution mais à indiquer la voie correcte pour la création dudit droit au travers du traité international qui lui est soumis. Ce qui est demandé au Tribunal Constitutionnel est*

d'indiquer le chemin à l'Assemblée Nationale pour incorporer valablement le traité dans l'ordre juridique interne »⁴⁰⁴

Bien que cinq Etats Sud-Américains aient opté pour un contrôle *a priori*- tous modèles confondus-, les cinq autres Etats ont voulu garder un contrôle *a posteriori*. La position de la jurisprudence et de la doctrine face au système de contrôle de constitutionnalité des traités internationaux est décisive dans l'évolution de ces Etats. Grâce à cette position prétorienne il y a un véritable débat dans la région sur les conséquences juridiques et politiques liées à l'absence d'un contrôle constitutionnel *a priori* des traités internationaux.

A. Un contrôle constitutionnel *a priori* soumis à une pétition

L'article 202 de la Constitution bolivienne prévoit le contrôle *a priori* des traités internationaux ainsi : « *Les attributions du Tribunal Constitutionnel Plurinational, en plus de celles établies par la Constitution et la loi, sont connaitre et résoudre : 9. Le contrôle préventif de constitutionnalité dans la ratification des traités internationaux* ».

Le Tribunal constitutionnel Bolivien doit donc déterminer si un traité est conforme à la Constitution en application de l'article 410 qui consacre le principe de la suprématie constitutionnelle.

En Bolivie, le contrôle *a priori* de constitutionnalité est évoqué par le Tribunal Constitutionnel Plurinational ainsi : « *le contrôle préventif de constitutionnalité a pour finalité : «... mettre en œuvre de manière préventive les fonctions de contrôle de l'efficacité du bloc de constitutionnalité et des droits fondamentaux à l'entrée en vigueur de toute norme à caractère général. Cette théorie a pour fondement l'article 202.7 qui prévoit les consultations du Président ou la Présidente de la*

⁴⁰⁴ SANTANA Junior, "El control preventivo de los tratados internacionales en el nuevo orden constitucional dominicano". Cuadernos del OJD, editorial funglode.p. 10

République, de l'Assemblée Législative plurinationale, du Tribunal Suprême de justice ou du Tribunal de l'agriculture et l'environnement, sur la constitutionnalité des projets de lois... »⁴⁰⁵

En effet, l'article 202 de la Constitution est développé par les articles 107 à 110 du Code de la procédure constitutionnelle. L'article 107 de cette loi stipule : « *en cas de doute fondé sur la constitutionnalité d'un traité ou d'un accord international, le Président ou la Présidente de l'Assemblée Législative Plurinationale, doit envoyer le traité en question au Tribunal Constitutionnel Plurinationnel avant sa ratification* »

Il ressort de cet article que le contrôle de constitutionnalité des traités n'est ni automatique ni obligatoire, car il est soumis à l'appréciation de l'Assemblée législative. Ainsi, le Tribunal Constitutionnel examinera uniquement les traités présentant un doute fondé sur leur constitutionnalité émis par l'organe législatif bolivien.

Le Tribunal dispose d'un délai de 45 jours pour statuer à compter de l'envoi de la demande par le Président ou la Présidente de l'Assemblée Législative. La décision prise par le Tribunal aura un caractère obligatoire.

Le Code de la procédure constitutionnelle prévoit une exception à cette règle. En effet, le contrôle de constitutionnalité préventif perd son caractère facultatif pour revêtir un caractère obligatoire lorsqu'il s'agit de traités approuvés par référendum. Ce contrôle est effectué avant toute consultation populaire et si le contenu du traité est déclaré inconstitutionnel, il ne pourra pas être soumis à référendum.

Compte tenu de la pluralité des modalités de contrôle préventif, le Tribunal constitutionnel Plurinationnel a précisé : « *Nous concluons que la modalité du contrôle préventif de constitutionnalité dans la ratification des traités internationaux dépend de la finalité dudit contrôle, c'est-à-dire facultatif quand il concerne des instruments internationaux en matière de droits de l'Homme et obligatoire pour les normes du droit communautaire et en cas de référendum tels que prévus par l'article 257.II de la CPE. Le contrôle préventif peut aussi s'exercer quand les personnes habilitées expriment un doute raisonnable sur la constitutionnalité d'un traité qui doit*

⁴⁰⁵Tribunal Constitutionnel Plurinationnel de Bolivie, « Sentence Constitutionnelle plurinationale 0024/2017 » arrêt du 21 juillet 2017. P. 6

faire l'objet d'une ratification. La finalité du contrôle préventif est de garantir l'efficacité des principes de sécurité juridique et pacta sunt servanda, car le contrôle constitutionnel préventif intégral de ces actes internationaux permet une politique étrangère engageant la bonne foi de l'Etat et assurant le respect des engagements pris internationalement. Cela n'exclut pas la possibilité d'un contrôle a posteriori de constitutionnalité qui peut s'effectuer dans la mesure où les traités internationaux ont la même hiérarchie que les lois »⁴⁰⁶

Avec sa Constitution de 1999, le Venezuela a adopté un système mixte en matière de contrôle de constitutionnalité. Le fondement constitutionnel du contrôle concentré est défini dans le dernier paragraphe de l'article 334 : « *Il appartient exclusivement à la chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême de justice, en tant que juridiction constitutionnelle, de déclarer la nullité des lois et des autres actes émanant d'organes qui exercent le pouvoir public en exécution directe et immédiate de la Constitution ou s'ils ont rang de loi, quand ils sont contraires à la Constitution* ».

La chambre constitutionnelle vénézuélienne entend ce paragraphe comme la faculté « *octroyée à l'instance suprême de la juridiction constitutionnelle à effectuer le contrôle de constitutionnalité des actes émis dans l'exécution directe et immédiate de la Constitution ou toute norme ayant rang de loi* »⁴⁰⁷. Dans le même arrêt, le juge constitutionnel vénézuélien détermine les effets de ce type de contrôle en précisant : « *La faculté de déclaration générale d'inconstitutionnalité d'une ou d'un ensemble de normes juridiques (lois) est exclusivement allouée à la chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême de justice, qui devant une incompatibilité déclare erga omnes, la nullité de la loi ou de la norme inconstitutionnelle* ».

Ce contrôle concentré peut être exercé *a priori* et *a posteriori*. En ce qui concerne le contrôle préventif, même si la Constitution vénézuélienne ne fait pas référence au « doute » sur la constitutionnalité des normes d'un traité aussi expressément que la Constitution Bolivienne, son article 336 mentionne de façon implicite que le « doute » est également l'élément déclencheur du

⁴⁰⁶ Tribunal Constitutionnel Plurinational de Bolivie, « Sentence Constitutionnelle plurinationale 0024/2017 » arrêt du 21 juillet 2017. P. 9

⁴⁰⁷ Tribunal Supremo de Justicia, "Affaire N° 1859/ 18-12-2014" sala constitucional.MP Juan Mendoza, Arrêt du 18 décembre 2014.

contrôle *a priori* en allouant à la chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême la compétence exclusive pour effectuer un contrôle préventif de constitutionnalité des traités internationaux. Mais ce contrôle s'avère facultatif car il ne s'exerce qu'à la condition d'avoir été sollicité par le Président de la République ou l'Assemblée nationale avant la ratification du traité en question.

Cet article est développé par les alinéas 5, 14 et 15 de l'article 25 de la loi organique du Tribunal Suprême de justice ainsi : « *quand il vérifie à la demande du Président de la République ou de l'Assemblée Nationale, la conformité avec la Constitution Politique des traités internationaux avant leur ratification* ».

Malgré son caractère facultatif, la possibilité de ce type de contrôle constitutionnel constitue une innovation qui fut établie par le constituant de 1999 dans le but d'harmoniser le droit international avec le droit interne. Avant la Constitution de 1999, cette faculté était octroyée à la chambre plénière de la Cour Suprême de Justice.

B. L'absence d'une modalité de contrôle *a priori*

Le système de contrôle *a priori* des traités internationaux permet en principe à l'Etat de ne pas s'engager internationalement sur une mesure impliquant une violation aux normes constitutionnelles. L'objectif majeur du contrôle préventif est d'éviter de se confronter à une situation juridique complexe qui est de choisir entre l'exécution d'un traité dûment ratifié mais contraire à la Constitution ou d'écarter le traité international en appliquant le principe de suprématie constitutionnelle, sous peine d'engager la responsabilité internationale de l'Etat.

Eduardo Andrade explique les enjeux d'une mise en place du contrôle préventif dans le cadre juridique du Mexique, Etat qui, au même titre que la majorité des Etats sud-américains, ne prévoit pas ce type de contrôle au sein de sa Constitution : « *Le contrôle préventif de constitutionnalité par le pouvoir judiciaire permettrait de garantir que les obligations engagées par le Mexique sont toujours en accord avec notre régime constitutionnel, évitant ainsi la possibilité de ne pas respecter*

un traité ou une convention en vertu d'une déclaration d'inconstitutionnalité effectuée a posteriori »⁴⁰⁸

En effet, si au niveau national on applique le principe de suprématie constitutionnelle, dans l'ordre juridique international on applique le principe de primauté du droit international qui naît au moment où un Etat s'engage internationalement. « *La conséquence directe de ce principe peut être analysée sous deux angles. Le premier est une obligation positive pour l'Etat qui ratifie une convention internationale et qui se traduit par le devoir de « ...introduire dans sa législation les modifications nécessaires pour garantir l'exécution de ses engagements ». Le deuxième est une obligation à caractère négatif pour l'Etat de ne pas pouvoir « ... invoquer face à un autre Etat sa propre Constitution pour se soustraire à ses obligations internationales imposées par le droit international ou par les traités en vigueur »⁴⁰⁹*

En Amérique du Sud, l'Uruguay, le Paraguay, l'Argentine, le Brésil et le Pérou ne font aucune référence dans leurs corps constitutionnels au contrôle *a priori* des traités. Il s'agit d'Etats fortement attachés au contrôle répressif. Cependant, devant le développement de l'interaction des Etats, et compte tenu des difficultés précédemment énoncées engendrées par l'absence d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* sur les traités internationaux, certains organes de ces Etats envisagent la possibilité d'une réforme constitutionnelle pour incorporer ce type de contrôle.

La doctrine péruvienne, par exemple, exprime son inquiétude face à cette carence en affirmant : « *en ce qui concerne les « traités internationaux »,il aurait été souhaitable, compte tenu de leur nature spécifique, d'instaurer un contrôle préventif de constitutionnalité comme les Constitutions irlandaise de 1937 (article 26) et française de 1958 (article 54) l'ont prévu... En effet, bien que le contrôle préventif de constitutionnalité apporte plus d'inconvénients que d'avantages quand il s'exerce sur des lois, son intérêt est majeur lorsqu'il est appliqué à des traités, et cela est notamment prévu à l'article 26 de la Convention de Vienne ... En effet, pour les pays qui ont adhéré à la Convention de Vienne -parmi lesquels l'Espagne et le Pérou- tout traité conclu est*

⁴⁰⁸ ANDRADE SANCHEZ Eduardo, "La necesidad de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales".Revista de la facultad de derecho de mexico, Tomo LXVII, Número 269, Septiembre- diciembre 2017. P, 28

⁴⁰⁹ ROA ORTIZ Emmanuel, "Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad". disponible en ligne <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/92/10.pdf>. P. 6

contraignant « selon le droit international », et cela malgré l'éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité du tribunal constitutionnel »⁴¹⁰

Aux termes de son arrêt 00002-2009-PI/TC du 5 février 2010, le juge péruvien a également eu l'occasion d'exprimer son regret face à l'absence de ce type de contrôle : « ... ainsi, le fait que l'approbation des traités par l'Etat péruvien intervienne par traités-lois ou par traités-administratif, devrait justifier un contrôle constitutionnel effectué avant l'entrée en vigueur des traités afin de donner crédibilité au processus de formation des traités internationaux... »⁴¹¹

Si au Pérou la pertinence du contrôle *a priori* des traités est d'ores et déjà évoquée, en Argentine et au Brésil, cette question ne fait pas partie des priorités juridiques.

Le juge argentin a justifié à maintes reprises le choix constitutionnel du contrôle *a posteriori* ainsi : « c'est un principe consacré, légal et juridictionnel que la justice fédérale n'est pas compétente pour décider de questions abstraites, ni pour juger de l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un décret excepté lorsqu'il s'agit de son application concrète car l'essence du pouvoir judiciaire est de statuer dans des cas de collisions effectives entre les droits et en aucune manière de faire des déclarations générales pour fixer la portée des lois ou des décrets dont la seule sanction n'implique pas une violation des droits »⁴¹²

Le juge brésilien justifie également l'absence du contrôle *a priori* ainsi : « Le droit constitutionnel positif du Brésil, tout au long de son évolution historique, n'a jamais autorisé le système de contrôle juridictionnel préventif de manière abstraite. Ainsi, la possibilité de contrôler abstraitement de façon préventive sur la légitimité constitutionnelle des propositions normatives est inexistant dans notre système juridique »⁴¹³

⁴¹⁰ BRAGE CAMAZANO Joaquin, "La acción peruana de inconstitucionalidad". Pensamiento constitucional N) 19, 2014, pp.207-230/ ISSN 1027-6769. Universidad complutense de Madrid Espana. P. 11

⁴¹¹ Tribunal Constitutionnel du Pérou. « Recurso de inconstitucionalidad, EXP No. 00002-2009-PI/TC » Arrêt du 5 février 2010,. P.20.

⁴¹² Citation d'un arrêt de la Cour Suprême de Justice en DALLA VIA, Alberto. La justicia constitucional en Argentina. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/viewFile/45555/27073> p.6

⁴¹³ DA CUNHA FERRAZ Anna Candida, "Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade". Revistade informacao legislativa, Brasilia a. 36 n. 142 abr/jun. 1999.p. 292

CONCLUSIONS TROISIEME PARTIE

Toutes les Constitutions des dix états sud-américains prévoient -d'une façon plus ou moins précise- les compétences qui ont été accordés à chaque branche du pouvoir public dans la conclusion des traités.

Bien que chaque Etat a ses particularités, nous retrouvons globalement une attribution de compétences classique : la négociation et la ratification des traités est une affaire confiée au pouvoir exécutif, l'approbation des traités est confiée au pouvoir législatif avec possibilité en certains Etats de le faire approuver directement par le peuple grâce à un référendum apporbatif.

Le rôle du juge national est celui de sauvegarder le principe de la suprématie constitutionnelle et de ce fait veiller à ce que les traités qui vont être soumis à la ratification de l'exécutif soient en accord avec la Constitution Nationale. Ce rôle n'est pas unanime en Amérique du Sud, car le contrôle *a priori* n'est pas obligatoire dans tous les Etats et il y a certains Etats qui ne l'ont même pas prévu dans la formation des traités.

Il importe aussi de préciser qu'il y a une grande hétérogénéité -sur le fond comme sur la forme- en ce qui concerne les traités qui peuvent être exclus de l'approbation du pouvoir législatif et ceux qui ne peuvent pas échapper à ce contrôle.

QUATRIEME PARTIE

LE CONFLITS DES NORMES : LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DES TRAITES DANS LES ETATS SUD AMERICAINS

Les conflits normatifs dans les ordres juridiques internes sont définis par Miriam Lorena Henriquez comme : « *une situation d'incompatibilité produite entre deux normes en vigueur qui appartiennent au même ordre juridique, en vertu de laquelle l'application d'une norme conduit à des résultats opposés à ceux qui seraient produits avec l'application d'une autre norme* »⁴¹⁴.

Les traités internationaux constituent une forme de manifestation de la souveraineté des Etats car au moment de la ratification, l'Etat, en tant que sujet international, exerce un des principes du droit international : l'autodétermination des peuples. Cependant, cette souveraineté ne peut pas être illimitée. A ce propos, l'arrêt C-276 de la Cour Constitutionnelle Colombienne affirme que cette souveraineté, reconnue par le droit international, est également délimitée par lui. Ainsi, la souveraineté est absolue dans l'ordre interne de chaque Etat mais limitée dans l'ordre juridique international.

La limitation imposée par le droit international en matière de traités est consacrée dans les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne. Il s'agit du *pacta sunt servanda* et du *bona fide* en vertu

⁴¹⁴ HENRIQUEZ VINAS Miriam lorena, "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos". Estudios constitucionales, Año 6, N° 2, 2008 p 73.

desquels un Etat ne peut pas se prévaloir de son ordre juridique interne pour justifier au manquement d'un traité international dument ratifié.

Si nous suivons la thèse de la Cour Constitutionnelle Colombienne, cela voudrait dire qu'à partir du moment où un Etat s'engage internationalement, les principes du droit international priment. L'ordre interne ne va plus être compétent pour exercer un quelconque contrôle sur le traité, ce contrôle étant de la compétence exclusive du droit international. En effet, c'est le droit international qui prévoit les modalités pour qu'un Etat puisse demander la cessation des effets juridiques d'un traité en vigueur. Ainsi, par exemple, l'article 46 de la Convention de Vienne prévoit l'annulation d'un traité incorporé dans l'ordre interne d'un Etat lorsqu'il existe une manifeste violation des dispositions de l'ordre interne relative à l'autorité compétente pour conclure les traités.

Dans cet ordre d'idées, si un traité est déclaré inconstitutionnel dans l'ordre interne, cette déclaration constitue un fait internationalement illicite entendu comme les : « *violations graves, flagrantes et systématiques des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble* »⁴¹⁵ qui a pour conséquence l'obligation de l'Etat de réparer le préjudice occasionné. La C.I.J dans l'affaire Chorzow a stipulé : « *la Cour constate que le principe selon lequel toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer est un principe du droit international, voire une conception générale du droit. Déjà, dans son Arrêt n° 8, la Cour, statuant sur la compétence découlant de l'article 23 de la Convention de Genève, a dit : la réparation est le complément indispensable d'un manquement à l'application sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. L'existence du principe établissant l'obligation de réparer comme un élément du droit international positif n'a du reste jamais été contestée au cours des procédures relatives aux affaires de Chorzow* »⁴¹⁶

La responsabilité internationale de l'Etat est encadrée par la Résolution 56/83 du 12 décembre 2001 de l'Assemblée Générale de la Commission du Droit international dénommée : « *note des articles sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites présentée par la Commission du droit international* » et Allain Pellet nous dit à propos de son contenu : « *l'essentiel de la*

⁴¹⁵ Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, A/CN.4/507/Add. 4, par.407.

⁴¹⁶ CIJ, « Arrêt relative à l'usine de Chorzow (demande d'indemnité) » (fond) Série A – N)17 du 13 septembre 1928.P,52.

nouvelle approche, endossée par la Commission et jamais ouvertement remise en cause depuis lors, consiste à limiter à deux les conditions dans lesquelles la responsabilité est engagée : pour qu'elle le soit, il faut et il suffit : 1° qu'un fait internationalement illicite ait été commis ; et 2° que ce fait puisse être attribué à un Etat ; l'existence d'un dommage n'ayant d'incidence que pour déterminer l'obligation de réparer et ses modalités »⁴¹⁷

Le juge constitutionnel de chaque Etat a une conception différente et surtout fluctuante de la responsabilité internationale. Par exemple, le Tribunal Constitutionnel du Chili dans l'arrêt n° 309 de 2001 affirme : « *Il semble obligatoire que dans l'exercice de la juridiction constitutionnelle, le juge dans son rôle d'interprète, concentre tous ses efforts, dans le respect des normes constitutionnelles, pour trouver une interprétation conciliatrice entre les normes d'un traité et les normes constitutionnelles* »

Malgré cet état d'esprit conciliant animant certains juges constitutionnels sud-américains, il importe de préciser que la justice constitutionnelle sud-américaine a été fortement influencée par le droit constitutionnel Américain. A ce propos Olivier le Bot précise : « *Dans le système américain de justice constitutionnelle, le juge n'intervient que dans certains cas : soit (dans l'immense majorité des cas) par voie d'exception, à l'occasion d'un litige où est invoquée l'inconstitutionnalité de la loi applicable, soit (très rarement) par voie d'action, le juge pouvant, à la demande de tout intéressé, enjoindre à un agent public, sous peine d'outrage à un tribunal, de ne pas appliquer un texte jugé inconstitutionnel. En l'état, le droit américain ne reconnaît pas la possibilité d'un contrôle a priori qui serait déclenché sur saisine des autorités publiques* »⁴¹⁸

C'est donc sous cette influence que les Etats sud-américains ont acquis des mécanismes de contrôle répressif pouvant être appliqués à différents degrés aux traités internationaux. Les seuls traités qui semblent dans la plupart des cas échapper à ce contrôle sont les traités relatifs aux droits de l'homme qui, compte tenu de leur nature, ont réussi à se faire une place privilégiée non seulement dans l'ordre interne des Etats mais aussi dans l'ordre international.

⁴¹⁷ PELLET Alain, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Suite-et fin ? ». in : Annuaire français de droit international, volume 48, 2002.pp 1-13, p.12.

⁴¹⁸ LE BOT Olivier, « Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe ». Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel 2013/3 (N° 40) p. 119

CHAPITRE I

Le contrôle constitutionnel *a posteriori* des traités internationaux

L'objectif du contrôle constitutionnel répressif est de définir les compétences du juge dans le respect des compétences du pouvoir législatif, lequel représente le peuple et compte tenu de cette fonction, a, en principe, la faculté de créer mais aussi d'abroger les lois. En effet, une des grandes critiques de la doctrine au contrôle constitutionnel *a priori* est de permettre le dépassement du pouvoir judiciaire dans un champ qui doit être réservé au législatif. Ce contrôle peut être défini comme : « *Le contrôle répressif, correctif ou a posteriori est mis en œuvre lorsque la norme visée fait déjà partie de l'ordre juridique. Elle peut alors être attaquée sur des questions de forme ou de fond ainsi que sur une question d'inconstitutionnalité survenue après. Le contrôle peut adopter différentes modalités et voies* »⁴¹⁹

Ici le contrôle n'intervient pas dans l'étape de formation des traités mais par l'intervention du juge constitutionnel une fois le traité en vigueur. Le contrôle *a posteriori* présente un caractère abstrait lorsque la cour a été saisie pour connaître d'un acte normatif (sur saisine des autorités publiques, sur renvoi d'un tribunal ordinaire, sur recours direct dirigé contre une loi, ou encore en cas d'auto-saisine à l'occasion de l'examen d'un recours dirigé contre un acte d'application de la loi). Dans ce cas, en effet, le contrôle de constitutionnalité est détaché des faits du litige et c'est bien improprement que le contrôle exercé à titre préjudiciel est parfois qualifié de « concret ». Le contrôle *a posteriori* ne présente un caractère concret que dans deux cas : d'une part lorsqu'il est exercé par voie d'exception, d'autre part lorsque la cour est saisie d'un recours direct en protection des droits fondamentaux contre un acte d'application de la loi

Ce type de contrôle est largement utilisé par les Etats sud-américains malgré les critiques concernant la mise en danger de la sécurité juridique tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. En effet, la possibilité de contrôle *ex post* prévue au sein des Constitutions Sud-Américaines permet une remise en question permanente des normes infra constitutionnelles.

⁴¹⁹ SANTANA Junior, "El control preventivo de los tratados internacionales en el nuevo orden constitucional dominicano". Cuadernos del OJD, editorial funglode.p. 12

Il existe diverses modalités du contrôle *a posteriori* des traités internationaux. L'une d'elle est relative à l'organe qui est compétent pour exercer le contrôle. Ainsi, si la Constitution octroie la faculté à un organe spécifique, il s'agit alors d'un contrôle *a posteriori* concentré mais si au contraire elle octroie cette compétence à un ensemble d'organes étatiques, il s'agit d'un contrôle *a posteriori* diffus. Une autre modalité concerne les effets du contrôle répressif, qui peuvent être limités au litige en question ou au contraire avoir des effets à l'égard de tous.

I. Un contrôle *a posteriori* concentré

Nous parlons d'un contrôle *a posteriori* concentré quand la Constitution Nationale d'un Etat octroie à un organe spécifique la faculté d'exercer le contrôle constitutionnel, après que le traité soit entré en vigueur. De ce fait, seul cet organe sera compétent pour déclarer l'inconstitutionnalité d'une norme internationale. Bien que l'adjectif « *concentré* » laisse entendre que cet organe est une Cour ou un Conseil constitutionnel autonome, il est possible que l'exclusivité de cette faculté soit octroyée à un organe juridictionnel général.

A ce propos, Elena Highton affirme que dans le cadre de l'Amérique latine : « *le système concentré du contrôle de constitutionnalité bien que similaire au modèle européen avec des tribunaux constitutionnels spécialisés, n'implique pas nécessairement l'existence d'un Tribunal Constitutionnel spécial, conçu en dehors du pouvoir judiciaire. L'expérience latinoaméricaine du contrôle constitutionnel concentré en est la preuve, car en général ce sont les Cours Suprêmes de justice qui l'exercent et dans les cas où ce sont les Tribunaux constitutionnels, ils le font tout en faisant partie du pouvoir judiciaire de leur Etat* »⁴²⁰.

Quoi qu'il en soit, la déclaration d'inconstitutionnalité peut avoir des effets ou des conséquences juridiques distinctes. Si dans le cadre du contrôle constitutionnel *a priori* les effets sont à caractère général et rétroactif, dans le domaine du contrôle constitutionnel *a posteriori* les effets juridiques de la décision judiciaire peuvent n'être limités qu'aux parties et *ex nunc*.

⁴²⁰ HIGHTON Elena, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad". In : Investigaciones. Instituto de investigaciones y de referencia extranjera, Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina. Buenos Aires, 2013. Disponible online: <https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2013.pdf>. P. 11.

A. Une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet *inter partes*

Le Paraguay a adopté le système du contrôle constitutionnel concentré. Dans ce cadre, le seul organe judiciaire compétent pour déclarer l'inconstitutionnalité des normes est la chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice⁴²¹.

Selon la Constitution Paraguayenne, le contrôle de constitutionnalité peut être exercé par tout citoyen par voie d'action ou d'exception, mais aussi par une déclaration d'office effectuée par la Cour elle-même ou à travers d'une consultation constitutionnelle effectuée par tout juge national.

La hiérarchie dans l'ordre juridique interne est déterminée par l'article 137 de la Constitution ainsi : *« la loi suprême de la République est la Constitution. Celle-ci, les traités, conventions et accords internationaux approuvés et ratifiés, les lois dictées par le congrès et les autres dispositions juridiques de hiérarchie inférieure, intégrant le droit positif national, dans l'ordre énoncé ».*

Les traités sont donc au-dessus des codes et lois approuvées par le congrès. C'est-à-dire que les traités ont une hiérarchie supra légale. En conséquence, les normes inférieures doivent être conformes aux traités et si un traité est contraire à une loi antérieure, celle-ci est abrogée par le traité de façon automatique. En revanche, en cas de contradiction entre un traité en vigueur et la Constitution Nationale, c'est la norme constitutionnelle qui devra primer sur le traité.

La chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice définit le contrôle constitutionnel ainsi : *«... existe un système de contrôle ayant pour finalité de défendre des normes hiérarchiquement supérieures, avec l'objectif de déclarer inconstitutionnelles toutes les dispositions et actes normatifs contraires à elle... »*⁴²²

Le Paraguay a donc prévu ce contrôle à titre répressif ou *a posteriori* des normes. L'article 260 consacre les devoirs et attributions de la chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice : *« les devoirs et attributions de la chambre constitutionnelle sont : 1. Connaître et résoudre les questions sur l'inconstitutionnalité des lois et d'autres instruments normatifs, en déclarant*

⁴²¹ Article 259 paragraphe 6 et article 260 de la Constitution développés par la loi 609/95

⁴²² Cour suprême de justice, Chambre constitutionnelle, « acción de inconstitucionalidad contra art. 10 de la ley N°. 294/13 de evaluación ambiental » Arrêt No. 542 du 31 mai 2013.

l'inapplication des dispositions contraires à cette Constitution au cas par cas. La décision n'aura qu'un effet inter partes. »

Bien que le terme « *traité* » ne soit pas explicitement inclus dans la norme constitutionnelle, la doctrine l'a associé aux termes « *instruments normatifs* ». De ce fait, tout traité international peut être soumis à un contrôle constitutionnel *a posteriori* dans la République du Paraguay.

Pour l'exercice dudit contrôle, la loi 1337/88 (loi de procédure civile) préconise deux voies : celle de l'action d'inconstitutionnalité et celle de l'exception d'inconstitutionnalité « *La Constitution du Paraguay prévoit un contrôle abstrait des normes. L'action d'inconstitutionnalité et l'exception d'inconstitutionnalité peuvent être exercées dans un litige en particulier. L'exception est seulement possible dans le cadre d'un litige en cours* ».

Bien que la Constitution prévoie la compétence exclusive à la chambre constitutionnelle, l'article 16 de la LOCSJ⁴²³ autorise, à la demande d'un magistrat de la Cour Suprême de Justice et en fonction de l'importance du dossier, la Cour Suprême à statuer en formation plénière. Dans cette hypothèse, la compétence de la chambre constitutionnelle est élargie à la formation plénière de la Cour Suprême.

L'organe compétent en matière de contrôle constitutionnel en Uruguay est la Cour Suprême de Justice qui, selon l'article 257 de la Constitution, est le seul organe habilité avec force de loi à résoudre les questions de constitutionnalité des dispositions normatives. Ce contrôle est donc de nature *a posteriori* concentré. Les modalités de saisine sont consacrées dans l'article 258 ainsi : « *la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi et l'inapplicabilité des dispositions transgressées, pourront être sollicitées par toute personne qui considère que ses intérêts directs, personnels et légitimes ont été violés : 1) par voie d'action, qui devra s'effectuer devant la Cour Suprême de Justice, 2) par voie d'exception, qui pourra se faire dans tout litige. Tout juge ou tribunal peut également d'office solliciter la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi et son inapplicabilité avant d'émettre sa décision. Dans cette hypothèse ainsi que dans l'hypothèse de l'alinéa 2), la procédure sera suspendue, pour renvoyer l'affaire devant la Cour suprême de justice* ».

⁴²³ Loi 605/95

La décision prise par la Cour Suprême dans le cadre d'une action ou d'une exception d'inconstitutionnalité aura selon l'article 259 de la Constitution un effet *inter partes*.

Si pour le Paraguay et l'Uruguay, les modalités du contrôle *a posteriori* concentré à effet *inter partes* semblent bien délimitées, elles le sont moins pour le Brésil qui a développé un système propre, connu et reconnu pour sa complexité compte tenu des nombreux mécanismes d'action d'inconstitutionnalité possibles.

Tout d'abord, le choix constitutionnel du contrôle *a posteriori* au Brésil est justifié par le statut hiérarchique octroyé aux traités internationaux. A ce propos, Mariângela F. Ariosi affirme : « *nous devons partir du principe que les traités internationaux se transforment en décrets et s'intègrent à l'ordre juridique interne en tant que loi ordinaire fédérale : il n'y a pas de différence hiérarchique entre les normes ordinaires du droit interne et celles des actes ou traités internationaux et à l'instar des autres normes infra constitutionnelles, ces décrets sont assujettis au contrôle constitutionnel a posteriori* »⁴²⁴

L'article 102 de la Constitution institue le contrôle diffus en précisant que le Tribunal suprême est compétent en dernière instance pour examiner les décisions des juges hiérarchiquement inférieurs qui déclarent l'inconstitutionnalité d'un traité : « *La compétence essentielle du Tribunal fédéral suprême est de veiller au respect de la Constitution ; il lui appartient : III- de juger, en recours extraordinaire, les causes qui ont été jugées en premier et en dernier ressort ou en dernier ressort lorsque la décision attaquée : b) déclare l'inconstitutionnalité d'un traité ou d'une loi fédérale* »

Eros Grau, juge au Tribunal fédéral suprême, précise à propos de cet article : « *Ce contrôle est réalisé, au Brésil, de façon à la fois diffuse et concentrée. Le contrôle concentré appartient au STF. Mais tout juge ou cour, dans l'examen d'un cas concret, peut déclarer incidenter tantum l'inconstitutionnalité de la loi ou de l'acte normatif fédéral ou d'un état de la fédération. Dans ce cas cependant, par le moyen d'un « recours extraordinaire », la question est soumise à l'examen du STF, qui délibère en dernière instance* »⁴²⁵.

⁴²⁴ ARIOSI Mariângela, " Controle de constitucionalidade dos tratados internacionais". <https://jus.com.br/artigos/5941/controle-de-constitucionalidade-dos-tratados-internacionais>. P. 1

⁴²⁵ GRAU Eros Roberto, « L'évolution du contrôle de constitutionnalité au Brésil ». Cahiers du Conseil Constitutionnel N° 26, août 2009.

Ce système de contrôle diffus a été introduit par l'article 58 de la Constitution Brésilienne de 1891 qui préconisait : « *il y aura un recours devant le Tribunal Fédéral Suprême pour les décisions prises en dernier ressort sur : a) des questions de validité ou d'applicabilité des traités et des lois fédérales... et si les décisions prises par le tribunaux des états fédérés sont contraire à la dite applicabilité* »

Par cet article, le législateur brésilien choisit le modèle américain de contrôle de constitutionnalité tout en lui apportant des éléments propres. La possibilité d'un contrôle concentré a été créée sous la Constitution de 1988 selon quatre actions différentes : l'action directe d'inconstitutionnalité, l'action déclaratoire de constitutionnalité, l'action en violation d'un précepte fondamental et l'action d'inconstitutionnalité par omission.

La mise en place de ces modalités de contrôle constitutionnel vis-à-vis des traités internationaux a été justifiée ainsi : « *l'exercice du « treaty-marking power » (le pouvoir d'élaboration des traités) par l'Etat du Brésil est soumis au respect des limites juridiques imposées par le texte constitutionnel. Les traités conclus par le Brésil sont subordonnés à l'autorité normative de la Constitution. Le traité incorporé au système du droit positif interne qui transgresse formellement ou matériellement le texte de la Constitution politique n'aura aucune valeur juridique* »⁴²⁶

Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* concentré est encadré par la loi 9868 de 1999 qui précise les effets des décisions. Gisela Bester nous dit à ce propos : « *En ce qui concerne l'efficacité et la portée des décisions prises dans le cadre des ADI par action (les ADI par omission ne produisent pas d'effets juridiques précis) les déclarations qui confirment l'inconstitutionnalité comme celles qui les réfutent sont dotées d'une efficacité ex tunc et d'effets erga omnes, les ADCs ont également une efficacité erga omnes...* »⁴²⁷

Bien que les effets annoncés soient inquiétants dans l'hypothèse d'un contrôle de constitutionnalité sur un traité international, il faut préciser que la même loi 9868 de 1999 et la loi 9882 de la même année octroient au Tribunal fédéral suprême la faculté de décaler les effets d'une déclaration

⁴²⁶ STF, « DJE MI 772-Agr », julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.

⁴²⁷ BESTER BENITEZ Gisela Maria, " O controle de constitucionalidade jurisdiccional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso a justiça constitucional". Análise comparativa no âmbito do direito procesual constitucional. In Anuario de Derecho constitucional latinoamericano. Ed. KAS, montevideo, Uruguay, P;264.

d'inconstitutionnalité pour des raisons de sécurité juridique ou pour un intérêt social majeur. Ainsi, le tribunal peut fixer la date ou le moment où l'inconstitutionnalité déclarée pourra être valablement appliquée. Cette faculté est soumise à la condition d'être sollicitée par les deux tiers des magistrats du tribunal.

Les effets des décisions dans le cadre du contrôle constitutionnel diffus se limitent à être *inter partes* mais aussi *ex tunc*, ce qui implique que la loi ou la norme en question continue d'être applicable sauf si, en application de l'article 52 X de la Constitution, le Sénat dans l'exercice de ses compétences décide « *de suspendre l'exécution, en tout ou partie, des lois déclarées inconstitutionnelles par décision définitive du Tribunal fédéral suprême* »

B. Une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet *erga omnes*

La Constitution Bolivienne prévoit dans son article 258 : « *les traités internationaux ratifiés font partie de l'ordre juridique interne au rang de loi* ». Cet article fut interprété par le Tribunal Constitutionnel Bolivien ainsi : « *...le principe de hiérarchie normative selon Francisco Fernandez Segado, « implique l'existence d'une diversité de normes entre lesquelles est établie une hiérarchie, selon laquelle une norme inférieure ne peut pas s'opposer à une norme supérieure. Ceci implique que l'ordre interne adopte une structure hiérarchisée, au sommet de laquelle se trouve la Constitution »...Ainsi, en accord avec ce principe de suprématie constitutionnelle et de hiérarchie normative établies dans l'article 410 de la CPE, aucune loi ni aucune disposition légale ne peut la contredire. En conséquence, si une quelconque loi n'est pas compatible avec la Constitution, elle devient inconstitutionnelle en vertu d'un jugement de constitutionnalité exercé au travers de l'action d'inconstitutionnalité abstraite.* »⁴²⁸

L'article 159 constitutionnel prévoit également : « *le Tribunal constitutionnel plurinational veille à la suprématie de la Constitution, il exerce le contrôle de constitutionnalité et veille au respect*

⁴²⁸ Tribunal Constitutionnel de Bolivie, « Accion de inconstitucionalidad abstracta » Arrêt no. 0970/ 2013 du 27 juin 2013.

des droits et garanties constitutionnelles ». Cet article est développé par le Code de procédure constitutionnelle du 5 juillet 2012 qui encadre les modalités d'actions d'inconstitutionnalité. Ainsi, l'article 72 précise : « *les actions d'inconstitutionnalité sont de pure droit et ont pour objet la déclaration d'inconstitutionnalité de toute norme juridique, loi, décret ou n'importe quel genre de résolution non judiciaire qui soit contraire à la Constitution politique de l'Etat...* » et l'article 73 : « *les actions d'inconstitutionnalité peuvent être : 1. L'action d'inconstitutionnalité abstraite contre les lois, statuts autonomes, chartes organiques, décrets, ordonnance, et tout genre de résolutions non judiciaires. 2. L'action d'inconstitutionnalité concrète, qui intervient dans le cadre d'un processus judiciaire ou administratif dont la décision va dépendre de la constitutionnalité des lois, statuts autonomes, chartes organiques, décrets, ordonnances et tout genre de résolutions non judiciaires* »

Commenté [CMB1]:

Dans ces deux articles qui déterminent les normes visées par les actions d'inconstitutionnalité, il n'est à aucun moment expressément mentionné les traités internationaux. Pourtant, ces articles semblent faire une liste exhaustive des normes juridiques qui peuvent faire l'objet d'un contrôle *a posteriori*. Il est important de signaler que le Code octroie aux deux actions d'inconstitutionnalité des effets *erga omnes*⁴²⁹

En Equateur, la Cour constitutionnelle a la faculté d'effectuer un contrôle *a posteriori* sur deux types de traités : ceux dont la ratification est demandée par référendum et ceux qui ne nécessitent pas d'approbation de l'assemblée nationale pour pouvoir être ratifiés.

En ce qui concerne les traités ratifiés par référendum, le contrôle sera exercé par l'action d'inconstitutionnalité uniquement sur des vices de procédure. En effet, l'article 110 de la loi organique des garanties juridictionnelles et du contrôle de constitutionnalité prévoit : « *les traités susceptibles d'un contrôle constitutionnel- la cour constitutionnelle fera le contrôle constitutionnel des traités internationaux, de la façon suivante : 2. Les traités ratifiés par référendum, pourront être attaqués seulement pour des vices de procédure...* ».

Pour les traités qui ne nécessitent pas d'approbation législative, l'action d'inconstitutionnalité peut être présentée jusqu'à six mois après leur adoption. La limitation aux vices de procédure n'est pas prévue par l'alinéa 4 de l'article 110 de la loi organique des garanties juridictionnelles et du

⁴²⁹ Article 78 et 84 du Code de la Procédure Constitutionnelle.

contrôle constitutionnel : « *les traités internationaux souscrits qui n'ont pas eu besoin d'une approbation législative, pourront être soumis à un contrôle constitutionnel dans un délai de six mois après leur approbation* ». Ainsi, la doctrine s'accorde à interpréter cette absence de précision sur le contrôle comme un élargissement sur sa portée.

Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité issue d'un contrôle constitutionnel *a posteriori* sont définis dans l'alinéa 4 de l'article 112 de la loi : « *les décisions auront les mêmes effets que les décisions de constitutionnalité abstraite en général et elles auront en particulier les effets suivants : 4. quand l'inconstitutionnalité d'un traité ratifié est déclaré, l'Etat devra dénoncer le traité devant l'organe correspondant, promouvoir la renégociation du traité, ou promouvoir un amendement constitutionnel* ».

Le Pérou, au même titre que le Brésil, a fait un choix complexe concernant les modalités du contrôle *a posteriori* des traités internationaux. En effet, il y a deux types de contrôle *a posteriori* : celui consacré par l'article 200 de la Constitution qui prévoit : « *sont des garanties constitutionnelles : l'action d'inconstitutionnalité qui procède contre les normes qui ont rang de loi : (...), les traités, (...) qui transgressent la Constitution soit sur la forme soit sur le fond* ». Cette affirmation constitutionnelle est réitérée et développée par les articles 77⁴³⁰ et 100 du code de la procédure constitutionnelle, excepté pour les traités portant sur les droits de l'homme car ces traités ont une hiérarchie constitutionnelle. L'article 201 octroie la faculté d'exercer ce contrôle de façon exclusive au Tribunal Constitutionnel à la demande d'une des personnes habilitées par l'article 203 modifié par la loi 30651 du 2017⁴³¹ et dans un délai de six mois après son approbation.

Bien que cet article ne fasse pas la différence entre les traités simplifiés ou solennels, l'article 77 du Code de procédure constitutionnelle établit que ces types de traités ont une hiérarchie légale et peuvent de ce fait tous deux être soumis au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*

⁴³⁰ Article 77 : « la sollicitude d'inconstitutionnalité procède contre les normes qui ont un rang légal : « (...), les traités approuvés ou non pour le congrès conformément aux articles 56 et 57 de la Constitution »

⁴³¹ Article 203 : « sont facultés pour initier une action d'inconstitutionnalité : 1. Le Président de la République, 2. Le Procureur Général de la Nation, 3. Le Président du pouvoir judiciaire, en accord avec la chambre pleine de la Cour suprême de justice, 4. Le Défenseur du peuple, 5. Le vingt-cinq pourcent du numéro légal des parlementaires 6. Cinq mille citoyens avec des signatures vérifiées par le jury national des élections...7. Les gouverneurs régionaux, 8. Les collègues professionnels dans sujets propres à leurs domaines

Si, à la suite de sa saisine, le Tribunal Constitutionnel émet une décision déclarant la norme inconstitutionnelle, elle n'aura plus d'effet dans l'ordre juridique interne au lendemain de la publication de l'arrêt dans le bulletin officiel, car son effet est *erga omnes*.

La Constitution péruvienne prévoit également un contrôle *a posteriori* diffus. En effet, l'article 138 précise que dans le cas d'un conflit entre une norme avec hiérarchie légale et la Constitution, dans le cadre d'un procès judiciaire, le juge devra faire primer la Constitution et écarter la norme légale uniquement au cas soumis. A la différence du contrôle concentré exercé par le Tribunal Constitutionnel, les arrêts découlant du contrôle diffus n'auront qu'un effet *inter partes*.

II. Un contrôle *a posteriori* diffus conditionné à une évolution prétorienne

Le contrôle constitutionnel *ex post* diffus se caractérise par deux éléments essentiels. D'une part, il octroie à tous les juges nationaux la possibilité d'appliquer le principe de la suprématie constitutionnelle sur des normes en vigueur qui seraient contraires à la Constitution nationale.

D'autre part, il alloue un effet *inter partes* aux décisions prises dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* diffus. Elena HIGHTON justifie la limitation des effets des décisions ainsi : « *le modèle adopté par la Constitution nationale est celui du contrôle judiciaire diffus, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un contrôle réparateur et non préventif. Il a lieu quand la norme est en vigueur et les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité se limitent exclusivement au litige en cause. Ainsi, bien que tout juge peut déclarer l'inconstitutionnalité dans un conflit, cette déclaration ne pourra jamais annuler l'application de la norme en générale. Si dans le cadre d'un système de contrôle judiciaire diffus, on octroyait à la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme un effet erga omnes, cela impliquerait d'octroyer à chaque juge du pouvoir judiciaire une position de suprématie sur les autres pouvoirs et cela serait incompatible avec l'équilibre dont a besoin une République. Pour cela, en plus de la limitation des effets au cas en concret, la même justice a développé des limitations ou des conditions à l'exercice de cette faculté* »⁴³²

⁴³² HIGHTON Elena, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad". disponible en ligne <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>

Ces deux éléments essentiels de la nature du contrôle constitutionnel *a posteriori* diffus sont en général consacrés soit directement dans la Constitution soit dans la loi qui le règlemente.

Mais ce type de contrôle ne se limite pas à ces encadrements. En effet, nous remarquons une forte évolution grâce à la jurisprudence de chaque Etat. Cette évolution se justifie par la volonté de sauvegarder davantage le principe de la suprématie constitutionnelle ou au contraire par celle de préserver la responsabilité internationale de l'Etat.

A. Un élargissement jurisprudentiel de la portée du contrôle *a posteriori* en faveur du principe de la suprématie constitutionnelle

L'Argentine a choisi de mettre en place un contrôle constitutionnel diffus et *a posteriori* qui a été développé principalement par voie prétorienne. En effet, seul un article de l'actuelle Constitution de l'Argentine fait référence au contrôle constitutionnel : « *La Cour Suprême de justice et les tribunaux inférieurs de la Nation sont compétents pour connaître et juger les affaires relatives à des points visés par la Constitution et par les lois de la Nation, sous réserve de l'alinéa 12 de l'article 75, ainsi que par les traités conclus avec les nations étrangères...* ». Toutefois, malgré cet article peu précis, le contrôle diffus *a posteriori* est une institution importante dans le droit constitutionnel argentin.

Ce contrôle a été consacré jurisprudentiellement avec l'arrêt Sojo Eduardo c/ camara de diputados de la nacion en 1887 et depuis il n'a cessé d'évoluer. A tel point qu'il présente à l'heure actuelle une particularité non négligeable : la possibilité que peut avoir le juge constitutionnel d'exercer d'office le contrôle constitutionnel.

En effet, ainsi que l'avons précédemment évoqué, le contrôle répressif des traités internationaux à valeur infra constitutionnel se caractérise par deux éléments : celui d'être sollicité dans le cadre d'une action ou d'une exception et celui d'engendrer des décisions ayant un effet limitatif, car le juge constitutionnel ne peut pas interdire une norme mais seulement ordonner qu'elle ne soit pas appliquée dans un cas particulier.

Ainsi, grâce au développement jurisprudentiel en Argentine, le premier de ces éléments admet une exception pour donner lieu à un contrôle constitutionnel diffus officieux. Dans l'arrêt Mill de

Pereyra⁴³³, le juge argentin a établi les conditions dans lesquelles ce contrôle peut-être mis en application. Ces conditions sont résumées par Nicolas Quadri ainsi : « *-quand la violation de la Constitution est telle qu'elle peut justifier l'abrogation de la norme en dépit de la sécurité juridique,-la transgression à la Constitution doit être manifeste et indubitable, - l'incompatibilité doit être inconciliable, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas de possibilité de résoudre le litige avec d'autres normes que les normes constitutionnelles transgressées, - il n'est possible de faire aucune déclaration en dehors du cas spécifique et jamais au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour résoudre le litige , -la déclaration d'inconstitutionnalité ne peut pas avoir un effet dérogatoire générique* »⁴³⁴

Ultérieurement, avec l'arrêt Banco Comercial de Finanzas S.A.S/Quiebra, la Cour Suprême Argentine confirme et adopte définitivement la possibilité d'exercer un Contrôle de constitutionnel de façon officieuse en affirmant : « *bien qu'en dehors d'un litige, les tribunaux ne puissent pas émettre de déclarations sur l'inconstitutionnalité des lois, ils peuvent le faire sans être limités par la demande d'une des parties. Les juges doivent suppléer les parties qui ne demandent pas ou qui demandent de façon erronée l'inconstitutionnalité d'une norme car le contrôle de constitutionnalité est une procédure de droit et non de fait. C'est pour cette raison que les juges doivent veiller à la suprématie de la Constitution en appliquant la norme supérieure, dans le cas d'un conflit des normes, c'est-à-dire de laisser de côté la norme inférieure pour appliquer la norme constitutionnelle* »⁴³⁵. Cet arrêt est confirmé par l'arrêt Rodriguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejercito Argentino s/danos del 2012.

Pablo Gallegos justifie cette particularité argentine en affirmant : « *... La cour a jugé que même si les tribunaux judiciaires ne peuvent pas déclarer l'inconstitutionnalité des lois de manière abstraite, c'est-à-dire en dehors d'un litige donné, il ne s'ensuit pas forcément que la partie intéressée soit obligée de la demander expressément. Etant donné que le contrôle de constitutionnalité porte sur une question de droit et non de fait, le pouvoir des magistrats*

⁴³³ CSJN, "Affaire Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes", Fallos 324:3219 du 11 novembre 2001

⁴³⁴ QUADRI ARCIDIACONO Nicolas, "El control de constitucionalidad de oficio, una herramienta para enfrentar la crisis constitucional e institucional argentina. Evolución de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación". Universidad empresarial siglo 21, trabajo final de graduación. Mayo 2014, Buenos aires, Argentina p. 29

⁴³⁵ CSJN, "Affaire Banco Comercial de Finanzas S.A. S./ Quiebra" arrêt 327:3117 du 23 octobre 2004.

d'appliquer le droit qui n'a pas été invoqué par les particuliers ou qu'ils ont invoqué de façon erronée comprend en effet le devoir de préserver la suprématie de la Constitution (article 31 de la Constitution nationale). Ainsi, en cas de contradiction entre les textes, ils doivent appliquer le texte supérieur, c'est-à-dire le texte constitutionnel, en écartant les dispositions hiérarchiquement inférieures (« banco comercial de finanzas S.A (en liquidacion banque centrale de la République argentine) concernant une affaire de faillite », décision du 19 août 2004, T. 327, p. 3117) »⁴³⁶

Au Venezuela, bien que la Constitution prévoie un contrôle préventif pour les traités internationaux, le premier paragraphe de l'article 334 institue une modalité diffuse du contrôle répressif : « tous les juges de la République dans leur champ de compétences et en conformité à cette Constitution et à la loi, sont dans l'obligation d'assurer le respect de l'intégralité de cette Constitution. En cas d'incompatibilité entre cette Constitution et une loi ou autre norme juridique, les normes constitutionnelles seront appliquées ... ».

Les effets de ce type de contrôle ont été définis par la jurisprudence de la chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice ainsi : « le juge qui exerce le contrôle diffus, n'annule pas la norme inconstitutionnelle, car il ne fait pas une déclaration à caractère général ou particulier en ce sens , il se limite à la non application de la norme dans le cas concret dans lequel il a estimé que la norme n'est pas compatible avec la Constitution »⁴³⁷.

La jurisprudence a également délimité la portée de ce type de contrôle en précisant que : « le contrôle diffus constitutionnel qui peut être effectué par tous les juges de la république dans le cadre d'un litige, se limite à la non-application de la norme qui est contraire à une disposition constitutionnelle. Les juges n'ont pas la faculté de réaliser une interprétation des normes légales et constitutionnelles pour déduire une contradiction entre elles »⁴³⁸.

Le contrôle a posteriori est tout à fait possible et peut être exercé par tout citoyen à condition concerne la loi appratrice du traité (article 217 de la Constitution). La chambre constitutionnelle dans son arrêt du 28 avril 2009 a réitéré sa jurisprudence relative à la possibilité matérielle

⁴³⁶ GALLEGOS FEDRIANI Pablo Oscar, « Le contrôle de constitutionnalité en Argentine ». Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, (43), p. 100)

⁴³⁷ Tribunal Suprême de justice , « Affaire N° 1859 » Arrêt du 18 décembre 2014 Chambre constitutionnelle

⁴³⁸ Tribunal Supreme de Justice, « Affaire No. 2785 » Arrêt du 24 octobre 2003 Chambre constitutionnelle

d'effectuer un contrôle répressif des traités en vertu du principe de suprématie constitutionnelle. A ce propos Brewer carias nous dit : « *la déclaration d'inconstitutionnalité des lois approbatrices des traités soulève le problème des effets juridiques dans la sphère des obligations internationales de la République. En effet, la déclaration de nullité, pour inconstitutionnalité d'une loi approbatrice d'un traité international, implique nécessairement que l'exécutif national mette fin au traité par les voies autorisées selon le droit international public. Evidemment ceci peut engager la responsabilité internationale de la république, qui devrait être assumée par l'Etat...quoi qu'il en soit, la suprématie constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois ne peuvent pas être systématiquement sacrifiés à cause des engagements internationaux. Des lors, quand une loi approbatrice d'un traité soit déclarée inconstitutionnelle, l'Etat doit être dans la mesure de faire face aux responsabilités internationales qui seront forcément engagés.* »⁴³⁹

B. Une délimitation jurisprudentielle de la portée du contrôle *a posteriori* en faveur des principes du droit international

En ce qui concerne les traités internationaux, la Constitution colombienne prévoit tel que nous l'avons vu, le contrôle constitutionnel *a priori* concentré. Cependant, pour toutes les autres normes infra-constitutionnelles, la constitution prévoit également un contrôle *a posteriori* diffus qui peut être exercé par action d'inconstitutionnalité. Bien que les décisions de constitutionnalité sur un traité international aient valeur de chose jugée, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle colombienne nous laisse entendre une certaine souplesse à l'application de ce principe.

En effet, deux citoyennes colombiennes ont saisi le juge constitutionnel en 2012 pour exercer une action d'inconstitutionnalité contre l'article 11 et 42 de la loi 33 de 1992 « *loi approbatrice du Traité du droit civil international et le traité de droit commercial international* ».

⁴³⁹ BREWER CARIAS Alan, "Estados de derecho y control judicial", Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p.

Les normes visées portaient sur l'âge minimal requis pour le mariage (14 ans pour l'homme, 12 ans pour la femme) et sur la présomption du domicile conjugal (chez l'époux). Il importe de signaler que le Code Civil Colombien avait repris la disposition relative à l'âge du mariage et qu'à la suite d'une précédente action en inconstitutionnalité contre cette disposition du Code Civil - norme légale-, la Cour Constitutionnelle l'avait déclarée inconstitutionnelle car selon les motivations du juge constitutionnel elle portait atteinte au droit d'égalité entre les hommes et les femmes⁴⁴⁰.

Dans le cas présent, le juge constitutionnel se trouvait face à la même problématique mais la norme qui était visée n'était plus une norme issue de l'ordre juridique interne mais une norme issue de l'ordre juridique international. Sans surprise, le litige a été tranché par un arrêt de rejet affirmant que l'action d'inconstitutionnalité était mal-fondée.

En effet, la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne a toujours pris cette position lorsqu'il s'agissait d'une norme internationale soumise à un contrôle constitutionnel *a posteriori*. Toutefois, dans cet arrêt de 2012, le juge constitutionnel a ajouté : *« de manière exceptionnelle, il est possible que le juge constitutionnel se prononce sur le fond des normes qui ont été l'objet d'une décision de constitutionnalité. Le caractère dynamique de la Constitution, qui est le résultat d'une interaction avec la réalité sociale, peut conduire dans certains cas à ce que le juge constitutionnel doive impérativement modifier son interprétation des principes juridiques pour l'ajuster aux besoins concrets de la vie collective -même s'il n'y a pas eu de changements formels sur la Constitution- et cela a forcément une incidence sur le jugement de constitutionnalité des normes juridiques. Le concept de « Constitution vivante » peut signifier qu'à un moment déterminé, selon les changements économiques, sociaux, politiques, idéologiques et culturels d'une communauté, une décision que la Cour a précédemment prise, en se basant sur le sens d'une disposition constitutionnelle contraire à celui qui doit maintenant encadrer le jugement de constitutionnalité d'une norme, ne soit pas compatible avec la Constitution. Dans ce cas, il ne peut pas être considéré que la décision transgresse la chose jugée car la nouvelle analyse est faite à partir d'une perspective différente qui, loin d'être contradictoire, aide à préciser les valeurs et les principes*

⁴⁴⁰ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad código civil artículos 34 y 140 parciales » Arrêt C-507 du 25 mai 2004

constitutionnels et permettent d'éclaircir ou compléter la portée et le sens d'une institution juridique »⁴⁴¹

Cette position relativise le caractère absolu de la Chose jugée en matière de contrôle constitutionnel et entrouvre la porte à un possible changement dans les futures décisions de la Cour Constitutionnelle qui doit veiller à ce que le principe de suprématie constitutionnelle soit respecté.

A ce propos, il est intéressant d'évoquer la position prise par le juge constitutionnel colombien à propos d'un éventuel conflit des normes : « ... *le principe selon lequel le droit constitutionnel précède l'ordre international prime pour le juge étatique et pour les autorités nationales et, en conséquence, les traités ont la valeur octroyé par la Constitution. (...) le principe selon lequel le droit international précède l'ordre national prime pour le juge international et, en conséquence, un Etat peut engager sa responsabilité internationale si ses juges appliquent des normes internes contraires aux clauses du traité. Ainsi, lorsqu'un Etat fait face à une contradiction entre un traité et une norme constitutionnelle, les organes compétents en matière de relations extérieures et de réforme de la Constitution, -c'est-à-dire, le Président et le Congrès dans le cas colombien- ont l'obligation de modifier, soit l'ordre interne, afin de ne pas engager la responsabilité internationale de l'Etat, soit ses engagements internationaux, afin de ne pas engager sa responsabilité constitutionnelle »⁴⁴².*

Cette position prétorienne est interprétée par la doctrine comme la preuve du grand attachement de la Cour Constitutionnelle aux principes du droit international : « *la Constitution Politique reconnaît le principe du droit international pacta sunt servanda. En conséquence, bien que la règle générale soit que les traités internationaux ne sont pas des normes à hiérarchie constitutionnelle, les autorités nationales doivent les respecter. Les normes internes ayant une moindre hiérarchie à la Constitution doivent être appliquées de façon harmonieuse avec les engagements internationaux*

⁴⁴¹ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial) y 42 del tratado de Derecho civil internacional de 1889, aprobado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992 » arrêt C-821 du 18 octobre 2012.

⁴⁴² Cour Constitutionnelle, « Revision constitucional de la « convencion de Viena sobre el Derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales », hecha en Viena el 21 de marzo de 1986 » y de la ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha convención. Arrêt C-400 du 10 aout 1998.

du pays. C'est-à-dire qu'en cas de conflit entre la législation interne et les traités ou accords internationaux qui régulent une matière spécifique, tel que le droit à l'investissement étranger, les autorités devront opter pour une interprétation harmonieuse et un respect des engagements internationaux souscrits par la Colombie »⁴⁴³

Au Chili, avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 2005, la Cour Suprême de Justice Chilienne permettait le contrôle répressif des traités car la Constitution ne précisait rien à ce sujet. Avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 2005, tout cela devait en principe changer.

La Constitution prévoit clairement, comme seul type de contrôle pour les traités internationaux, le contrôle *a priori* obligatoire pour les traités portant sur les matières de loi organique. Cependant, *« la doctrine estimait que dans certains cas, grâce au recours d'inapplication pour inconstitutionnalité, il était possible d'exercer un contrôle constitutionnel répressif des traités internationaux »*⁴⁴⁴ et cela malgré l'article 54 de la Constitution qui prévoit : *« les normes d'un traité peuvent être dérogées, modifiées ou subrogées uniquement selon les modalités prévues dans le même traité ou selon les normes générales du droit international »*.

Cet article constitutionnel a été interprété par le Tribunal Constitutionnel Chilien de façon à maintenir l'application d'un contrôle répressif *sui generis*. Ainsi, l'arrêt 1288 de 2008 affirme dans son alinéa 41 : *« en ce qui concerne les traités internationaux, après la réforme constitutionnelle, cette Cour peut effectuer deux contrôles : en premier lieu, un contrôle préventif obligatoire des traités qui portent sur des matières propres à la loi organique constitutionnelle (article 93, alinéa 1 de la Constitution). Deuxio, un contrôle ex post et concret- facultatif- de constitutionnalité de la norme d'un traité qui en sa qualité de « précepte légal », peut dans son application, être contraire à la Constitution et cela dans le cadre d'une « procédure quelconque devant un tribunal ordinaire ou spécial »*. C'est-à-dire que le Tribunal Constitutionnel peut déclarer inapplicable la norme d'un traité dans un cas déterminé, et cela conformément à l'alinéa 6 de l'article 93 de la Constitution.

⁴⁴³ PRADA Maria Angelica, "La integración del derecho internacional en el sistema colombiano". In protección multinivel de Derechos Humanos en Colombia ISBN / 978-84-697-0063-1 ed: red de derechos humanos y educación superior, . 2014. P. 377

⁴⁴⁴ BONILLA HERNANDEZ Pablo Andrés, " Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales". Anuario de derecho constitucional latinoamericano 17 ano. Konrad Adenauer Stiftung 2011.Uruguay.

Ainsi, tel que l'affirme le professeur Teodoro Ribera, « *la validité du traité est conditionnée à la légitimité octroyée par la Constitution et c'est dans ce cadre et sous condition du respect de la Constitution que le traité international peut avoir une validité dans l'ordre interne* ».

L'alinéa 42 du même arrêt précise les effets du contrôle répressif ainsi : « *... En cas de déclaration d'inapplicabilité d'une norme d'un traité en vigueur, cette déclaration produira un effet particulier uniquement dans l'ordre interne et pour le cas objet du litige, sans altérer la généralité de la norme et encore moins sa validité du point de vue du droit international...* »

En vertu de cet arrêt, bien que les traités internationaux ne soient pas des lois, ils contiennent des « *préceptes légaux* » qui sont assimilables à la loi et peuvent en conséquence être susceptibles d'un contrôle répressif grâce au recours constitutionnel d'inapplicabilité.

Dans une décision plus récente, et pour justifier la mise en place du contrôle répressif des traités, le Tribunal Constitutionnel chilien a affirmé : « *Une lecture simple des normes contenues dans les articles 5, 32 et 54 de la Constitution chilienne qui font référence aux traités internationaux, suffit pour arriver à la conclusion que notre Constitution ne prévoit pas de hiérarchie explicite pour les traités internationaux, et cela est valable également pour les traités portant sur les droits de l'homme. Malgré cela, on peut déduire de la Constitution que les traités internationaux ont un rang inférieur à elle car ils sont soumis à un contrôle a priori obligatoire quand ils portent sur des matières propres à la loi organique conformément à l'article 93 de la Constitution et cela ne serait pas possible si leur valeur était égale ou supérieure à celui de la Constitution* »⁴⁴⁵.

Il a fallu attendre jusqu'en 2015 pour que le Tribunal Constitutionnel Chilien modifie sa position face au contrôle constitutionnel répressif des traités internationaux. Ainsi dans le cadre d'une demande d'inapplication constitutionnelle de l'article 14.3 de la Convention des Droits des enfants, le juge constitutionnel chilien précise : « *en dernier lieu, en ce qui concerne la demande d'inconstitutionnalité de l'article 14 paragraphe 3 de la Convention Internationale des droits des enfants, il y a lieu à l'inadmissibilité de la demande, consacrée dans l'alinéa 4 de l'article 84 de la Loi Organique constitutionnelle de cette Cour. En effet, dans la mesure où les normes des traités internationaux ratifiés par le Chili ne constituent pas un « précepte légal », on ne peut pas solliciter à leur égard une action d'inapplicabilité constitutionnelle... De plus, l'exercice d'un examen*

⁴⁴⁵Tribunal Constitutionnel Chilien, « Affaire No 2387 » arrêt du 23 janvier 2013 numéral 10.

répressif de constitutionnalité des dispositions des traités internationaux effectué par ce Tribunal Constitutionnel impliquerait de contrarier les engagements internationaux souscrit par le Chili sur la formation et l'extinction des traités, en violant ainsi le principe « pacta sunt servanda » consacré dans l'article 27 de la Convention de Vienne sur les droits des traités de 1969 en lien avec l'article 54 N°1 de la Constitution politique de la République »⁴⁴⁶.

CHAPITRE II

Le conflit entre les traités internationaux classiques et les lois nationales

La valeur des normes conventionnelles au sein de l'ordre juridique interne a donné lieu à deux théories classiques du droit international : la théorie moniste et la théorie dualiste. Bien que ces deux théories soient analysées plus dans le cadre de la réception du droit international au sein de l'ordre juridique interne, nous allons nous limiter à analyser leur incidence dans la valeur qui est accordé par les Etats aux traités internationaux qui sont en vigueur dans leur ordre interne face aux lois nationales, ceci dans l'objectif de mettre en exergue la position privilégiée qui a été octroyé aux traités des droit de l'homme dans l'ordre juridique interne.

Selon la théorie dualiste : « il y a dualité absolue entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Chacun constitue un ensemble autonome et sans lien possible avec l'autre. L'ordre international lie les Etats entre eux par des droits et des obligations réciproques. Par ailleurs, chaque Etat possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive »⁴⁴⁷.

Triepel est un des grands défenseurs de cette théorie car il conçoit le traité international comme une sorte d'invitation pour créer à partir de lui une loi nationale mais en aucun cas comme une véritable source du droit interne.

Selon cette théorie, face à un conflit des normes, c'est la loi nationale qui doit continuer en vigueur.

⁴⁴⁶ Tribunal constitutionnel Chilien, « Affaire Rol N° 2789-15-INA » Arrêt du 2è décembre 2016

⁴⁴⁷ DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public », Dalloz 14^e édition, Paris 2018. Pag 218.

La théorie moniste : « abolit au contraire les frontières entre les deux ordres juridiques et tiennent dans l'affirmation de l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre interne »⁴⁴⁸.

Kelsen et Scelle affirment que le soubassement du monisme est l'ordre hiérarchique des normes, à partir de cette prémisse se sont développées deux sous-divisions : le monisme avec primauté du droit international et le monisme avec primauté du droit national.

On voit donc que l'école dualiste est l'application pure de la souveraineté absolue des Etats et que l'école moniste reflète une primauté de l'ordre juridique international. En tenant compte du fort attachement des Etats sudaméricains à leur souveraineté, nous aurions tendance d'une façon presque instinctive à les situer dans la sphère du dualisme, cependant, leurs constitutions et leurs jurisprudences vont nous montrer la complexité voire l'ambiguïté de la position de chaque Etat face à un éventuel conflit entre une loi nationale et un traité international.

Pour mieux comprendre la position latinoaméricaine, il faut parler d'une troisième école qui est née au milieu du XX siècle et bien qu'elle soit passé très discrètement en Europe, elle a eu un grand succès en Amérique latine, il s'agit de la théorie coordinatrice ou conciliatrice.

C'est le juriste Autrichien Alfred Verdross, vif défenseur du droit naturel qui a affirmé : « les lois d'un Etat qui soient contraires au droit international ne sont pas nulles de façon automatique dans l'ordre interne, en effet, si un conflit entre le droit interne et le droit international se présente celui-ci n'a pas vocation à être définitif, car la solution se trouve dans l'unité du système juridique »⁴⁴⁹

Elma del Carmen Trejo définit cette théorie comme celle qui : « part du principe de l'unification des deux ordres juridiques dans un seul système où la relation droit interne droit international n'est pas une relation de subordination mais de coordination. Cette thèse est aussi dénommée monisme modéré ou structuré et elle se caractérise pour maintenir une séparation entre le droit international et le droit interne tout en soulignant une connexion dans un système juridique unitaire »⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ DUPUY Pierre-Marie et KERBRAT Yann, « Droit international public », Dalloz 14^e édition, Paris 2018. Pag 218.

⁴⁴⁹ VEDROSS Alfred, " Derecho internacional publico" ediciones Aguilar, 1967. P 157.

⁴⁵⁰ TREJO GARCIA Elma del Carmen, " Sistema de recepcion de los tratados internacionales en el derecho mexicano". Centro de documentación, información y análisis, Direccion de servicios de investigación y análisis, subdirección de política exterior, Agosto 2006, Mexico. P.15.

En réalité, cette théorie à différence de la dualiste et la moniste, ne met plus en opposition le droit international et le droit interne mais elle propose un regard conciliateur.

Si la théorie Conciliatrice partage le même soubassement avec la théorie moniste, c'est-à-dire l'unité des deux ordres juridiques au sein d'un système unique, existe une grande différence entre elles : le rapport qu'elles ont avec la hiérarchie entre les deux ordres juridiques : Ainsi, tandis que la théorie moniste accepte volontiers une soumission de l'ordre interne à l'ordre international, la théorie conciliatrice refuse catégoriquement toute hiérarchisation des ordres juridiques ; elle préfère mettre en avant un principe de coordination entre deux ordres qui sont censées être dans un pied d'égalité.

Ces trois théories permettent de se faire une idée de comment le droit interne peut apercevoir le droit international et plus particulièrement les traités internationaux. Ce qui est intéressant est de se demander comme le droit international aperçoit la loi, pour nous faire une idée, nous pouvons nous référer à l'affaire de la Haute-Silésie où la Cour Permanente de justice internationale affirme : « au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont des simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives »⁴⁵¹.

On voit donc à partir de cette affirmation que le droit international n'a pas de tout le même regard que le droit national sur la définition de loi, car si pour le premier la loi est un simple fait, pour les deuxièmes il s'agit de l'expression souveraine du peuple. Ce cette conception qui justifie dans une certaine mesure la difficulté d'écarter une loi : expression souveraine du peuple face à un traité qui en générale se caractérise pour être conçus dans un cadre démocratiquement déficitaire.

Finalement que ce soit voie le système moniste, dualiste ou encore conciliateur, la question du conflit se pose une fois que la norme internationale rentre dans l'ordre juridique interne car si la Constitution ne détermine pas clairement quelle est la place de cette norme internationale au sein de l'ordre interne, ce le juge qui va résoudre le conflit.

Parmi les constitutions objet de la présente étude, rares sont celles qui ont inclus une clause claire et précise sur la valeur octroyée aux traités internationaux quand ils sont face à une loi interne.

⁴⁵¹ CPJ, "certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise » Allemagne c. Pologne, arrêt du 25 mai 1926.

En effet, si le conflit entre la Constitution et le traité « classique » est tranché sans hésitation en faveur de la Constitution compte tenu le principe de suprématie constitutionnel, les méthodes de résolution d'un conflit entre un traité lambda et la loi interne n'est pas évoqué systématiquement par toutes les constitutions sud-américaines.

1. La valeur juridique des traités classiques en droit interne selon la constitution

La Constitution est considérée comme la norme des normes, de fait, est au sein de son corps normatif que l'on espère trouver une norme de hiérarchisation de normes ou les traités internationaux soient clairement situés.

Il importe de préciser que nous ne parlons pas ici des modalités de réception des traités mais de la valeur juridique face aux autres normes et particulièrement face à la loi nationale. La valeur juridique des traités internationaux à l'intérieur des Etats varie sensiblement. Ainsi leur position hiérarchique par rapport aux lois nationales est loin d'être la même dans les Etats sud-américains.

Les solutions nationales résultent tantôt de la Constitution elle-même, tantôt elles se sont dégagées de la jurisprudence. Quand est la Constitution qui détermine la valeur des traités face aux lois, on a au sein des constitutions sud-américaines une position homogène en ce qui concerne l'octroi d'une valeur supra-législative, mais quand la Constitution garde silence sur cette valeur il importe de s'intéresser aux raisons du dit silence constitutionnel pour mieux comprendre les raisons des positions adoptés par les juges qui sont amenés à combler ce vide.

A) la valeur supra-législative des traités

Pour régler ses conflits certaines constitutions ont fait le choix d'inclure des articles où est abordé la question de la réception des traités dans l'ordre juridique interne et où sont précisés les modalités d'abrogation ou révision des traités, un exemple de ses clauses est l'article 96 de la Constitution espagnole qui préconise : « Les traités internationaux conclus valablement, une fois publiés officiellement en Espagne, sont partie intégrante de l'ordre juridique interne. Leurs dispositions pourront seulement être abrogées, révisées ou suspendues de la manière prévue par ces traités eux-mêmes ou conformément aux règles générales du droit international ».

Bien que la réception des traités ne soit pas directement liée à un conflit des normes dans l'ordre interne, la doctrine a interprété le dernier paragraphe de l'article 96 de la Constitution espagnole comme une reconnaissance tacite de la hiérarchie des traités sur les lois : « ... le traité est supérieur à la loi...car ils ne pourront pas être modifiés que par les moyens prévus au sein du même traité cela veut dire qu'une loi postérieure ne peut pas modifier un traité... »⁴⁵²

La Constitution française établit également la supra-légalité des traités internationaux mais conditionné au principe de réciprocité. L'article 55 précise donc : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

En suivant ses modèles, certaines Constitutions Sud-américaines consacrent un article ou des articles à la hiérarchie normative.

La Constitution de l'Equateur consacre ainsi dans l'article 163 : « les normes des traités et accords internationaux, font partie intégrante de l'ordre juridique interne et priment sur les lois et toute autre norme hiérarchiquement inférieure » et elle ajoute : « en cas d'un conflit des normes, les Cours, les tribunaux, les juges et les autorités administratives résoudre le conflit en appliquant la norme hiérarchiquement supérieure », l'article 425 contient également l'ordre hiérarchique suivant : constitution, traités, lois organiques, lois ordinaires.

La Constitution Argentine prévoit dans le numéral 22 de l'article 75 que les traités ayant un autre objet que la protection des droits de l'homme revêtent une valeur supra-législative mais infra-constitutionnelle.

La Constitution du Paraguay prévoit dans l'article 137 : « la loi suprême de la République est la Constitution, elle, les traités, les conventions et les accords internationaux, approuvés et ratifiés, les lois approuvées par le congrès et les autres dispositions juridiques d'hiérarchie inférieure, forment le droit positif national dans l'ordre énoncé » . puis dans l'article 141 : « les traités internationaux valablement conclus, approuvés par loi du congrès, et dont les instruments de

⁴⁵² SERRANO ALBERCA Jose Manuel, « Sinopsis del artículo 96" in Constitución española. Congreso de los diputados, Madrid España. 2003.p.230.

ratification aient été échangés ou déposés, font partie de l'ordre légale interne avec la hiérarchie déterminé dans l'article 137 ».

La Constitution Bolivienne prévoit pour les traités internationaux dans son article 410 une position infra-constitutionnelle mais supra-légale, cependant, il y a une contradiction au sein même de cette Constitution car l'article 257 précise : « les traités internationaux ratifiés font partie de l'ordre juridique interne avec rang de loi ».

Pour déceler la volonté du constituant, il faut analyser les textes préparatifs de ses articles. La phase préparatoire de la Constitution Bolivienne de 2009 s'est déroulé avec la création des différentes commissions spécialisés dans différents domaines, concernant les traités internationaux, c'était la Commission 20 « Frontières nationales, affaires étrangères et intégration » qui avait en charge la préparation du rapport sur la hiérarchie entre les normes dans l'ordre juridique interne bolivien. Le rapport présentait par cette commission proposait à l'Assemblée Constituante un article « hiérarchie des traités internationaux » où ils accordaient aux traités une hiérarchie infra-constitutionnelle mais supra-légale.

Ce texte a été modifié lors de la réalisation du texte final qui a été rédigé en tenant compte l'avis de toutes les Commissions et c'est à partir de ce rapport final que nous trouvons l'octroi de la hiérarchie légale aux traités internationaux. Ce qui résulte curieux ce que dans le rapport final du 3 aout 2007 il n'y avait pas de discordance entre les articles, c'est-à-dire que tant dans le modèle de l'article 410 que dans le modèle de l'article 257, les traités avaient une hiérarchie légale, étonnamment deux mois plus tard le texte de l'article 410 change et cet ainsi que le rapport va être finalement validé par le Congrès Bolivien en 2008 sans s'apercevoir ou sans vouloir effectuer une modification de cette contradiction.

La doctrine bolivienne suggère que compte tenue la spécialité de l'article 410, l'article 257 soit écarté et donc que ce soit accordé aux traités une hiérarchie supra légale. Le Tribunal Constitutionnel a adopté cette position lors de la déclaration constitutionnelle plurinational No. 00II du 16 janvier 2015 où il affirme : « Le principe de hiérarchie normative permet d'établir l'ordre d'applicabilité des normes juridiques et le critère pour résoudre les éventuelles contradictions entre les normes de différent rang, l'article 410. II de la CPE, établit expressément ce principe, et il identifie quatre niveaux, à savoir : i) le premier niveau où se trouve la Constitution Politique de l'Etat comme la norme suprême de l'ordre juridique bolivien et le bloque de

constitutionnalité conformé par les traités et accords internationaux des droits de l'homme et les normes du droit communautaire , ii) le deuxième niveau, ou se trouvent tous les traités internationaux qui ne font pas partie du bloc constitutionnel, iii), le troisième niveau qui est conformé pour les lois nationales, les statuts autonomes, les chartes organiques.

Bien que ces constitutions se soient dotées d'une clause expresse qui prévoit la hiérarchie supérieure des traités « classiques » aux lois, il importe de signaler qu'au moment d'appliquer cette norme, les juges font preuve d'une grande et inquiétante passivité, raison pour laquelle il a fallu aller au-delà de la clause de hiérarchisation pour arriver à une constitutionnalisation de certaines normes internationales notamment celles qui concernent les droits de l'homme ; mais en ce qui concerne les traités classiques, la majorité des Constitutions sud-américaines garde le silence, ce silence peut résulter difficile à comprendre notamment dans des Etats dits de droit.

B) L'absence constitutionnelle de hiérarchie normative dans l'ordre juridique interne

L'expression « hiérarchie normative » est omniprésente dans le monde juridique, car il s'agit d'une théorie fondamentale dans l'organisation de tout système juridique Pierre Brunet affirme à ce propos : « cette théorie tient au fait que le droit organise et règle sa propre création de sorte que l'ordre juridique ne consiste pas en un ensemble des normes même coordonnées entre elles qui se situeraient toutes sur le même plan mais en un ensemble de normes entretenant entre elles un rapport de création/application : une norme est créée selon une procédure elle-même déterminée par une autre norme de sorte que la première norme sert de fondement de validité à une seconde norme. Si la validité de la seconde norme est fondée sur la validité de la première, on peut conclure que ces deux normes entretiennent entre elles un rapport hiérarchique »⁴⁵³.

Cette théorie est issue de la théorie pure du droit de Hans Kelsen, mais elle a été également développée par Herbert Hart dans son ouvrage *Le Concept de droit* et par Norberto Bobbio dans son livre *La Théorie de la science juridique* pour ne citer que les auteurs les plus remarquables sur le sujet.

⁴⁵³ BRUNET Pierre, « Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ? . Les juristes et la hiérarchie des normes, *Revue* 21, 2013, p 7.

Kelsen a proposé une théorie strictement formelle où les règles de production de la norme prenaient le dessus sur le contenu des normes, de ce fait une norme était dite valide si elle avait été produite en respectant les règles imposées par une norme supérieure. Herbert Hart vient compléter cette théorie en affirmant qu'un système juridique ne peut pas se limiter à des normes contenant les règles pour produire les normes et qu'il faut différencier deux catégories des normes : celles qui contiennent des modèles de comportement et celles qui contiennent les règles, et c'est l'articulation entre ces deux types de règles et surtout la société elle-même qui va déterminer la hiérarchie des normes.

Bobbio quant à lui il a critiqué ses deux théories en affirmant : « la validité implique qu'une norme soit valide à la fois du point de vue formel et du point de vue matériel, ce qui suppose une autre prise en compte de la question des antinomies ; les normes positives sont suffisantes à la définition d'un système juridique et il n'est pas besoin de rechercher dans une fiction ou dans une méta norme le fondement de validité que les normes positives contiennent »⁴⁵⁴.

Malgré les divergences entre ses juristes, ils s'accordent en affirmer l'importance d'une hiérarchisation des normes dans l'ordre juridique interne, or, dans les constitutions sud-américaines nous ne trouvons pas systématiquement cette hiérarchisation des normes.

Cette absence est justifiée pour une partie de la doctrine en affirmant : « le principe de hiérarchie ne résolve pas toutes les difficultés qui peuvent se présenter dans l'ordre juridique interne. En premier lieu, une structure pyramidale rigoureuse qui conditionne la validité d'une norme à la norme supérieur n'est plus d'actualité... certes, on ne peut pas accepter que une lois ordinaire ai la capacité de modifier une loi organique et encore moins l'abroger mais on ne peut pas non plus envisager que la loi organique ai une hiérarchie supérieure à la loi ordinaire sauf si dans notre ordre juridique interne existe la présomption d'illégalité des lois »⁴⁵⁵

Pour cette partie de la doctrine latino-américaine, la hiérarchie des normes doit se limiter à des Etats ou la production normative est concentré or dans l'actualité au sein d'un Etat il n'y a pas un

⁴⁵⁴ MILLARD Eric, " Hierarchy of norms. An empiricist critique »IN Journal for constitutional theory and philosophy of law 21, 2013. P 213.

⁴⁵⁵ CORDERO QUINZACARA Eduardo, Los principios y reglas que estructuran el prdenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis v. 15 n. 2 Talca 2009. P 16.

seul ordre juridique mais une pluralité d'ordres juridiques de ce fait on ne doit plus confronter les normes mais les analyser en tenant compte le principe de compétence.

Autre le principe de compétence, la doctrine évoque également le principe d'unité de l'ordre juridique interne. Ainsi, par exemple au Chili, une partie des juristes affirme que l'article 6 de la Constitution qui prévoit : « les organes de l'Etat doivent soumettre leur action à la Constitution et aux normes qui sont émises en conformité à la constitution. Ils doivent également assurer le respect de l'ordre institutionnel de la République. Les préceptes de cette Constitution obligent tant les titulaires ou intégrantés de ces organes comme toute personne, institution ou groupe » contient non seulement le principe de suprématie constitutionnel mais aussi le principe d'unité.

Il en sort clairement de cette position que la Constitution est l'axe centrale de la production normative dans l'ordre juridique interne, mais le principe d'unité ne consacre pas de réponse en cas de conflit entre deux normes qui sont censés avoir la même valeur normative.

Face à ce genre des conflits, la doctrine hiérarchie-septique affirme que en tenant compte le principe d'homogénéité, le conflit entre deux normes égales doive être tranché en application de deux principes : *lex specialis derogat lex generali* et *lex posteriori derogat lex priori* . Ce qui implique que dans l'absence de norme constitutionnel de hiérarchisation, c'est le juge national qui a la charge de déterminer quelle est la valeur juridique des traités internationaux classiques au sein de l'ordre juridique interne de chaque Etat.

II. La valeur juridique des traités internationaux classiques en droit interne selon l'interprétation du juge national

Face au silence constitutionnel, le juge national est le compétent pour déterminer par voie prétorienne quelle est la valeur juridique des traités face aux lois. Bien qu'existe des juges qui fassent une déclaration claire et précise de la position supra-légale des traités tel que le juge mexicain qui affirme : « l'interprétation systématique de l'article 133 de la Constitution politique des Etats Unis Mexicains permet d'identifier l'existence d'un ordre juridique supérieur : l'ordre juridique le national qui est composé par la Constitution fédéral, les traités internationaux et les lois générales. Également à partir d'une interprétation en harmonie avec les principes de droit

international qui sont contenus dans la Constitution, nous concluons que les traités internationaux sont hiérarchiquement inférieurs à la Constitution fédérale mais supérieurs aux lois générales, fédérales et locales, dans la mesure où l'Etat mexicain doit respecter le principe *pacta sunt servanda* contenu dans la Convention de Vienne »⁴⁵⁶

Dans les Etats Sud-Américains qui n'ont pas de norme constitutionnelle de hiérarchie des normes, ce suit la règle selon laquelle les traités ont simplement force de loi. Ainsi en vertu du principe *lex posterior derogat priori* ou encore *lex specialis derogat lex generali*, les traités prévalent sur les lois antérieures ou celles qui sont générales, mais peuvent être affectés par d'autres lois.

Dans ces Etats, malgré l'absence d'une reconnaissance claire et formelle de la supériorité du traité sur la loi nationale, les juges peuvent s'efforcer d'éviter le conflit entre ces deux normes ; en interprétant la loi de façon conforme au traité international, cependant peu sont les juges qui vont réaliser une interprétation à la lumière du droit international, car la grande majorité préfère, dans le cadre d'un conflit, effectuer une interprétation à la lumière du droit national.

A) Une interprétation à la lumière du droit international limité

Le principe de l'interprétation des normes en conformité avec le droit international est un mécanisme qui permet de réduire les conflits entre les normes de droit international et les normes du droit interne. Ce principe est consacré dans plusieurs Constitutions tel que l'espagnole qui consacre dans l'article 10.2 : « On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne », ou encore dans l'article 93 de la Constitution colombienne.

Ceci est également appliqué par le juge argentin bien que cela ne soit pas consacré dans la Constitution argentine, à ce propos Helene Tigroudja affirme : « Dans le système argentin, l'utilisation de la règle poursuit une finalité un peu similaire : même si la hiérarchie des normes établie par la Constitution a pour conséquence de faire primer les dispositions de protection des

⁴⁵⁶ BECERRA RAMIREZ Manuel, « La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional ». Biblioteca jurídica virtual, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Disponible en línea: <http://corteidh.or.cr/tablas/r28105.pdf>. P. 308.

droits de l'homme sur le reste du droit international, l'interprétation conforme constitue un moyen de concilier, en les faisant sortir d'un schéma d'annulation-sanction »⁴⁵⁷

Ainsi, si dans un premier temps, on peut interpréter ces articles comme des clauses contenant une injonction d'interprétation en faveur du droit international, il faut souligner que cela se limite à un éventuel conflit entre les lois et les traités des droits de l'homme et que ces clauses n'ont pas vocation à s'appliquer automatiquement aux conflits entre les traités classiques et les lois.

Au Pérou, l'ancienne Constitution de 1979 précisait dans l'article 101 la primauté des traités sur les lois nationales, cet article, hélas, ne fut pas repris par l'actuelle constitution. Cette absence de précision sur la hiérarchie des normes a permis au juge péruvien de régler les conflits sur un argument interprétatif et non sur une norme constitutionnelle.

De ce fait, après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1993, le juge péruvien s'est montré très réticent à l'heure d'affirmer d'une façon générale la primauté du traité international face à une loi nationale.

La première interprétation prétorienne en faveur du traité fut en 1999 dans une affaire qui opposait le décret-loi 25528 de 1992 et le traité de coopération douanière entre le Pérou et la Colombie de 1982, dans cet litige, la Cour suprême de justice Péruvienne affirme : « les silences -de la constitution- doivent être interprétés grâce à la jurisprudence en tenant compte des normes constitutionnelles. Ainsi, en tenant compte du principe selon lequel les traités sont à l'état ce qui est le contrat aux particuliers, c'est-à-dire que les traités sont la loi entre les parties -principe *pacta sunt servanda*- ceci est précisé par l'article 62 de la Constitution péruvienne qui préconise : « les clauses d'un contrat ne peuvent pas être modifiées par la loi » »

De plus, le juge péruvien signale que le traité colombo-péruvien contient un procédé précis pour réaliser des modifications aux clauses accordés et selon l'article 7 de la Loi 26647 ses types des traités ne peuvent pas être modifiés, dénoncés ou supprimés que dans l'application des normes prévues à cet effet ou selon les normes générales du Droit international. Le juge ajoute également : « bien que l'article 200 de la Constitution octroie au Tribunal constitutionnel une compétence pour

⁴⁵⁷ TIGROUDJA, Hélène. « le droit international dans les Etats d'Amérique Latine : regards sur l'ordre juridique argentin. In : Revue internationale de droit comparé. Vol 60 No.1, 2008. P 101.

exercer le contrôle constitutionnel des traités, il ne faut pas interpréter cette norme propre de la juridiction constitutionnelle comme une déclaration de primatie de la loi sur les traités ou comme une déclaration d'égalité hiérarchique entre les traités et la loi ».

Avec cette dernière phrase, le juge détermine que le conflit entre normes doit être réglé au cas par cas, la doctrine péruvienne va également dans ce sens en affirmant : « les conflits entre le droit international et le droit interne doivent être analysés avec beaucoup de précaution, car si nous écartons nos obligations internationales nous pourrions être déclarés responsables par l'ordre juridique international mais si nous préférons une norme internationale à une norme de l'ordre interne sans effectuer un analyse adéquate nous pouvons porter atteinte à notre souveraineté »⁴⁵⁸

Si le juge péruvien a hésité à interpréter la Constitution à la lumière du droit international et en faisant analogie du principe de conformité au droit international qui est jusqu'à ce jour réservé aux normes des droits de l'homme c'est tout simplement parce que la jurisprudence latino-américaine a une tendance à interpréter ce silence constitutionnel de façon favorable au droit national.

Hélène Tigroudja nos dit à ce propos : « En réalité, une lecture et une analyse plus attentives du droit interne argentin comme des autres systèmes latino-américains qui adoptent une approche aussi favorable des relations entre les deux ordres ruinent toute tentative d'explication moniste des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international et invite, comme une partie de la doctrine latino-américaine le propose, à dépasser ces schémas d'explication. On se rend compte, en effet, que le droit international n'est utilisé que partiellement et uniquement pour servir les fins de la Constitution bien plus, à y regarder de près, on peut même aller jusqu'à affirmer que la Constitution -et le juge ordinaire ou suprême chargé de l'appliquer- établissent des relations dialectiques entre les normes internationales – l'affirmation et le respect des unes nécessitant la négation et la neutralisation des autres-, de sorte que ni le constituant, ni la Cour suprême ne respectent, en réalité, le droit international »⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Grupo de investigacion THEMIS, « analisis jurisprudencial », revista de derecho THEMIS 42, lima Peru, 2002.p 372.

⁴⁵⁹ TIGROUDJA, Hélène. « le droit international dans les Etats d'Amérique Latine : regards sur l'ordre juridique argentin. In : Revue internationale de droit comparé. Vol 60 No.1, 2008. P 125.

B) Une interprétation à la lumière du droit national très large

Pour une grande majorité des juges nationaux, l'absence de clause constitutionnelle qui prévoit une primauté du traité sur la loi nationale implique une équivalence de valeur entre les deux normes. Le problème que pose cette interprétation est qu'elle limite la valeur du traité à la force de loi ce qui implique l'application du principe *lex posterior derogat lex priori*

La Constitution chilienne ne prévoit pas une disposition relative à la hiérarchie du droit international conventionné dans l'ordre juridique interne, mais de l'ensemble de ses normes la doctrine déduit que la Constitution chilienne assimile les traités internationaux à la loi.

La jurisprudence du Chili n'est pas homogène à ce sujet, dans l'arrêt 1288 de 2009, le juge constitutionnel a affirmé que les traités internationaux doivent être assimilés à des préceptes légaux. Cette affirmation implique qu'un traité international peut être abrogé par une loi nationale postérieure. En 2015, dans l'arrêt 2789, le juge constitutionnel chilien change de position pour affirmer que : « la norme d'un traité international ratifié par le Chili ne constitue pas un précepte légal et de ce fait, les traités ne peuvent pas être objet d'une demande d'inapplicabilité car cela porterait atteinte aux engagements internationaux de l'Etat »⁴⁶⁰

La Constitution Brésilienne, n'a pas non plus d'article sur la hiérarchie des normes dans son ordre juridique interne. Face au silence constitutionnel, le juge brésilien a construit une jurisprudence depuis 1977.

En effet, à partir du 1 juin 1977, le STF a adopté dans l'arrêt 80.004 la thèse dualiste, les juges ont même cité au sein de leur motivations Triepel pour justifier l'écartement d'un traité face à la loi, cette position est toujours d'actualité, car, bien qu'il y ait eu une grande avancée en ce qui concerne les traités des droits de l'homme, pour les autres traités, leur place dans l'ordre juridique interne n'a pas évolué : « Les autres traités que ne portent pas sur les droits de l'homme continuent à avoir la même valeur que les lois ordinaires »⁴⁶¹

L'Uruguay a à quelques détails près la même configuration que le Brésil. C'est-à-dire que face au silence constitutionnel, le juge constitutionnel dans le peu d'arrêt qui ont été prononcés à ce sujet

⁴⁶⁰ Tribunal Constitutionnel du Chili, « Affaire Rol 2789 » Arrêt du 18 décembre 2015.

⁴⁶¹ STF, « affaire No. RE 466.343-1 » Arrêt du 30 mars 2009.

à déterminé octroyer aux traités la même valeur que les lois nationales, à ce propos Alberto Zarza affirme : « la tendance jurisprudentielle est celle d'assimiler le traité à la loi et en conséquence appliquer le principe de la norme postérieur déroge l'antérieur. Ainsi, quand le traité est postérieur à la loi s'applique le traité mais si la loi est postérieure, elle prime sur le traité »⁴⁶²

La Cour Constitutionnelle Colombienne a eu l'occasion de se prononcer sur le statut qui ont les traités dans l'ordre juridique interne et elle a fait une analyse très intéressante des théories qui encadrent la valeur des traités. Ainsi, au moment d'analyser la théorie moniste en faveur du droit interne elle a affirmé que cette théorie est incompatible avec l'article 9 de la Constitution qui reconnaît principes du droit international tel que le *pacta sunt servanda*, après elle a écarté la position moniste en faveur du droit international car cette théorie implique la violation de l'article 4 de la Constitution nationale qui prévoit le principe de la suprématie constitutionnelle.

Postérieurement, dans l'arrêt C-400/98 elle a écarté aussi la doctrine dualiste car elle estime que : « la théorie dualiste, également connue comme théorie pluraliste, considère le droit international et le droit interne comme deux systèmes juridiques différents voir opposés. Cette conception est largement critiquée car nous ne pouvons pas admettre la coexistence des deux ordres juridiques hétérogènes car cela peut amener à nier l'existence du droit international »⁴⁶³

Au sein de cet arrêt la Cour évoque pour la première fois une approche différente entre le droit international et le droit national et notamment entre les traités et les lois et évoque : « une intégration dynamique » ce concept est développé dans l'arrêt C-269/2014 où la Cour affirme : « les relations entre le droit international et le droit interne ne peuvent pas se définir de façon rigide en prenant un monisme juridique avec la primauté absolue de la Constitution ou des traités, et non plus avec les théories dualistes entre les systèmes juridiques...la Cour constitutionnelle considère que l'obligation d'harmoniser le devoir d'application des dispositions constitutionnelles et le devoir de respecter de bonne foi les traités internationaux doit s'effectuer en tenant compte des règles d'harmonisation »⁴⁶⁴

⁴⁶² ZARZA MENSAQUE Alberto, « La jjerarquia de tratados internacionales en el derecho argentino » In Revista jurídica Corpus Iuris Regionis, Regional y subregional Andina (edición especial), Iquique, Chile 2006. P. 305

⁴⁶³ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Affaire C-400/98 » Arrêt du 10 août 1998.

⁴⁶⁴ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Affaire C-296/2014 » Arrêt du 15 août 2014.

CHAPITRE III

La position privilégiée des droits de l'homme en tant que *jus cogens*

Au cours de cette dernière partie, nous avons analysé la puissance du principe de la suprématie constitutionnelle. Mais quand il s'agit de droits de l'Homme, la suprématie constitutionnelle partage son sommet dans l'ordre juridique interne.

En effet, en Amérique Latine, les droits de l'Homme sont inclus dans le *jus cogens*. Les normes sur ce sujet ont dès lors une position privilégiée au sein de l'ordre juridique interne, peu important qu'elles fassent partie d'un traité international. La complexité de cette position atypique est expliquée par Gonzalo Aguilar ainsi : « *Il n'est pas possible de faire une application formelle, aveugle et restrictive et encore moins d'avoir une défense passionnelle du principe de la suprématie constitutionnelle en ce qui concerne les droits de l'Homme. Dans cette matière, le principe que les intervenants juridiques doivent toujours garder à l'esprit est celui de la suprématie des droits de l'Homme, qu'il s'agisse de droits individuels ou collectifs, sans tenir compte de la nature du document qui les contient* »⁴⁶⁵.

« *Les droits de l'homme ne constituent plus un domaine qui appartient à la compétence exclusive de l'Etat... il s'agit d'un domaine qui a dépassé les frontières de l'ordre national. En conséquence, ni la souveraineté de l'Etat ni sa non intervention ne constituent des principes qui pourraient entraver une action collective, justifiée à la lumière des autres principes consacrées par l'ordre juridique du système interaméricain* »⁴⁶⁶

⁴⁶⁵ AGUILAR CAVALLLO Gonzalo, "La internacionalización del derecho constitucional". Estudios constitucionales, Año 5 No1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007. P229.

⁴⁶⁶ ALMIRON PRUJET María Elodia, "El derecho internacional de los derechos humanos y su alcance constitucional, in .p192.

En Amérique Latine, les droits de l'Homme ont évolué de façon particulière, en tenant compte de la portée donnée à ce qui est ou à ce qui compose la dignité humaine. C'est sur cette base que le principe *pro homine*, également connu comme le principe de la progressivité des droits de l'Homme, s'est développé. Ce principe et la création de clauses ouvertes des droits de l'Homme vont assurer une place privilégiée aux droits de l'Homme en général mais aussi aux traités internationaux des droits de l'Homme qui ont une position privilégiée dans l'ordre juridique interne en raison du processus d'internationalisation de l'ordre constitutionnel. Bien que l'existence de ces clauses constitutionnelles facilite sans doute l'identification du rang hiérarchique des traités des droits de l'Homme dans l'ordre interne, leur absence n'implique pas automatiquement un rang hiérarchique inférieur. En effet, si une Constitution ne contient pas ces clauses, c'est le juge qui peut par voie jurisprudentielle définir la hiérarchie des traités des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne.

Les droits de l'Homme n'étant plus du ressort exclusif des Etats en Amérique du Sud, c'est le système interaméricain des droits de l'Homme qui encadre non seulement les normes en vigueur mais aussi leur interprétation. Cette position est expliquée dans une opinion consultative de la Cour IDH ainsi : « *Les traités modernes sur les droits de l'Homme en général et tout particulièrement la Convention Américaine, ne sont pas des traités multilatéraux traditionnels conclus en fonction d'un échange réciproque des droits pour le bénéfice des Etats contractants. Leur objet et leur finalité sont la protection des droits fondamentaux des êtres humains... En approuvant ces traités sur les droits de l'Homme, les Etats acceptent un ordre légal dans lequel ils s'engagent envers les individus qui sont sous leur juridiction* »⁴⁶⁷

Les droits de l'Homme ne sont dès lors pas considérés comme un type de norme classique car ils représentent des valeurs et c'est grâce à cet élément atypique que les ordres juridiques tant au niveau national qu'au niveau international cherchent à garantir leur efficacité au moyen d'une institutionnalisation desdits droits.

Ces processus d'évolution et d'institutionnalisation propres aux droits de l'Homme font partie de processus de constitutionnalisation et d'internationalisation, entendus comme :

⁴⁶⁷ Serie A: fallos y decisiones N). 2 Opinion consultativa OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 el efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la convención americana sobre derechos humanos (Art 74 y 75) n. 29

« L'internationalisation du droit constitutionnel est le processus d'inclusion du droit international dans le droit constitutionnel interne d'un pays, afin que les normes internationales aient une place bien définie dans le système des sources dudit Etat. La constitutionalisation du droit international est un processus différent, en vertu duquel il est accepté que les traités des droits de l'homme ont une dimension constitutionnelle, c'est-à-dire qu'ils sont constitutionnels »⁴⁶⁸.

C'est dans ce contexte que les traités des droits de l'Homme acquièrent une place privilégiée au sein des Constitutions nationales, traduite par la valeur hiérarchique que chaque Etat leur accorde au sein de leur ordre interne, que ce soit directement par la Constitution ou par voie prétorienne. Cette position privilégiée n'a pas pu se faire sans l'intervention du droit international où les droits de l'Homme ont aussi une importance majeure à tel point qu'ils imposent un dialogue entre les juges nationaux et les juges internationaux au travers d'un contrôle non pas de constitutionnalité mais de conventionnalité.

I. La constitutionnalisation du droit international des droits de l'Homme

Avant d'aborder la hiérarchie des traités des droits de l'Homme, il convient de préciser la place prise par les droits de l'Homme au sein de l'ordre juridique interne. En effet, cette conception universaliste héritée du système interaméricain des droits de l'Homme est à l'origine de la position non seulement des traités internationaux des droits de l'Homme mais aussi du droit international général des droits de l'Homme au sein des ordres internes des Etats sud-américains.

En général, c'est la Constitution de chaque Etat, qui établit la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne. Miriam Henriquez a fait une classification de ces possibilités : « *le droit comparé met en évidence plusieurs possibilités ... a) Ceux qui placent les traités au même niveau que les lois internes ; b) ceux qui considèrent les traités comme hiérarchiquement supérieurs aux lois ; c)*

⁴⁶⁸ BONILLA Haideer Miranda, " El control de convencionalidad como instrumento de dialogo jurisprudencial en America Latina". Revista jurídica IUS Doctrina, N° 12, 2015.p 2

ceux qui octroient un rang constitutionnel aux traités ; d) finalement ceux qui reconnaissent un rang supraconstitutionnel aux traités internationaux »⁴⁶⁹.

Les traités des droits de l'Homme ont connu une grande évolution au sein des constitutions sud-américaines compte tenu de l'approche nationale des droits de l'Homme. Cette évolution s'est opérée grâce à des mécanismes juridiques nationaux tels que le bloc de constitutionnalité et la clause ouverte des droits de l'Homme. Mais pour comprendre le statut constitutionnel des traités, il faut d'abord s'intéresser à l'approche qu'a la Constitution des droits de l'Homme car c'est cette approche qui va être transposée pour octroyer aux traités portant sur les droits de l'Homme une position *sui generis* dans la hiérarchie des normes.

A. La dignité humaine d'une valeur universelle à un Principe constitutionnel :

Depuis la deuxième guerre mondiale, les droits de l'Homme trouvent leur fondement dans la dignité humaine qui a été érigée en valeur universelle. Une valeur qui est particulièrement difficile à définir. En effet, « *La façon dont la dignité appréhende l'essence de l'homme, tient à la place qu'elle assigne à l'humanité ou plutôt, pour être plus rigoureux, c'est la place qu'occupe l'humanité qui détermine ce qu'est la dignité* »⁴⁷⁰. Bien qu'elle soit difficile à définir, la dignité humaine devient omniprésente. Beatrice Maurer nous dit à ce propos : « *proclamer la dignité de l'homme comme ce qu'il y a d'irréductiblement humain, exige de la respecter quelles que soient les circonstances. Si le législateur ne peut pas dire ce qu'elle est, il doit tout faire pour qu'elle ne soit pas violée* »⁴⁷¹. De ce fait, la dignité de l'Homme ne peut pas rester exclusivement dans la sphère intangible des valeurs, il faut la matérialiser en la consacrant comme un Principe.

⁴⁶⁹ HENRIQUEZ VINAS Miriam Lorena, " Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos"; Estudios constitucionales, vol 6, num 2, 2008, pp 73-119. Centro de estudios constitucionales de Chile. P 78

⁴⁷⁰ EDELMAN Bernard, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau ». Recueil Dalloz 1997,23° Cahier. Page 187.

⁴⁷¹ MAURER Béatriz, « Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme ». La Documentation française (Monde européen et international), 1999.

Le Principe constitutionnel est défini par Walter Gutierrez ainsi: « *les principes... sont des normes à caractères objectif et général -à la différence des droits qui sont subjectifs et spécifiques- qui imposent des devoirs à l'Etat ou à la société et dans ce sens, encadrent et limitent l'activité législative. En diffusant leur contenu dans tout l'ordre juridique, ils encadrent l'activité interprétative et produisent des devoirs ou obligations envers les particuliers et leurs activités* »⁴⁷². Egalement, la Commission nationale des Juristes Colombiens énonce : « *compte tenu du caractère des normes fondamentales de l'Etat et de leur ordre juridique, les principes doivent être considérés par le législateur et par le juge comme de véritables indicateurs de constitutionnalité. Chaque principe fondamental représente le critère suprême d'interprétation de la charte politique, non seulement en sa qualité de norme normarum -norme juridique suprême- mais aussi comme étant l'encadrement basique de la vie sociale qu'adopte le système des valeurs approprié pour ainsi atteindre la coexistence des membres de la communauté nationale* »⁴⁷³.

En effet, la transformation de la dignité humaine en principe constitutionnel implique une diffusion de ce principe dans l'ensemble de l'ordre juridique interne de l'Etat. En conséquence, la dignité humaine, en tant que principe fondamental, participe à la définition des paramètres de l'Etat constitutionnel de droit et des limites des pouvoirs publics. Il ne faut pas confondre le principe constitutionnel de la dignité humaine, dont la fonction est large et omniprésente, avec le droit fondamental de la dignité humaine, qui a un objet concret de protection.

⁴⁷² GUTIERREZ Walter, "La constitución comentada tomo Análisis artículo por artículo". Segunda edición. Gaceta jurídica. Miraflores 2013. Pag. 38: "los principios, a efectos de este comentario, señalamos que estas son normas de carácter objetivo y general -a diferencia de los derechos, que son subjetivos y específicos-, que plantean deberes para el Estado o la sociedad y, en tal sentido, compulsan y limitan la actividad legislativa, irradian sus mandatos a todo el ordenamiento jurídico, guían la actividad interpretativa, y generan deberes o límites para los particulares y sus actividades »

⁴⁷³ MADRID-MALO Mario, "Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas". Preamble, Título I de los principios fundamentales, Título XIII de la reforma de la constitución. Impreandes-Prsecensia. Bogota, 1998. Pag 30 : « por ser las normas fundamentadoras del estado y de todo su ordenamiento jurídico, los principios han de considerarse por el legislador y por el juez como auténticos baremos de constitucionalidad. Cada principio fundamental representa el ultimo y supremo criterio de interpretación de la Carta Política, entendida no simplemente como norma mormarum -norma jurídica suprema- sino como ordenación básica de la vida social que adopta el sistema de valores apropiado para el logro de la convivencia entre los miembros de la comunidad nacional »

Parmi les dix Etats Sud-Américains objet de la présente étude, huit ont inséré dans leur corps constitutionnel la dignité humaine comme un principe constitutionnel. L'article 1 de la Constitution Colombienne consacre : « *La Colombie est un Etat social de droit... fondée dans le respect de la dignité humaine..* » ; dans le préambule de la Constitution Vénézuélienne : « *la garantie universelle et indivisible des droits de l'homme..* » et dans l'article 3 : « *l'Etat a pour objectifs essentiels la défense et le développement de la personne et le respect à sa dignité...* » ; l'Equateur dans le préambule Constitutionnel : « *... Une société qui respecte dans toutes ses dimensions la dignité humaine des personnes et collectivités* » ; au Brésil l'article 1 de la Constitution précise : « *la République Fédérative du Brésil, formée par l'union indissoluble des Etats, villes et du district fédéral, constituent un Etat démocratique de droit qui a pour fondements : ...III la dignité de la personne humaine* » ; le Chili dans l'article 1 : « *les personnes naissent libres et égaux en dignité et droits* » et dans l'article 5 : « *l'exercice de la souveraineté reconnaît comme limitation le respect des droits essentiels qui émanent de la nature humaine* » ; le Paraguay dans son préambule : « *le peuple du Paraguay, au travers de ses légitimes représentants réunis en convention nationale constituante, en invoquant Dieu et en reconnaissant la dignité humaine avec l'objectif d'assurer la liberté, l'égalité et la justice..* » ; également dans l'article 1 : « *... la république du Paraguay adopte pour son gouvernement la démocratie représentative, participative et pluraliste, fondée sur la reconnaissance de la dignité humaine* » ; la Bolivie dans son préambule ainsi que dans son article 8 : « *l'Etat se fonde sur les valeurs d'unité, égalité, intégration, dignité* » et l'article 9 : « *les fins et fonctions de l'état, en dehors de celles établies par la Constitution et la loi, sont : 2 garantir le bien-être, le développement, la sécurité, la protection et la dignité des personnes, nations, peuples et des communautés...* » ; le Pérou, article 1 : « *la défense de la personne humaine et le respect de sa dignité sont la fin suprême de la société et de l'Etat* ».

Bien que l'Argentine n'ait pas adopté de façon explicite d'articles semblables à ceux consacrés par ses voisins sur le principe constitutionnel de la dignité humaine, l'article 75 § 22 de la Constitution Argentine accorde une valeur constitutionnelle à la Déclaration interaméricaine des droits et des devoirs de l'Homme ainsi qu'à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, déclarations qui ont été adoptées sous la forme de résolutions qui ne peuvent, en conséquence, être considérées comme un instrument conventionnel.

De ce fait, la Constitution de l'Argentine accorde de façon implicite une importance majeure aux valeurs des droits de l'Homme, bien que la rédaction choisie fasse débat entre les juristes qui ont un désaccord sur l'objet de cette constitutionnalisation des déclarations de droits de l'Homme. En effet, la question est de déterminer si l'insertion des dites déclarations non conventionnelles au sein de la Constitution Argentine a un objectif déclaratif de bonne foi Argentine vis-à-vis des droits de l'Homme, ou constitue plutôt un guide à l'égard des pouvoirs publics ou doit tout simplement être considérée comme une source de nouveaux droits subjectifs.

Quoi qu'il en soit, l'insertion de déclarations des droits de l'Homme au sein de la Constitution nationale en Argentine constitue un indice majeur de son engagement et peut être interprétée comme une instauration implicite de la dignité humaine comme principe constitutionnel.

Eriger la dignité humaine en principe constitutionnel a une conséquence majeure tant au niveau national qu'au niveau international. En effet, en plaçant la dignité humaine et donc les droits de l'Homme dans l'axe central de l'ordre juridique interne, les droits inhérents à la personne ne sont plus limités à ceux contenus dans les traités ni même dans la Constitution de chaque Etat. En effet, dans le système interaméricain, dans la mesure où les droits de l'Homme sont considérés comme des droits qui évoluent et qui progressent, ils ne peuvent pas être limités par des textes qu'ils soient internationaux ou nationaux. Cette conception progressiste des droits de l'Homme a été matérialisée par les clauses ouvertes des droits de l'Homme.

B. Les clauses ouvertes des droits de l'Homme et le bloc de constitutionnalité

La doctrine de l'Amérique Latine dénomme ainsi les clauses qui portent sur des droits fondamentaux qui ne sont pas expressément inclus dans la constitution. Plus précisément, cette clause stipule que la liste des droits fondamentaux consacrés dans la Constitution n'est pas exhaustive et que de façon implicite tous les droits inhérents à la personne, en accord avec le principe de dignité humaine, font partie de la constitution. Cette clause trouve son origine dans le neuvième amendement de la Constitution Américaine qui précise : « *L'énumération de certains*

*droits dans la Constitution ne pourra être interprétée comme déniaut ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple. »*⁴⁷⁴

La première Constitution de l'Amérique du Sud qui a adopté cette clause fut celle de l'Argentine, en 1860, dans l'article 33 de sa Constitution : « *les déclarations, les droits et garanties énumérés par la constitution, ne seront pas interprétés comme une négation d'autres droits et garanties non énumérés, mais qui naissent du principe de la souveraineté du peuple et de la forme républicaine du gouvernement* »⁴⁷⁵. Bien qu'à l'époque cette clause n'avait pas la portée qu'elle a actuellement, car il s'agissait davantage d'une revendication de la conception du droit naturel que d'une véritable insertion du droit international des droits de l'Homme, elle a néanmoins permis une évolution sur les droits innommés dans le constitutionnalisme Sud-Américain.

En effet, l'insertion de cette clause est la conséquence d'une prise en compte de l'individu. A cet égard, Edgar Carpio affirme : « *il découle précisément de cette considération morale de l'Homme la propre justification de l'ensemble minimal des droits ou attributs subjectifs avec lesquels il doit compter, qui peuvent être ou ne pas être détaillés dans la Constitution mais qu'il est indispensable de reconnaître pour que celui-ci puisse développer de façon responsable son projet vital* »⁴⁷⁶.

L'insertion d'une telle clause n'est pas le résultat exclusif d'une tendance constitutionnaliste du sous-continent, elle est aussi le résultat d'une approche partagée sur les droits de l'Homme. En effet, le système interaméricain des droits de l'Homme n'est pas éloigné des clauses ouvertes : la convention Américaine des droits de l'Homme consacre dans son article 29 les normes d'interprétation ainsi : « *aucune disposition de la présente convention ne peut être interprétée dans le sens de : ...c) exclure les autres droits et garanties inhérents à l'être humain ou dérivés de la*

⁴⁷⁴ « *The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people* ».

⁴⁷⁵ Article 33 Constitution de l'Argentine 1860 : « *las declaraciones, derechos y garantías que enumera la constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno* »

⁴⁷⁶ CARPIO MARCOS Edgar, « *El significado de la cláusula de los derechos no enumerados* ». Cuestiones constitucionales. Num 3, Julio-diciembre 2000. Pag. 25: « *precisamente de esta consideración moral del hombre ha de derivarse la propia justificación de aquel conjunto mínimo de derechos o atributos subjetivos con los que ha de contar el hombre, que pueden o no estar detallados en la constitución pero que es absolutamente necesario reconocer para que este pueda desarrollar, responsablemente, su proyecto vital* »

forme démocratique représentative du gouvernement ... ». Ce principe est également consacré dans le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels qui fait partie du système interaméricain des droits de l'Homme à l'article 5§2 : « ne peuvent pas être admis la restriction ou la suspension à aucun des droits de l'Homme fondamentaux reconnus ou en vigueur dans un pays en vertu des lois, conventions, règlements ou coutumes, au prétexte que le présent pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît dans un moindre degré ».

L'utilisation de cette clause dans le système interaméricain des droits de l'Homme ainsi que dans les constitutions des Etats de l'Amérique du sud n'est que la réponse naturelle à l'adoption du principe de progressivité des droits de l'Homme. Ce principe établit que les droits de l'Homme ne sont pas des droits statiques mais que ce sont, bien au contraire, des droits qui évoluent et qui ont tendance à s'élargir et qu'ils ne peuvent dès lors pas être réduits exclusivement à ceux qui sont expressément reconnus au sein des constitutions nationales ou des conventions des droits de l'Homme.

A l'exception du Chili, les Etats objet de la présente étude ont inclus dans leur texte constitutionnel une clause ouverte des droits de l'Homme. Ainsi, l'article 94 de la Constitution Colombienne précise : « l'énoncé des droits et garanties contenus dans la Constitution et dans les conventions internationales en vigueur, ne doit pas se comprendre comme la négation des autres qui, en étant inhérents à la personne humaine, ne figurent pas expressément dans celles-ci » ; l'article 22 de la Constitution Vénézuélienne : « l'énoncé des droits et garanties contenus dans cette Constitution et dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme ne doit pas être interprété comme une négation des autres, qui en étant inhérents à la personne ne sont pas expressément consacrés . L'absence de loi réglementaire de ces droits n'empêche pas leur exercice » ; l'article 19 de la Constitution de l'Equateur : « les droits et garanties signalés dans cette Constitution et dans les instruments internationaux n'en excluent pas d'autres qui sont propres à la nature de la personne et que sont nécessaires pour son entier développement moral et matériel » ; l'article 33 de la Constitution Argentine : « les déclarations, droits et garanties énumérés par la constitution, ne seront pas interprétés comme une négation d'autres droits et garanties non énumérés, mais qui naissent du principe de la souveraineté du peuple et de la forme républicaine du gouvernement » ; l'article 5 §2 de la Constitution du Brésil précise : « les droits et les garanties contenus dans cette Constitution n'excluent pas d'autres droits et garanties qui découlent du régime et des principes

pour elle adoptés ou des traités internationaux dont la République Fédérative du Brésil fait partie » ; le Paraguay dans son article constitutionnel numéro 45 : « *l'énumération des droits et garanties contenus dans cette Constitution ne doit pas être interprétée comme la négation des autres qui, en étant inhérents à la personne humaine, ne figurent pas expressément dans celle-ci. L'absence de loi réglementaire de ces droits n'empêche pas leur exercice* » ; l'article 72 de la Constitution de l'Uruguay affirme : « *l'énumération des droits, devoirs et garanties faite par cette constitution, n'exclut pas les autres droits et garanties qui sont inhérents à la personne humaine ou qui naissent de la forme républicaine du gouvernement* » ; la Bolivie dans l'article Constitutionnel numéro 13§II : « *les droits qui sont proclamés par cette Constitution ne seront pas interprétés comme la négation d'autres droits non énumérés* » et le Pérou qui consacre dans son article 3 Constitutionnel : « *l'énumération des droits consacrés dans ce chapitre n'exclut pas les autres, protégés par la constitution, et non plus ceux de nature analogue ou ceux qui se fondent sur la dignité de l'homme ou sur les principes de souveraineté du peuple, de l'état démocratique de droit et de la forme républicaine du gouvernement* ».

L'insertion de cette clause a permis au juge constitutionnel, par voie jurisprudentielle, de reconnaître l'existence de droits fondamentaux qui n'étaient pas explicitement inclus dans la Constitution et encore moins dans des traités internationaux, mais qui selon lui étaient indispensables pour garantir certaines conditions essentielles permettant de mener une vie digne. En conséquence, les Etats de l'Amérique du Sud ont élargi et continuent d'élargir leur liste non exhaustive de droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, le Tribunal Constitutionnel du Pérou a reconnu le Droit à la vérité comme étant un droit fondamental implicite non seulement pour l'individu mais aussi pour la société en affirmant : « *... dans une mesure raisonnable et dans des affaires spéciales et nouvelles, des droits fondamentaux implicites doivent se développer afin de permettre une meilleure garantie du respect des droits de l'Homme car ils vont permettre un renforcement de la démocratie et de l'état...* »⁴⁷⁷. Également, la Cour Constitutionnelle Colombienne très active et engagée sur le principe de progressivité des droits de l'Homme a pu

⁴⁷⁷ Tribunal constitutionnel du Pérou, “ Affaire Villegas Namuche”, arrêt 2488-2002-HC/TC du 21 novembre 2002 , fondement juridique No13 : « (...) en una medida razonablemente posible y en casos especiales y novísimos, deben desarrollares los derechos constitucionales implícitos, permitiendo así una mejor garantía y respeto a los derechos del hombre, pues ello contribuirá a fortalecer la democracia y el Estado, tal como lo ordena la Constitución vigente”

établir grâce à la clause ouverte plusieurs droits fondamentaux implicites tels que le droit à l'oubli et le droit au minimum vital dans sa plus large conception.⁴⁷⁸

A partir de ces articles constitutionnels, nous pouvons affirmer qu'en Amérique du Sud, la clause ouverte des droits de l'Homme est le moyen juridique permettant d'élargir la protection prioritaire accordée aux droits fondamentaux, aux droits qui ne sont pas énumérés mais qui, compte tenu de leur nature, doivent être considérés comme étant des droits fondamentaux implicites.

L'insertion de ce type de clauses dans les constitutions sud-américaines peut également se justifier par la recherche d'un renforcement de la sécurité juridique. Carolina León affirme à ce propos : « *l'insertion dans le texte constitutionnel de normes telles que les clauses d'ouverture est une dynamique généralisée dans les pays ibéro-américains, car au-delà de la protection intrinsèque octroyée aux droits de l'Homme, cela permet d'éviter des dislocations entre les systèmes internes et externes de protection des droits de l'Homme* »⁴⁷⁹.

Ces clauses ont donc pour fonction d'harmoniser les droits de l'Homme. Pour ce faire, la valeur constitutionnelle propres aux droits consacrés explicitement par les constitutions nationales doit s'élargir aux autres droits sans tenir compte du fait qu'il s'agit de droits implicites ou de droits contenus dans un traité international.

⁴⁷⁸ Cour Constitutionnelle Colombienne, "Acción de tutela instaurada por Nestor Jaime Pena Rueda contra la penitenciaria nacional de Valledupar" arrêt T-490 du 20 mai 2004: "La Corte revocará la decisión del juez de instancia en la medida en que no es correcto afirmar que los derechos consagrados en el artículo 67 de la ley 65 de 1993 y 62 de la resolución 0139 de 2003, tienen exclusivamente un rango de ley. Por el contrario, (i) constituyen un desarrollo de los contenidos de dos disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, además, (ii) guardan cierta relación conceptual con el contenido del derecho al mínimo vital, en la medida en que garantizan condiciones mínimas de existencia; (iii) deben interpretarse según su contexto normativo, que para el caso está definido por las llamadas relaciones de especial sujeción en las que, dada la subordinación e indefensión del recluso, aumentan los deberes positivos del Estado; porque además (iv) persiguen la protección de la dignidad humana en términos funcionales, en la medida en que garantizan condiciones cualificadas de reclusión y eliminan posibles prácticas discriminatorias no informadas y, finalmente, (v) porque son traducibles en un derecho subjetivo, al aparecer de manera clara los elementos de la relación jurídica, a partir de la verificación del hecho operativo de la reclusión: el titular quien es el demandante, la definición y determinación de la prestación (art. 62 resolución 0139 de 2003), y el sujeto pasivo la Penitenciaría Nacional de Valledupar. En este orden de ideas, se revocará la decisión del juez de instancia y en su lugar se concederá el amparo del derecho fundamental al mínimo vital. En consecuencia, se ordenará al Representante legal de la Penitenciaría Nacional de Valledupar que, si no lo ha hecho aún para el año en curso, haga entrega efectiva de la dotación prescrita en el artículo 62 de la resolución 0139 de 2003 al interno".

⁴⁷⁹ LEON, Carolina et WONG Victor, "Cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos: constituciones iberoamericanas". Foro, nueva época, vol. 18, num. 2 (2015) : 93-125 http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2015.v18.n2.51784

En ce qui concerne les traités, Karen Ananos explique leur valeur constitutionnelle ainsi: « *Les constitutions nationales octroient aux traités internationaux la même hiérarchie normative que la constitution... en conséquence les traités ont la supériorité propre à la constitution...techniquement le traité ne forme pas partie de la Constitution mais il va avoir sa même valeur juridique* »⁴⁸⁰.

Cette valeur constitutionnelle est accordée principalement grâce à deux mécanismes juridiques nationaux : la clause d'ouverture des droits de l'Homme et le bloc de constitutionnalité. Martin Risso justifie le développement des blocs de constitutionnalité ainsi : « *Il y a une tendance très puissante, de plus en plus généralisée, en Amérique Latine qui reconnaît un bloc de droits constitués par les droits garantis explicitement dans le texte constitutionnel, les droits contenus dans les instruments internationaux des droits de l'Homme et les droits implicites, où le juge doit interpréter les droits pour faire primer la norme qui protège le mieux la personne humaine* »⁴⁸¹.

Le Bloc de constitutionnalité, à l'instar de la clause d'ouverture, est présent dans tous les Etats Sud-Américains. Nous ne sommes dès lors pas loin d'affirmer qu'il existe aujourd'hui une certaine homogénéité de la valeur des traités des droits de l'Homme au sein des Etats sud-américains. Cependant, il persiste une grande différence à cette tendance constitutionnaliste : en Amérique du Sud, la valeur constitutionnelle accordée aux traités des droits de l'Homme peut être reconnue soit explicitement par la constitution, soit implicitement. Naturellement, dans chaque catégorie, il y a des différences et des particularités propres à chaque ordre juridique.

A partir de ces précisions sur le caractère vraiment atypique et sur la position privilégiée des droits de l'Homme, il faut analyser la hiérarchie normative qui en découle. En effet, malgré cette conception presque homogène des droits de l'Homme, les constitutions sud-américaines n'ont pas toutes prévu une hiérarchisation claire des normes des droits de l'Homme. De ce fait, les conflits entre les normes ne sont pas écartés. Pour les résoudre, les Etats peuvent adopter des positions très différentes voire opposées. Ainsi par exemple, la position qui précise que c'est la norme la plus

⁴⁸⁰ ANANOS BEDRINANA Karen, "Régimen constitucional de los tratados de derechos humanos en el derecho comparado latinoamericano". Prolegomenos. Derechos y valores, vol. XVIII, num. 35, enero-junio, 2015, p. 138. Universidad militar nueva granada. Bogota, Colombia.

⁴⁸¹ RISSO FERRAND Martin, "Derecho constitucional, Tomo 1", 2da edición ampliada y actualizada, octubre 2006, P. 114

protectrice qui doit primer sans tenir compte du fait qu'elle soit nationale ou internationale opposée à celle qui précise que c'est la norme constitutionnelle qui doit s'appliquer sans tenir compte de la portée du droit en question. Tout dépendra de la valeur constitutionnelle octroyée aux traités des droits de l'Homme.

II. Une hiérarchie normative sui generis dans l'ordre juridique interne

La valeur constitutionnelle des traités des droits de l'Homme implique une obligation aux autorités nationales de promouvoir, respecter et protéger les droits contenus dans les normes internationales au détriment de l'application des normes internes. En effet, la matérialisation de la constitutionnalisation de ce type de normes implique selon Nestor Sagüés : « *en premier lieu que certains droits de l'Homme existent sans lien de dépendance avec la volonté étatique mais par la volonté d'autres Etats voire par la volonté d'organisations supranationales. Deuxièmement, en protégeant les droits de l'Homme, on protège non seulement un bien national commun mais aussi un bien international commun, et en dernier lieu le non-respect d'un traité international des droits de l'Homme implique pour un Etat la responsabilité internationale* »⁴⁸²

Pour déterminer la valeur constitutionnelle des droits de l'Homme, nous devons nous intéresser aux normes expressément consacrées dans la constitution, mais aussi à l'interprétation du juge constitutionnel. En effet, en prenant en compte le bloc de constitutionnalité et la clause ouverte, le juge a un rôle prépondérant à l'heure d'octroyer à une norme du droit international –qu'elle soit de nature conventionnelle ou générale– la valeur constitutionnelle.

⁴⁸² SAGÜES Nelson, "Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno", *Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Vollo Jimenez*, IIDH, San Jose., 1998.

A. Une valeur constitutionnelle expressément reconnue par la Constitution Nationale

L'article 93 de la Constitution colombienne prévoit : « *les traités et accords internationaux ratifiés par le congrès, qui reconnaissent des droits de l'Homme et qui interdisent leur limitation dans tout état d'exception, priment dans l'ordre interne. Les droit et devoirs consacrés dans cette constitution, seront interprétés en conformité avec les traités internationaux sur les droits de l'Homme ratifiés par la Colombie* ».

L'interprétation par la Cour Constitutionnelle colombienne de cet article a conduit à allouer une hiérarchie constitutionnelle à certains traités des droits de l'Homme.

Le but majeur de la mise en place d'un bloc de constitutionnalité était d'effacer tout soupçon de contradiction entre deux normes constitutionnelles : l'article 93 cité précédemment et l'article 4 qui énonce : « *La Constitution est norme des normes. En cas d'incompatibilité entre la Constitution et la loi ou une autre norme juridique, les dispositions constitutionnelles seront appliquées* ».

Le Bloc de constitutionnalité a permis une harmonisation entre les deux normes en préservant le principe de suprématie constitutionnelle consacré à l'article 4 et celui de suprématie des normes internationales des droits de l'Homme, qui ont une hiérarchie constitutionnelle au sein de la Constitution alors qu'elles ne font pas partie de son corps normatif.

La Constitution argentine, dans l'alinéa 22 de son article 75, énumère les traités internationaux et les déclarations internationales des droits de l'Homme qui font partie intégrante de la Constitution, en précisant que ces traités ne pourront pas déroger à la première partie de la Constitution et devront être interprétés comme complémentaires des droits et garanties reconnus par elle.

La Constitution de l'Argentine prévoit également un procédé particulier au sein de l'article 75 pour allouer à d'autres traités des droits de l'Homme la hiérarchie constitutionnelle, si l'adoption de ces traités est faite sans respecter cette procédure, les traités auront une hiérarchie infra constitutionnelle mais supra législative.

Pablo Manili explique la conception argentine du bloc de constitutionnalité ainsi : « *il existe, en conséquence, des normes qui sont dans la Constitution et d'autres qui sont en dehors de la Constitution mais toutes ces normes ont la même hiérarchie normative. L'ensemble de ces normes*

est le paramètre permettant d'effectuer de façon harmonieuse le contrôle de constitutionnalité des normes inférieures. Les normes du droit international des droits de l'Homme qui font partie du bloc de constitutionnalité restent en dehors de la constitution, mais ont la même hiérarchie qu'elle car elles ne sont pas expressément insérées dans la Constitution mais font tout de même partie du bloc de constitutionnalité »⁴⁸³

Au Paraguay, la hiérarchie dans l'ordre juridique interne est déterminée par l'article 137 de la Constitution ainsi : *« la loi suprême de la République est la Constitution. Celle-ci, les traités, conventions et accords internationaux approuvés et ratifiés, les lois dictées par le congrès et les autres dispositions juridiques de hiérarchie inférieure, intégrant le droit positif national, dans l'ordre énoncé »*. Cependant, pour pouvoir déterminer avec précision la hiérarchie des traités internationaux des droits de l'Homme dans l'ordre interne paraguayen, une lecture conjointe des articles 137, 142, 143, 145 et 45 s'impose.

En effet, l'article 142 de la Constitution du Paraguay affirme pour ce genre de traités que : *« ils ne pourront être dénoncés qu'en suivant la procédure prévue par les amendements constitutionnels »*.

L'article 45, quant à lui, contient la clause d'ouverture des droits de l'Homme : *« l'énonciation des droits et des garanties contenus dans la Constitution ne doit pas être comprise comme une négation des autres droits inhérents à la personne humaine qui ne sont pas expressément consacrés dans la Constitution »*. Ainsi, les droits propres à la personne humaine qui ne font pas partie de la Constitution bénéficient eux aussi de la protection de l'Etat.

Et l'article 143 paragraphe 3 précise : *« la République du Paraguay, dans ses relations internationales, accepte le droit international et s'adapte aux principes suivants : 5) la protection internationale des droits de l'Homme »*.

Maria Almiron analyse cet article ainsi : *«...avec cet article, la Constitution reconnaît expressément le concept basique du droit international des droits de l'Homme au niveau constitutionnel, c'est-à-dire que la protection internationale des droits de l'homme fait partie des principes majeurs en matière de relations internationales du Paraguay. Cette affirmation est*

⁴⁸³ MANILI Pablo, "El bloque de constitucionalidad". La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino. P.337.

complétée par l'article 145 de la Constitution qui reconnaît l'ordre juridique international. De ce fait, le citoyen de la République du Paraguay qui n'obtient pas la protection de ses droits fondamentaux au niveau juridique interne, peut par mandat constitutionnel, demander la protection internationale de ces mêmes droits»⁴⁸⁴.

Bien qu'au sein de la Constitution le caractère supraconstitutionnel des traités des droits de l'Homme ne soit pas explicitement consacré, nous pouvons déduire de l'ensemble de la norme constitutionnelle paraguayenne que ces traités ont une place privilégiée dans l'ordre juridique interne de cet Etat sans pouvoir pour autant affirmer l'existence de cette hiérarchie supraconstitutionnelle. En effet, la doctrine Paraguayenne, qui s'est manifestée à plusieurs reprises sur ce sujet, est partagée sur le rang hiérarchique de ce genre de traités. Soledad Villagra de Bierdermann affirme à ce propos : *« cette reconnaissance du droit international et surtout d'un ordre juridique supranational suppose l'existence d'un système de protection international des droits de l'Homme avant l'existence de la Constitution. Bien que l'ordre de hiérarchie indique un niveau infra constitutionnel des traités sur les droits de l'Homme »*⁴⁸⁵

Le paragraphe II de l'article 410 affirme : *« le bloc de constitutionnalité est composé par les traités et conventions internationaux en matière de droits de l'Homme et les normes du droit communautaire, ratifiées par la Bolivie ».*

Nous pouvons déduire de cet article que les traités des droits de l'Homme ratifiés font partie intégrante du bloc de constitutionnalité de la Bolivie et ont donc une hiérarchie constitutionnelle. Mais la Constitution de la Bolivie va au-delà de cette hiérarchie constitutionnelle. En effet, l'article 256 de la Constitution prévoit : *« les traités et les instruments internationaux en matière de droits de l'Homme signés et ratifiés, qui allouent des droits plus favorables que ceux contenus dans la constitution, seront appliqués de façon préférentielle à la constitution... les droits reconnus dans cette Constitution seront interprétés en accord avec les traités internationaux des droits de l'Homme quand ceux-ci prévoient des normes plus favorables ».*

⁴⁸⁴ ALMIRON PRUJEL María Elodia, "Constitución y Derechos Humanos". Asunción: Intercontinental, 2004. P. 205

⁴⁸⁵ VILLAGRA DE BIEDEERMANN Soledad, "La constitución paraguayana y algunas conquistas de derechos humanos a la luz de los instrumentos internacionales", in Comentario a la constitución tomo II homenaje al décimo aniversario. Corte Suprema de Justicia Año 2002, Asunción, Paraguay. P. 226

Si la Constitution Bolivienne intègre au bloc de constitutionnalité les traités des droits de l'Homme et les normes du droit communautaire, c'est la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel et plus précisément l'arrêt 0110/2010-R qui va inclure explicitement au bloc de constitutionnalité la jurisprudence de la Cour IDH ainsi : « *Le Pacte de San Jose de Costa Rica, en tant que norme faisant partie du bloc de constitutionnalité, est constitué par trois parties essentielles, étroitement liées entre elles : la première, qui consacre le préambule, la deuxième, dénommée dogmatique et la troisième qui fait référence aux organes du système. Précisément, le chapitre VIII de cet instrument régule la Cour IDH, et en conséquence, en application du critère d'interprétation constitutionnelle, nous devons intégrer cet organe et donc les décisions prises par lui au bloc de constitutionnalité* ». Il importe de signaler qu'avant cette décision le juge avait eu, à maintes reprises, l'occasion d'utiliser la jurisprudence de la Cour IDH pour trancher un litige. En effet, le rôle du juge constitutionnel Bolivien dans le développement de la protection des droits de l'Homme a toujours été très important, au point que le contenu de ces articles constitutionnels constitue une reprise d'une ancienne jurisprudence réitérée du juge bolivien⁴⁸⁶

B. Une valeur constitutionnelle reconnue par voie prétorienne

Dans certaines Constitutions sud-américaines, la hiérarchie des droits de l'Homme n'est pas clairement définie. Dans ce cas, c'est le juge constitutionnel qui grâce à sa faculté interprétative va définir la place de ces normes dans l'ordre juridique interne.

Au Pérou, la hiérarchie des normes est établie à l'article 51 de la Constitution mais cet article ne fait aucune référence directe aux traités internationaux et encore moins aux traités des droits de l'Homme : « *La Constitution prime sur toute norme légale, la loi prime sur les normes inférieures...* ». Le rang hiérarchique des traités est précisé à l'alinéa 4 de l'article 200 qui prévoit le recours en inconstitutionnalité comme une action possible contre : « *les normes qui ont rang de loi : les lois, les décrets législatifs, les décrets d'urgence, les traités, les règlements du congrès, les*

⁴⁸⁶ Tribunal Constitutionnel Plurinational de la Bolivie, « Sentencia constitucional 1662/2003 R » arrêt du 17 novembre 2003. Inclusion des droits de l'homme consacrés dans des traités ou des déclarations internationales. et Tribunal Constitutionnel Plurinational de la Bolivie, « Sentencia Constitucional SC 0600/2003 -R » Arrêt du 6 mai 2003. protection des droits fondamentaux qui ne sont pas explicitement inclus dans la Constitution

normes régionales à caractère général et les ordonnances qui ne sont pas compatibles avec la constitution sur le fond ou sur la forme ».

Face à l'absence de norme constitutionnelle précise concernant la valeur constitutionnelle des traités des droits de l'Homme, le Tribunal constitutionnel péruvien, en se fondant sur l'article 3 de la constitution nationale, consacre la clause ouverte des droits de l'Homme en déclarant dans sa décision n° 0025-2005-PI que ce genre de traités dispose d'une hiérarchie constitutionnelle : « *les traités internationaux sur les droits de l'Homme font non seulement partie de notre ordre juridique interne mais ont un rang constitutionnel. Le Tribunal constitutionnel a déjà affirmé que les traités internationaux des droits de l'Homme ont un rang constitutionnel... nous arrivons à cette conclusion en nous fondant sur l'article 3 qui consacre un système numerus apertus des droits constitutionnels* »⁴⁸⁷

La constitution Chilienne, à l'instar de la péruvienne, a eu besoin d'une interprétation jurisprudentielle. En effet, en vertu du paragraphe 2 de l'article 5 de la constitution chilienne qui constitue la base juridique du bloc de constitutionnalité, le Tribunal Constitutionnel Chilien, dans un arrêt de 2014, a précisé : « *... la demande trouve son fondement dans le paragraphe 2 de l'article 5 de la constitution politique, qui consacre le devoir de tous les organes de l'Etat à respecter et à promouvoir les droits essentiels de la nature humaine, protégés par les traités internationaux en vigueur ratifiés par le Chili... de ce fait, le sens de ces droits ne peut pas être écarté dans la prise d'une décision judiciaire. On estime que son application est directe en tant que norme appartenant au bloc de constitutionnalité de droits, ou on considère que son contenu est une référence ou un élément interprétatif déterminant dans la conception des droits reconnus par la constitution politique* ».

Bien que le juge chilien soit réservé sur la reconnaissance de l'appartenance des traités des droits de l'Homme au bloc de constitutionnalité, cet arrêt constitue une avancée jurisprudentielle très importante pour le pays, en affirmant que même si ces traités ne sont pas considérés comme faisant partie du bloc de constitutionnalité, ils doivent tout de même être utilisés comme un élément indispensable de l'interprétation des droits consacrés par la Constitution.

⁴⁸⁷ Tribunal Constitutionnel du Pérou, « sentence No. 0025-2005-PI » Arrêt du 25 janvier 2005 Numéral 26 à 30.

L'importance de cet arrêt a été démontrée par Constance Nunez: « *cette approche du Tribunal Constitutionnel permet de dépasser la stagnation jurisprudentielle à propos de la hiérarchie des droits de l'Homme d'origine internationale. De plus, l'interprétation du Tribunal Constitutionnel sur la portée et les fonctions du bloc dans notre ordre juridique permet d'élargir la protection (incorporation de droits qui ne sont pas consacrés dans la constitution), de l'améliorer (lorsque nous utilisons des droits d'origine internationale et la jurisprudence comme outil herméneutique) et de respecter les obligations internationales engagées par l'Etat* »

La position du Brésil face à la hiérarchie des droits de l'Homme n'est pas très claire. A l'étude des positions des trois éminents juristes brésiliens spécialisés dans la matière, trois thèses totalement différentes s'affrontent. Ainsi, pour Celso Duvivier de Albuquerque, les traités des droits de l'Homme ont une hiérarchie supra-constitutionnelle. Pour Flavia Piovesan, cette hiérarchie est tout simplement constitutionnelle et selon Luis Alberto Araujo, il s'agirait d'une hiérarchie légale car les traités internationaux des droits de l'Homme sont soumis, comme les autres traités, à un contrôle constitutionnel et le § 2 de l'article 5 de la Constitution brésilienne doit s'entendre comme la reconnaissance dans l'ordre interne des droits contenus dans ce genre de traités.

La jurisprudence brésilienne a adopté pendant longtemps la dernière de ces positions. C'est-à-dire qu'elle a alloué une hiérarchie légale aux traités internationaux, et en conséquence *lex posterior derogat priori*. La jurisprudence brésilienne n'a pas appliqué de traitement de faveur aux traités des droits de l'Homme, ainsi que le démontre le célèbre arrêt du juge brésilien qui a tranché la contradiction entre l'article 7.7 de la CADH et l'article 5° LXVII de la Constitution du Brésil. En effet, l'article 7.7 de la CADH prévoit : « *Nul ne peut être arrêté pour motif de dette. Cette disposition ne s'applique pas aux mandats délivrés par une autorité judiciaire compétente pour cause d'inexécution d'obligations alimentaires* » alors que la Constitution brésilienne dispose que : « *il ne peut y avoir d'emprisonnement civil pour dettes, sauf en cas de refus volontaire et inexcusable d'exécuter une obligation alimentaire ou d'abus dans l'usage d'un dépôt* ». L'arrêt dont s'agit a tranché ainsi : « *... en vertu de la Constitution de 1988, la constitutionnalité de la prison civile en cas d'abus dans l'usage d'un dépôt ne prête pas au doute car la Convention américaine des droits de l'Homme, en sa qualité de norme infra-constitutionnelle, ne déroge pas à la norme constitutionnelle* » .

La position du STF brésilien a opéré un changement en douceur. Le premier arrêt en ce sens fut l'arrêt n° 79.785 de 2000 : « *les traités internationaux des droits de l'Homme, bien que situés en dessous de la constitution, devraient avoir une force supra-légale pour permettre une application directe, même en cas de loi contraire...* ».

Postérieurement, la réforme constitutionnelle de 2004 a participé d'une façon très positive à ce changement de position prétorienne par la création du § 3 de l'article 5 qui a permis de souligner le caractère spécial des traités des droits de l'Homme et de réaffirmer leur rang supra-légal dans l'ordre juridique interne du Brésil.

C'est donc par un fondement juridique que dans l'arrêt 466.343 du 04 juin 2009 les juges brésiliens changent définitivement de position en déclarant illicite la prison pour abus dans l'usage d'un dépôt. Dans cet arrêt, nous pouvons apprécier l'effort des juges pour interpréter les normes légales et constitutionnelles à la lumière de la CADH.

La supra-légalité des traités des droits de l'Homme n'est plus matière à débat au Brésil. Cependant, une partie de la doctrine souhaiterait aller au-delà de la supra-légalité pour accorder aux traités des droits de l'Homme une valeur constitutionnelle voire supra-constitutionnelle. En attendant que cela se réalise officiellement, George Rodrigo Bandeira et Antonio Moreira ont remarqué : « bien que les décisions du STF impliquent que les traités des droits de l'Homme ne puissent pas être utilisés directement comme paramètres du contrôle de constitutionnalité, la jurisprudence du tribunal, après l'adoption de la thèse de la supra légalité, a utilisé ces traités pour interpréter certaines dispositions constitutionnelles et légales afin que celles-ci soient compatibles avec les instruments internationaux. Ainsi, le tribunal a interprété le principe de la durée raisonnable du procès (art. 5°. LXXVIII) selon l'article 7.5 et 7.6 de la CADH. Il a également reconnu comme faisant partie intégrante du principe contradictoire et du droit de défense (article 5° LV) les garanties prévues à l'article 8.2 de la CADH ».

En dehors de la bonne volonté du juge constitutionnel brésilien, il ne faut pas oublier que l'insertion du § 3 dans l'article 5 de la constitution brésilienne implique la possibilité d'octroyer une hiérarchie constitutionnelle aux traités des droits de l'Homme approuvés par l'assemblée nationale au même titre qu'un amendement constitutionnel.

Il n'y a pas de jurisprudence qui précise la portée du contrôle de ces traités. Cependant, grâce à un syllogisme juridique, la doctrine affirme que le contrôle de constitutionnalité peut s'effectuer mais seulement vis-à-vis des clauses intangibles de la constitution : « *Même si le STF n'a pas donné de réponse précise, nous supposons que les traités des droits de l'Homme constitutionnalisés selon le § 3 de l'article 5 sont également soumis au contrôle de constitutionnalité (voie diffuse et aussi concentrée). Et cela en tenant compte de la position du STF qui depuis longtemps affirme que les amendements constitutionnels peuvent être contrôlés dans leur constitutionnalité s'ils transgressent les dénommées clauses éternelles (dispositions non modifiables)* ».

Au Venezuela, l'insertion au bloc de constitutionnalité des traités sur les droits de l'Homme a commencé au début des années quatre-vingt-dix, notamment par un arrêt de la Cour Suprême de Justice dans lequel le juge vénézuélien a appliqué l'article 3 de la convention 103 de l'OIT pour protéger le droit à la maternité des ouvrières. Pour ce faire, le juge a utilisé la clause ouverte des droits de l'Homme contenue à l'époque dans l'article 50 de la constitution de 1961⁴⁸⁸. La Constitution de 1999 a repris cette clause dans l'article 22 : « *l'énonciation des droits et des garanties contenus dans cette constitution et dans les instruments internationaux sur les droits de l'Homme ne doit pas être interprétée comme une négation des autres droits qui, ayant un lien direct avec la personne, ne sont pas expressément consacrés. L'absence de loi réglementaire concernant ces droits ne doit pas constituer un obstacle à son exercice* » et dans l'article 23, la hiérarchie des traités des droits de l'Homme dans l'ordre interne est prévue : « *les traités, les pactes, les accords relatifs aux droits de l'Homme, conclus et ratifiés par le Venezuela, ont une hiérarchie constitutionnelle et priment dans l'ordre interne...* ».

Bien que le juge constitutionnel Vénézuélien fut un des premiers à faire partie de la Convention ADH et également un des premiers à reconnaître la juridiction de la Cour IDH, il y a un inquiétant revirement jurisprudentiel depuis les années 2000, notamment en ce qui concerne les décisions de la Cour IDH. En effet, la Chambre Constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice, sans aucun fondement normatif, a élargi sa faculté de contrôle de constitutionnalité des normes aux décisions

⁴⁸⁸ Tribunal Suprême de Justice, « Affaire No. 661 mariela morales vs. Ministerio de la justicia ». Arrêt du 4 décembre 1990.

prises par la Cour IDH au motif que l'exécution de ces décisions était soumise à un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Cette tendance s'est accentuée depuis 2010 avec la décision n° 1547 du 17 octobre 2011 où le juge vénézuélien, saisi d'une « *action innominée de contrôle de constitutionnalité* » par le Procureur Général de la République, a déclaré inconstitutionnelle et en conséquence inexécutable la décision prise par la Cour IDH.

En effet, cette décision de la Cour IDH condamnait le Venezuela pour violation des droits politiques de Leopoldo Lopez Mendoza et lui ordonnait de laisser sans effet les résolutions administratives interdisant à Lopez Mendoza de participer aux élections. Dans ses motivations, le juge constitutionnel vénézuélien a affirmé que : « ... *les décisions adoptées par la Cour Interaméricaine avec des ordres adressées aux organes de l'état se traduisent comme une ingérence aux fonctions propres des pouvoirs publics... La Cour Interaméricaine ne peut pas être considérée comme une instance supérieure aux autorités nationales et elle ne peut pas, en conséquence, aller au-delà de l'ordre juridique interne...* ».

La doctrine Vénézuélienne a fortement critiqué la création jurisprudentielle de ce nouveau contrôle constitutionnel. A ce propos, Allan R. Brewer-Carias affirme : « ... *dans le monde de la justice constitutionnelle, le juge constitutionnel, comme tout organe d'Etat, est avant tout soumis à la Constitution. En conséquence il doit l'appliquer non seulement à l'heure de trancher un litige mais aussi dans l'exercice de ses propres facultés. Pour pouvoir affirmer que le juge est le garant de la constitution il faut qu'il n'exerce que dans la limite des compétences que la constitution lui a octroyées. Dans le cas contraire, il modifie la constitution et de ce fait la transgresse.* »⁴⁸⁹

Cette décision met clairement en évidence le fait que le juge constitutionnel vénézuélien n'intègre pas les décisions des tribunaux internationaux dans le bloc de constitutionnalité et qu'il fait une interprétation très restreinte de l'article 23 de la constitution. Il a adopté cette position depuis l'arrêt qui a tranché la constitutionnalité des articles du code pénal en 2003 où il affirmait : « ... *Il s'agit d'une primauté des normes qui font partie des traités, les pactes et les conventions (ce sont des*

⁴⁸⁹ BREWER-CARIAS Allan, "EL control de constitucionalidad de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos por parte de la sala constitucional del tribunal supremo de justicia de Venezuela". Disponible en ligne <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/1,%201,%201058.%20Brewer.%20El%20control%20de%20constitucionalidad%20de%20las%20sentencias%20de%20la%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos.pdf>

synonymes) en relation aux droits de l'Homme, mais cela ne concerne pas les rapports ni les opinions des organismes internationaux, qui ont la prétention d'interpréter la portée des normes contenues dans les instruments internationaux, car l'article 23 constitutionnel est très clair : la hiérarchie constitutionnelle des traités, des pactes et des conventions est en relation à ses normes, lesquelles intègrent la constitution en vigueur et à partir de cela , le seul organe capable de les interpréter en accord au droit vénézuélien est le juge constitutionnel, en conformité avec l'article 335 de la constitution en vigueur... »⁴⁹⁰

La jurisprudence de l'Uruguay à ce propos n'est pas abondante. Cependant, la Cour Suprême de Justice de l'Uruguay a reconnu l'existence du bloc de constitutionnalité avec l'arrêt n° 365 du 19 octobre 2009 en affirmant que : « *les conventions internationales des droits de l'Homme sont intégrées à la constitution à l'article 72, car il s'agit de droits inhérents à la dignité humaine reconnus par la communauté internationale au travers de ces pactes* »

III. Une hiérarchie entre le juge national et international face à l'internationalisation du caractère de norme impérative des droits de l'Homme

Le contrôle de conventionnalité entendu comme la faculté de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme à vérifier la compatibilité entre les agissements d'un Etat ou les normes internes d'un Etat et les normes de la Convention Américaine pour ainsi déterminer si la responsabilité internationale de l'Etat est engagée. Cette faculté est une compétence issue des articles 1.1, 2, 63,67 et 68.1 de la Convention Américaine. Dès lors, cette Cour exerce ce contrôle depuis l'adoption de son premier arrêt.

Le fait que la Cour Interaméricaine, au travers de sa jurisprudence, a élargi cette faculté pour en quelque sorte la « déléguer » aux juges et autorités de chaque Etat constitue en revanche une nouveauté. Cette transformation de la procédure juridique du contrôle de conventionnalité est issue de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme⁴⁹¹ et plus particulièrement

⁴⁹⁰ Tribunal Suprême de Justice, « Sentence N° 1942 » arrêt du 15 juillet 2003

⁴⁹¹ Affaire Myrrna Mack Chang vs Guatemala 2003, affaire Tibi vs Ecuador 2004 et affaire Vargas Areco vs. Paraguay 2006

du constat fait par le Juge Sergio Garcia Ramirez de la nécessité d'instaurer une procédure équivalente au contrôle constitutionnel mais visant la protection de la Convention Interaméricaine. Ainsi, dans l'Arrêt Tibi vs Equateur il a affirmé : « *si les tribunaux constitutionnels contrôlent la constitutionnalité, le tribunal international des droits de l'Homme statue sur la conventionnalité de ces derniers...le premier contrôle permet d'adapter l'activité du pouvoir public – et éventuellement d'autres agents sociaux- à l'ordre propre de l'Etat de droit dans une société démocratique, le tribunal interaméricain a l'objectif d'adapter cette activité à l'ordre international qui est consacré dans la convention fondatrice de la juridiction interaméricaine et qui a été accepté par les Etats dans l'exercice de leur souveraineté* ».

Bien qu'au départ cette position représentait l'avis d'un seul juge, la Cour Interaméricaine l'a par la suite adoptée comme une procédure juridique propre au système interaméricain : « *la Cour est consciente du fait que les juges et les tribunaux internes sont soumis à la loi et que, de ce fait, ils sont obligés d'appliquer les dispositions qui sont en vigueur dans l'ordre juridique interne. Mais quand un Etat a ratifié un traité international, tel que la Convention Américaine, ses juges, en tant qu'élément de l'appareil étatique, sont également soumis à elle, et s'obligent dès lors à veiller à ce que les dispositions de la convention ne soient pas transgressées par l'application de lois contraires à son objet et sa finalité, car ces lois n'ont pas d'effet juridique. En d'autres termes, le pouvoir judiciaire devra exercer une sorte de contrôle de conventionnalité entre les normes juridiques internes qui sont appliquées dans des cas concrets et la Convention Américaine des Droits de l'Homme. Dans cet exercice, le pouvoir judiciaire doit non seulement tenir compte du traité, mais aussi de l'interprétation de celui-ci faite par la Cour Interaméricaine* »⁴⁹². Cette position a été réitérée par de nombreuses décisions de la Cour dans lesquelles le juge international somme le juge national d'exercer le contrôle de conventionalité : « *... les organes du pouvoir judiciaire doivent exercer non seulement un contrôle de constitutionnalité, mais aussi un contrôle de conventionnalité ex officio entre les normes internes et la Convention Américaine* »⁴⁹³.

⁴⁹² CIDH, «Affaire Almonacid Arellano y otros VS Chile», Arrêt des exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens du 26 septembre 2006.

⁴⁹³ CIDH, « Affaire Aguado Alfaro et autres vs. Pérou », Arrêt de fond et réparations du 24 novembre 2006.

Dans l'affaire *Boyce y otros Vs. Barbados*, la Cour IDH précise les formes d'application du contrôle de conventionnalité ainsi : « *l'analyse du CJCP⁴⁹⁴ n'a pas dû se limiter à évaluer si la LDCP [loi des délits d'Etat contre la personne] était inconstitutionnelle. En effet, la question qui a dû se poser était de savoir si la loi était « conventionnelle ». C'est-à-dire, les tribunaux des Barbados, en incluant le CJCP et maintenant la Cour de Justice des Caraïbes, doivent également décider si la loi des Barbados restreint ou viole les droits reconnus dans la Convention... depuis l'affaire *Almonacid Arellano vs. Chili*, la Cour IDH a précisé le contenu et la portée du concept de contrôle de conventionnalité dans sa jurisprudence, pour ainsi arriver à un concept complexe qui comprend les éléments suivants : a) vérifier la compatibilité entre les normes et les pratiques internes avec la CADH, la jurisprudence de la Cour IDH et les autres traités interaméricains dont les états font partie ; b) C'est une obligation de toute autorité publique dans l'exercice de ses compétences, c) pour déterminer la compatibilité avec la CADH, il ne suffit pas de prendre en compte le traité, car la jurisprudence de la Cour IDH ainsi que les autres traités interaméricains doivent également être pris en compte ; d) c'est un contrôle qui doit être réalisé ex officio par toute autorité publique et e) son exécution peut impliquer la suppression de normes contraires à la CADH ou leur interprétation en conformité avec la CADH, cela en tenant compte des facultés de chaque autorité publique ».*

Cet arrêt définit les caractéristiques propres du contrôle de conventionnalité, qui doit être effectué d'office, c'est-à-dire sans qu'une demande particulière de la victime ne soit nécessaire. Il doit être effectué par tous les juges et tous les organes liés à l'administration de justice car son exercice constitue une obligation qui ne se limite pas à la CADH mais qui s'étend aussi à la jurisprudence de la Cour et aussi à d'autres traités des droits de l'Homme. Et sa mise en application doit avoir pour effet l'adaptation du droit interne avec la CADH au moyen de la suppression de la norme ou de son interprétation adaptée à la CADH⁴⁹⁵.

Pour la création prétorienne du contrôle de conventionnalité diffus, la Cour interaméricaine s'est inspirée essentiellement du contrôle de constitutionnalité -figure propre à l'ordre interne de chaque

⁴⁹⁴ Comité judiciaire du conseil privé

⁴⁹⁵ Voir : control de constitucionalidad, cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

Etat⁴⁹⁶. A ce propos, Miranda Bonille affirme : « on peut remarquer l'appropriation faite par le droit international des procédures juridiques propres au droit constitutionnel et il existe, en ce sens, une similitude entre le contrôle concentré de constitutionnalité effectué par les Cours ou les Tribunaux constitutionnels et le contrôle concentré de conventionnalité effectué par la Cour IDH, car ils ont tous les deux comme finalité de limiter le pouvoir arbitraire de l'Etat et de protéger la dignité de la personne humaine. Également, avec l'encadrement du contrôle de conventionnalité dans l'ordre national, la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme dans l'arrêt « *Almonacid Arellano vs. Chile* » a pris comme référence la jurisprudence des Cours, chambres et tribunaux constitutionnels de la région, qui exercent ce contrôle depuis un certain temps »⁴⁹⁷. En plus du contrôle constitutionnel, la Cour IDH s'appuie sur le caractère subsidiaire de sa compétence. En effet, elle ne peut pas être considérée comme une instance supplémentaire mais comme un juge complémentaire. De ce fait, les juges nationaux ont l'obligation de veiller au respect des droits de l'Homme et de résoudre ses litiges dans l'ordre interne.

Ainsi, dans l'actualité, le contrôle de conventionnalité peut être exercé par la Cour Interaméricaine -contrôle concentré- mais aussi par les juges et les autorités de l'ordre interne des Etats -contrôle diffus-. C'est justement en raison du lien entre le contrôle conventionnel et le contrôle constitutionnel que cette modalité pose problème. En effet, dans les Etats où le contrôle constitutionnel est réservé au juge constitutionnel, les autres juges ne se reconnaissent pas comme étant compétents à exercer ce type de contrôle. Mais au-delà de cette difficulté, le véritable problème est né de l'insertion de décisions émises par la CIDH dans les paramètres de conventionnalité. En effet, c'est en fonction de ce dernier élément que les juges nationaux vont

⁴⁹⁶ Les décisions de la Cour IDH où nous pouvons trouver des références au contrôle constitutionnel sont nombreuses. Par exemple, dans l'affaire *Tibi vs. Ecuador*, arrêt du 7 septembre 2004 : « le devoir de la Cour est semblable à celle effectuée par les tribunaux constitutionnels. Eux examinent les actes- dispositions de portée générale- à la lumière des normes, les principes et les valeurs des constitutions. De son côté, La Cour Interaméricaine, analyse les actes en relation aux normes, principes et valeurs des traités qui constituent le soubassement de sa compétence contentieuse. Dans d'autres mots, si les tribunaux constitutionnels contrôlent la « constitutionnalité », le tribunal international des droits de l'homme vérifie la « conventionnalité » de ces actes.

⁴⁹⁷ BONILLA Haideer Miranda, "El control de convencionalidad como instrumento de dialogo jurisprudencial en America Latina". *Revista jurídica IUS Doctrina*, N° 12, 2015.p 2

percevoir le contrôle de conventionnalité comme une compétence naturelle ou comme une contrainte imposée par le juge interaméricain.

A. Le Contrôle de conventionnalité en tant que compétence naturelle du juge national

La Cour Colombienne dispose d'une riche jurisprudence où elle effectue le contrôle de conventionnalité. Une des premières normes à avoir été soumise à ce contrôle fut l'article 15 du décret-loi 85 de 1989 qui préconisait : « *la responsabilité de tout ordre militaire doit être assumée par la personne qui le donne et non par la personne qui l'exécute. Si malgré l'avertissement fait par le subalterne qui reçoit l'ordre que la commission d'un délit, d'un acte contre l'honneur militaire ou d'un manquement à la bonne conduite peut découler de l'exécution de l'ordre, le supérieur insiste pour que l'ordre soit exécuté, le subalterne est dans l'obligation d'obtempérer à condition que son supérieur confirme l'ordre par écrit* ».

Cette norme fut déclarée inconstitutionnelle par le juge constitutionnel colombien qui a énoncé que toute exonération de responsabilité dans le cadre de violations des droits de l'homme est inconstitutionnelle puisqu'elle transgresse le droit international des droits de l'Homme⁴⁹⁸. La Cour Constitutionnelle Colombienne a repris dans sa décision C-228/2002 les critères minimaux des droits des victimes dans le cadre d'une procédure pénale établis par la Cour IDH dans l'affaire Velasquez Rodríguez vs Honduras 1987. Également, le Conseil d'État colombien dans sa décision SU-N° 36149 du 28 août 2014 précise le nouveau tableau pour la réparation et indemnisation des préjudices non matériels qui a été conçu en tenant compte des recommandations internationales. Au sein de cette décision, le Conseil d'État a défini le préjudice comme étant le résultat d'un dommage moral, d'un dommage aux biens constitutionnels et aussi aux biens conventionnels, cette dernière catégorie soulignant la portée du contrôle de conventionnalité au sein de l'ordre juridique colombien.

Au travers de sa jurisprudence, la Cour Constitutionnelle colombienne a instauré le contrôle de conventionnalité comme étant une obligation juridique naturelle pour le juge national, puisqu'elle

⁴⁹⁸ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Accion de inconstitucionalidad contra el artículo 15 (parcial) del decreto ley 85 de 1989 » arrêt C578 du 4 décembre 1995.

envisage ce contrôle comme un élément complémentaire du contrôle de constitutionnalité, ainsi qu'elle l'a affirmé à maintes reprises : « *la jurisprudence de la Cour IDH contient l'interprétation authentique des droits contenus dans la CADH, instrument international qui intègre le paramètre du contrôle de constitutionnalité* ». Elle a néanmoins posé une limite à ce contrôle en ces termes : « *une décision prise par cet organisme -Cour IDH- ne peut pas être transposée automatiquement dans une affaire colombienne dans le cadre d'un exercice de contrôle de conventionnalité qui ne prend pas en compte les particularités de l'ordre juridique interne* »⁴⁹⁹

Etonnamment, le Tribunal constitutionnel péruvien semble moins limitatif que la Cour Constitutionnelle Colombienne, car dans sa jurisprudence, il affirme : « *l'effet contraignant des arrêts de la Cour Interaméricaine ne se limite pas à sa partie résolutive (qui concerne seulement l'Etat qui est partie dans le procès) mais il faut prendre en compte également le fondement ou ratio decidendi. En effet, la quatrième disposition finale et transitoire CDFT de la Constitution et l'article V du titre préliminaire du Code de procédure constitutionnelle précisent : « la décision est contraignante pour tout le pouvoir public national » et cela même pour les décisions prises dans des affaires où l'Etat péruvien n'est pas partie. En effet, la capacité interprétative et applicative de la Convention dont dispose la Cour Interaméricaine, reconnue par l'article 62.3 dudit traité, et ce qui est consacré par le CDFT de la Constitution, font que l'interprétation des dispositions de la Convention effectuée dans tout litige, est contraignante pour tous les pouvoirs publics internes, en incluant naturellement ce Tribunal [...] la qualité constitutionnelle de cette obligation dérive directement de la CDFT de la constitution et a deux objectifs majeurs : a) réparateur, car l'interprétation du droit fondamental violé fait à la lumière des décisions de la Cour, permettra de le protéger de façon appropriée et efficace. Et b) préventif, en effet, si les décisions sont respectées, nous évitons les difficiles conséquences institutionnelles occasionnées par un arrêt condamatoire de la Cour Interaméricaine... C'est un devoir pour ce Tribunal et en général pour tout pouvoir public, d'éviter que ce phénomène négatif soit réitéré* »⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 90 (parcial) del Código civil » arrêt C-327 du 22 juin 2016

⁵⁰⁰ Tribunal Constitutionnel du Pérou, « Affaire Arturo Castillo Chirinos, 2730-06-PA/TC » Arrêt du 21 juillet 2006.

La Cour Suprême Argentine suit le raisonnement du juge constitutionnel péruvien. Elle a précisé dans sa jurisprudence que les décisions de la Cour IDH sont obligatoires pour l'État argentin ainsi : *« en principe, - la Cour suprême argentine- doit subordonner le contenu de ses décisions au contenu de celles dudit tribunal international... » l'interprétation de la Convention Américaine des Droits de l'Homme doit suivre la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme car il s'agit d'une incontournable ligne directrice pour les pouvoirs constitués argentins dans le domaine de leurs compétences et en conséquence aussi pour la Cour Suprême de justice de la nation afin de respecter les engagements de l'État argentin dans le système interaméricain de protection des droits de l'Homme »*⁵⁰¹.

La position du juge constitutionnel argentin a été clairement énoncée dans l'arrêt décisif relatif à l'affaire Rodriguez Pereyra c. Ejercito Argentino s/ danos y perjuicios : *« on déduit de la jurisprudence antérieurement citée que les organes judiciaires des pays qui ont ratifié la CADH sont dans l'obligation d'exercer d'office le contrôle de conventionnalité... »*.

Le caractère obligatoire du contrôle de conventionnalité ne se limite pas à la Cour Suprême de justice. En effet, en Argentine, tous les juges nationaux ont l'obligation d'exercer ce contrôle : *« à la suite de la réforme de 1994, plusieurs conventions internationales relatives aux droits de l'Homme ont été intégrées à la Constitution nationale et la CSJN a reconnu que le contrôle de constitutionnalité devait aussi comprendre le contrôle de conventionnalité (notamment, « Garcia Mendez, Emilio y Musa, Maria Laura s/causa n° 7537 », 2 décembre 2008, T.331, p.2691). Elle a également affirmé que les résolutions de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme constituent une source de jurisprudence non seulement pour la CSJN, mais également pour les tribunaux inférieurs »*⁵⁰².

Le Pouvoir judiciaire bolivien, bien que conscient et approuvant l'importance et le caractère obligatoire du contrôle de conventionnalité, n'a pas pu jusqu'à présent exercer ce contrôle dans son intégralité. En effet, le Tribunal Constitutionnel Bolivien applique régulièrement la jurisprudence

⁵⁰¹ CSJA, "Affaire Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad, arrêt du 13 de julio de 2007, in control de constitucionalidad, cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 p 21. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

⁵⁰² GALLEGOS FEDRIANI Pablo Oscar, « Le contrôle de constitutionnalité en Argentine ». Nouveaux Cahiers du Droit Constitutionnel, (43), 2004. P. 98.

de la Cour IDH. Par exemple, dans sa décision SC 1250/92 qui déclare inconstitutionnel l'article 162 du Code Pénal car il transgresse les droits à la liberté d'expression, d'opinion et de pensée, il s'est fondé sur l'arrêt Herrera Ulloa c. Costa Rica où la Cour IDH avait affirmé : « ... *La convention américaine, dans son article 13.2, prévoit la possibilité d'établir des restrictions à la liberté d'expression ; ces restrictions doivent être instaurées en prévoyant des éventuels cas de responsabilité ultérieure pour un exercice abusif de ce droit, mais elles ne doivent pas limiter au-delà du nécessaire, la portée de la liberté d'expression. Dans le cas contraire, on ne parlera plus d'une restrictions à la liberté d'expression mais d'un mécanisme direct ou indirect de censure. Pour pouvoir déterminer les responsabilités ultérieures, trois éléments doivent impérativement être réunis : 1) les responsabilités doivent être fixées expressément par la loi ; 2) les responsabilités doivent avoir pour finalité la protection ou la réputation des tiers, ou la protection de la sécurité nationale, l'ordre public ou la santé ou la morale publique et 3) les responsabilités doivent être nécessaires dans une société démocratique* ». A partir de cet extrait, le Tribunal Constitutionnel Bolivien a déterminé que la loi soumise à son contrôle n'était pas compatible avec la jurisprudence de la Cour IDH et a, de ce fait, déclaré inconstitutionnelle la norme visée.

Cependant, même si le Tribunal Constitutionnel Bolivien exerce ce contrôle, la Cour IDH n'a pas créé cette procédure juridique exclusivement pour les tribunaux ni pour les cours constitutionnelles mais pour tous les juges voire pour toutes les autorités administratives.

Et c'est cette diffusion du contrôle qui pose un véritable problème en Bolivie. Antonio Rivera, ancien Président du Tribunal Constitutionnel Plurinational de Bolivie, affirme à ce propos : «...*Un premier point est celui concernant le contrôle de conventionnalité qui doit être exercé en principe par tous les juges et par tous les tribunaux de la juridiction ordinaire. Sur ce sujet, le Tribunal Constitutionnel Plurinational ne s'est pas encore expressément prononcé. En conséquence, il n'a pas encore établi les règles qui rendront possible le développement de cette activité par la juridiction ordinaire car actuellement la jurisprudence de la Cour IDH concernant le contrôle de conventionnalité n'est pas appliquée. La raison principale est que les juges et tribunaux de la juridiction ordinaire considèrent que le modèle de contrôle de constitutionnalité est exclusivement concentré. En conséquence, ils ne se reconnaissent pas comme ayant la faculté de décréter l'inapplication d'une disposition légale contraire à la constitution ou aux traités et conventions internationales des droits de l'Homme. Nous devons ajouter à ceci la tradition historique selon*

laquelle les juges et les tribunaux sont soumis à la loi et qu'ils sont dans l'obligation de l'appliquer à condition qu'elle soit en vigueur »⁵⁰³.

B. Le contrôle de conventionnalité en tant que contrainte imposée au juge national

Pour certains Etats Sud-américains, le contrôle de conventionnalité ne fait pas partie des compétences naturelles du juge national car l'essence même du contrôle impose d'écarter des lois nationales qui sont contraires à des normes internationales voire à des jugements internationaux. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que dans ces Etats, le juge national n'effectue pas le contrôle de conventionnalité mais de signaler non seulement le retard dans l'adoption de ce contrôle mais également toutes les difficultés qu'il implique.

Au Chili, la mise en place du contrôle de conventionnalité n'a pas été aisée. En effet, bien que le Tribunal Constitutionnel l'ait utilisé de façon implicite lorsqu'il a laissé sans effets la loi d'amnistie de 1978, il a fallu attendre l'arrêt 9031-2013 pour une reconnaissance explicite et un encadrement jurisprudentiel complet sur cette procédure issue du droit international : *« Effectivement tout juge est compétent pour effectuer un contrôle du respect et de l'effective application des garanties fondamentales des personnes qui se présentent devant lui, dans toutes les étapes de la procédure, telles que l'investigation, l'instruction et le jugement...il s'agit du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité... La fonction qui appartient aux juges nationaux dans le cadre de ce contrôle – de conventionnalité- dans l'ordre interne des états et dans le cadre du jugement des conflits particuliers dont ils ont connaissance, est de veiller au respect et à l'effective protection des droits de l'Homme, ceci étant un objectif qui doivent concrétiser les Etats du fait de leur appartenance au système interaméricain... les caractéristiques du contrôle de conventionnalité sont : a) prendre en compte tout le système de sources du droit, tant les normes, comme les décisions, ainsi que leur interprétation dans le domaine des droits et garanties fondamentales, conformément à l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice, b) cette activité est en lien direct avec la validité et*

⁵⁰³ RIVERA Jose Antonio, "La protección de los derechos humanos y fundamentales en el estado plurinacional de Bolivia". In Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos, tomo V, Vol 2. Universidad Nacional Autónoma de México.

efficacité des arrêts prononcés, autrement nous serions face à un engagement de la responsabilité de l'Etat, pour éviter ceci il convient de développer cette activité -contrôle de conventionnalité-d'office tant sur les aspects de procédure que sur les aspects normatifs en octroyant aux normes nationales et internationales des droits de l'Homme une effectivité pleine, libre et égalitaire qui ne doit pas être annulée par l'application d'autres normes juridiques qui seraient contraires et c) Reconnaître que les tribunaux nationaux sont les gardiens naturels, principaux et originaires et que de ce fait ils ont la faculté de sanctionner, en privant de leur valeur et de leur efficacité, les actes contraires aux droits fondamentaux ...ceci découle des articles 1°,5°,6°,7° et 19 de la Constitution politique de la République, et des articles 1°, 8°, 25,66,67 et 68 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme et des articles 2°, 5° et 14 du Pacte international des droits civils et politiques ainsi que l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités internationaux »⁵⁰⁴.

Dans cet arrêt, le juge Chilien ne fait pas référence au rôle de la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'exercice du contrôle de conventionnalité. En effet, ce n'est que dans un célèbre arrêt de 2014 que le Tribunal Constitutionnel Chilien s'est manifesté sur ce rôle, en affirmant : « *la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme, interprète authentique de la Convention, a une jurisprudence en ce qui concerne le domaine militaire et a affirmé que la justice militaire n'est pas compétente pour les litiges civils et qu'elle peut seulement investiguer et sanctionner dans le cadre des litiges en relation avec la fonction militaire* »⁵⁰⁵. Il importe de signaler que dans le cas d'espèce, le Tribunal Constitutionnel a tranché en déclarant l'inapplicabilité de la norme nationale en tenant exclusivement compte de la jurisprudence de la Cour IDH et plus particulièrement de l'affaire Palamara Iribarne vs Chili. En effet, dans cette affaire, le Chili avait été déjà condamné pour des fait semblables, et la Cour IDH avait préconisé : « *l'état doit adapter- dans un délai raisonnable- son ordre juridique interne aux standards internationaux sur la juridiction pénale militaire...L'Etat doit établir, avec sa législation, des limites à la compétence matérielle et personnelle des tribunaux militaires* ». Après avoir fait état de cette citation au sein de sa propre décision, le juge constitutionnel chilien a expliqué que l'Etat n'avait pas respecté la décision de la Cour IDH et que pour l'instant la seule avancée en cette

⁵⁰⁴Cour suprême de Justice du Chili, ".Affaire ROL N° 9031-13 »,arrêt du 19 novembre 2013 considerando,10 y 12

⁵⁰⁵ Tribunal Constitutionnel du Chile, « Affaire ROL N° 2493-13 » Arrêt du 6 mai 2014. motivation 8.

matière était un projet de loi au vu de quoi : « finalement et compte tenu de la répartition des compétences constitutionnelles ; et en tenant compte les propos contenus dans cet arrêt sur l'accomplissement d'un devoir imposé à l'Etat du Chili par la Cour IDH, nous devons préciser qu'en conformité de l'alinéa 15 de l'article 32 de la constitution, la gestion des relations politiques avec les puissances étrangères et les organismes internationaux est une attribution exclusive du Président de la République et ce Tribunal ne peut pas se substituer à lui »⁵⁰⁶

Grace à cette évolution jurisprudentielle, l'effective mise en application du contrôle de constitutionnalité par les juges au Chili a permis selon Constance Nunez de : « améliorer la protection des droits fondamentaux, principalement ceux de la population qui se trouve en situation de discrimination. Par exemple, l'exercice du contrôle de conventionnalité effectué à partir de la Convention 169 de l'OIT a permis d'ajuster les procédures internes aux standards de la consultation préliminaire prévue par la Convention ; en matière de migration, cela a permis de protéger les droits des enfants dans les procédures de demande de naturalisation, et en matière de justice pénale adolescente, cela a permis l'harmonisation de la législation interne avec la Convention internationale sur les droits des enfants »⁵⁰⁷.

Pour l'Uruguay, Etat où -tel que nous avons pu le constater tout au long de cette étude-, le droit international a très peu de place dans la constitution nationale, les affaires où les juges nationaux effectuent le contrôle de conventionnalité sont extrêmement rares. Toutefois, nous pouvons citer la décision de la Cour suprême de justice uruguayenne dans l'affaire Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela⁵⁰⁸ dans laquelle le juge national a écarté l'application de la loi nationale d'amnistie en la déclarant inconstitutionnelle car contraire aux obligations conventionnelles de l'Etat et notamment aux obligations qui découlent de la Convention Américaine des droits de l'Homme. La difficulté d'appliquer le contrôle de conventionnalité en Uruguay découle de la propre Constitution

⁵⁰⁶ Tribunal Constitutionnel du Chile, « Affaire ROL N° 2493-13 », Arrêt du 6 mai 2014. dernier paragraphe.

⁵⁰⁷ NUNEZ Constanza, "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales". In anuario de derechos humanos ISSN 0718-2058 N° 11, 2015. P. 165.

⁵⁰⁸ Cour suprême de Justice de l'Uruguay, « Affaire série C No. 221 » arrêt du 24 février 2011 , paragraphe 239. Cour Suprême de Justice de l'Uruguay, "Affaire Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela- Denuncia de excepción de inconstitucionalida No 365" Arrêt du 19 octobre 2009.

nationale. En effet, l'article 256 prévoit que l'inapplication d'une loi nationale est subordonnée à la déclaration d'inconstitutionnalité effectuée exclusivement par la Cour suprême de Justice.

De ce fait, si les juges nationaux uruguayens effectuaient le contrôle de conventionnalité, ils violeraient eux-mêmes la constitution nationale. En ce qui concerne l'insertion de la jurisprudence de la CIDH comme paramètre de conventionnalité d'une norme, c'est encore plus compliqué car tant que la Constitution nationale ne sera pas modifiée, le contrôle de conventionnalité ne pourra pas être complètement appliqué. Martin Risso propose : « *on ne peut pas douter de la pertinence et de l'obligation d'effectuer le contrôle de conventionnalité du DIDH ainsi que de la jurisprudence de la Cour IDH. Cependant, il faut se questionner sur la pertinence de « la chose interprétée » et sur le caractère obligatoire de la jurisprudence ; il vaudrait mieux lui donner une importance majeure mais sans parler de caractère obligatoire* »⁵⁰⁹.

Pour le Brésil, cette obligation d'effectuer le contrôle de conventionnalité constitue également une lourde contrainte qui n'est guère facile à exercer. Ainsi, la Cour IDH, lors de l'affaire *Guerrilha do Araguaia*⁵¹⁰, a précisé que le pouvoir judiciaire brésilien n'a pas respecté l'obligation internationale d'exercer le contrôle de conventionnalité : « *dans cette affaire, le Tribunal observe que le contrôle de conventionnalité n'a pas été respecté par les autorités judiciaires de l'Etat. Bien au contraire, la décision du Tribunal Suprême de justice a confirmé la validité de l'interprétation de la loi d'amnistie sans tenir compte des obligations internationales du Brésil découlant du droit international et tout particulièrement celles contenues dans les articles 8 et 25 de la Convention Américaine, en relation aux articles 1.1 et 2 du même instrument* »⁵¹¹.

Après cette décision qui a mis en évidence l'inexistence du contrôle de conventionnalité au Brésil, la doctrine brésilienne a souligné les efforts internes mis en place pour respecter cette obligation internationale. Ainsi, par exemple, Roberto de Figueiredo Calldas a affirmé à ce sujet : « *il faut souligner que le gouvernement brésilien fait des efforts pour exécuter la décision de la Cour IDH.*

⁵⁰⁹ RISSO FERRAND Martin, "El control de convencionalidad." *Revista de derecho publico* numero 50- Noviembre 2016.

⁵¹⁰ CIDH, « *Affaire Julia Gomez Lund et autres (guerrilha do Araguaia) vs Brésil* ». Arrêt d'exceptions préliminaires, réparations, frais et dépens Exepciones preliminares, reparaciones , 24 de noviembre 2010.

⁵¹¹ CIDH, « *Affaire Julia Gomez Lund et autres (guerrilha do Araguaia) vs Brésil* ». Arrêt d'exceptions préliminaires, réparations, frais et dépens Exepciones preliminares, reparaciones , 24 de noviembre 2010. Paragraphe 175

Dans ce sens il importe de mettre en avant la création de la Commission nationale de la Vérité, l'adoption de la loi pour l'accès à l'information »⁵¹²

Cependant, il n'y a pas eu de véritable avancée en la matière. En effet, les autorités administratives et judiciaires du Brésil vont préférer dénoncer un traité international, s'il s'avère qu'il est incompatible avec une norme interne, plutôt que d'écarter la norme nationale, notamment en ce qui concerne le droit du travail.

Il existe en effet au Brésil un conflit concernant la Convention n° 158 de l'OIT qui encadre la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur et qui exige notamment l'existence d'un motif valable pour pouvoir licencier un salarié. Cette convention fut ratifiée par le Brésil en 1995 mais dénoncée par le Président brésilien de l'époque, Fernando Henrique Cardoso, par Décret n° 2100 du 20 décembre 1996.

Cette dénonciation est à l'origine d'une grande controverse nationale concernant sa constitutionnalité car il s'agit d'une dénonciation unilatérale et donc contraire à l'article 49 de la Constitution Brésilienne qui prévoit la compétence exclusive du Congrès national pour « *approuver définitivement les traités, accords ou actes internationaux qui engagent le patrimoine national* ».

En 1997, la Confédération Nationale des travailleurs de l'agriculture présentait une action directe d'inconstitutionnalité contre le décret présidentiel qui contenait la dénonciation de la convention 158 de l'OIT. Depuis cette date, le Tribunal suprême de justice du Brésil n'a pas encore tranché sur le fond la question de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité dudit décret présidentiel.

Cette situation est dénoncée par la doctrine comme étant une violation directe des droits des salariés. D'autant plus qu'en 2017, la nouvelle loi du travail brésilienne prévoit dans son article 477-A le licenciement sans motif et l'article 484-A la résiliation du contrat de travail, normes qui sont totalement contraires à la convention 158 de l'OIT. Eduardo Biacchi Gomes nous dit : « *le contrôle conventionnel des articles 477-A et 484-A CTL en relation avec la convention 158 de l'OIT et la décision de la Cour IDH sur le droit à la stabilité de l'emploi dans l'affaire Iagos del*

⁵¹² DE FIGUEIREDO CALDAS Roberto, " O Contrôles de constitucionalidade e o Controle de convencionalidade no Brasil". Anuario de derecho constitucional latinoamericano, ano XIX, Bogota 2013. Page 20.

Campo Vs. Pérou relèvent l'importance de rendre les lois nationales compatibles avec les traités des droits de l'Homme... la non conventionnalité des articles 477-A et 484-A du CTL implique l'invalidité de ces normes. En conséquence, le contrôle de conventionnalité de ces articles avant que la dénonciation de la convention 158 puisse intervenir devrait être faite car en attendant, la convention n° 158 reste une source de droit »⁵¹³.

Si pour le Brésil l'exercice du contrôle de conventionnalité s'avère difficile, pour le Venezuela, la question ne se pose plus depuis 2012 car, en dénonçant la CADH, Hugo Chavez a enlevé la possibilité aux juges nationaux d'effectuer ledit contrôle. Ce dénouement prématuré et arbitraire s'éloigne d'un début plutôt prometteur car la Cour de Justice Vénézuélienne avait commencé, dès les années quatre-vingt-dix, à appliquer le contrôle de conventionnalité. Grâce à cette application précoce, des lois contraires aux droits de l'Homme ont été déclarés inapplicables. Ainsi, par exemple, la loi « *vagos y maleantes* » a été déclarée par le juge comme étant contraire aux articles 9 et 14 du Pacte International des droits civils et politiques et les articles 7 et 8 de la Convention ADH, car la loi nationale transgressait les droits à la défense et la présomption d'innocence⁵¹⁴.

⁵¹³ BIACCHI GOMES Eduardo, " O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da convenção no. 158 da OIT". Revista da AJURIS – Porto Alegre, v 45 n. 144, junho 2018. P 187.

⁵¹⁴ Tribunal Suprême de Justice, « Affaire *vagos y maleantes* » arrêt du 14 octobre 1997

CONCLUSION QUATRIEME PARTIE

L'intervention des juges constitutionnelles après la ratification d'un traité est possible dans les dix Etats objet de la présente étude et cela bien que le texte du traité ait été soumis à un contrôle *a priori*. Il n'y a pas donc lieu à l'application du principe de chose jugée, ce qui prime au sein des Etats Sud-américains est le principe de la suprématie constitutionnelle, la Constitution est la norme de norme et en tant que telle, elle doit être sauvegardée dans toute circonstance.

Si dans l'hypothèse d'un conflit entre la constitution et un traité en vigueur la réponse à le mérite d'être claire, dans l'hypothèse d'un conflit entre le traité et une loi nationale la réponse est ambiguë et cela que ce soit dans les Etats qui prévoient au sein de leur constitution une clause sur la hiérarchie des normes mais aussi dans les Etats où c'est le juge qui doit trancher. En réalité la supra-légalité des traités est très relative.

Face à un constant de primauté des normes internes face aux traités internationaux, il importe de signaler la position particulière des droits de l'homme. De façon unanime, dans les Etats étudiés, les traités qui portent sur les droits de l'homme font partie du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire qu'ils ont une valeur constitutionnelle et certains états l'ont accordé une valeur supra-constitutionnelle.

CONCLUSIONS GENERALES

Au terme de cette étude, il apparaît que le statut du droit international au sein des Constitutions sud-américaines n'est pas figé mais il est dans un mouvement constant ; ce mouvement n'a pas pour objectif une fusion parfaite entre la Constitution et le Droit international mais il a permis et il continue de permettre une évolution qui a pour objectif un fonctionnement si c'est ne pas parfait au moins raisonné des ordres imbriqués.

Bien que concernant ce mouvement d'interaction entre le droit international et la constitution, la doctrine parle régulièrement d'un effet d'internationalisation des Constitutions, nous avons pu constater qu'au sein des Etats Sud-Américaines, ce mouvement a été encadré sous une sorte de Constitutionnalisation du droit international entendue comme « le changement de valeur normative d'une norme préexistante qui devient constitutionnelle »⁵¹⁵.

Cette étude a voulu se centrer sur la question du statut accordé par chacune des Constitutions Sud-américaines au droit international et pour répondre à cette question il a fallu s'intéresser sur le rôle des acteurs nationaux non seulement dans la conclusion des traités internationaux mais aussi dans le rapport entre le droit international non conventionnel.

Nous avons pu conclure, que le rôle de chaque intervenant change en tenant compte de la nature de la norme internationale. De ce fait nous avons pu constater un statut du droit international au sein des Constitutions sud-américaines à plusieurs degrés.

Ainsi, nous avons pu constater qu'après le nouveau constitutionnalisme latinoaméricain, il y a une grande tendance au sein des Etats sud-américains face au sujet des droits de l'homme. Les Constitutions Sud-américaines font preuve d'une particulière bienveillance à tout ce qui entoure la dignité humaine au point que dans certaines constitutions ont à l'impression que ces droits occupent le sommet dans l'ordre hiérarchique interne. Cependant, il importe de préciser que la suprématie constitutionnelle s'assouplit face à ses droits mais pas comme conséquence d'une hiérarchisation

⁵¹⁵ BARBE (V.), MILLET (F.-X), « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *R.T.D.H.* n° 78, avril 2009, p. 469.

mais comme conséquence d'une conciliation voulu par les Etats sud-américains qui feront tout le nécessaire pour éviter une discordance entre leur constitution et les normes internationales des droits de l'homme.

Cette homogénéisation, est en grand partie, le résultat de l'influence jus naturaliste exercé par la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, qui dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme a imposé par le biais d'une jurisprudence réitéré des positions et des moyens exceptionnels pour ériger tous les droits inhérents à la personne humaine en norme impérative du droit international, au point de laisser penser que la Cour Interaméricaine a oublié la subsidiarité de sa juridiction.

Face à cette tendance d'homogénéisation nous trouvons un paradoxe. En effet, bien que la relation Constitution- Droit International autant que son objet touchent véritablement l'organisation des Etats et que de ce fait, dans un monde utopique une symbiose aurait été souhaitée, la réalité est bien différente, car nous avons pu constater tout au long de cette étude la complexité du rapport Constitution et droit international. Cette complexité se présente sous la forme d'une dialectique entre uniformité d'un droit estimé universel et la particularité de chaque Constitution nationale.

En dehors de cette homogénéisation face aux droits de l'homme, nous avons une hétérogénéité des relations entre les composants du droit international et les Constitutions de chaque Etat sud-américain.

Ces différences sont multiples et à divers degrés. Ainsi, dans la conclusion des traités, la différence entre les Constitutions sud-américaines ne réside pas tant sous la forme comme sous le fond. En effet, l'intégralité des Etats sudaméricains ont au sein de leur corps constitutionnel des clauses qui prévoient les compétences accordées à chaque branche du pouvoir publique ; la répartition de compétences « classique » est ainsi respectée. Le degré de différence de l'approche qui a la Constitution National de chaque état du droit international conventionnel en ce qui concerne la formation des traités est donc moindre.

Nous avons pu remarquer que le degré de différence s'accroît lorsque la Constitution nationale ne prévoit pas clairement sa position face à un élément du droit international. Face au silence constitutionnel ce sont les méthodes d'interprétation utilisés par les juges nationaux qui vont décider du statut qui sera octroyé au droit international.

Dans l'ordre juridique international, les différentes méthodes utilisées par les organes juridictionnels pour dégager le sens des règles conventionnelles a permis d'identifier un certain nombre de points communs. A cet égard, il est remarquable l'apport fait par la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Malgré les efforts fournis par le droit international pour avoir un système d'interprétation uniforme sur les règles du droit international conventionnel et non conventionnel, au sein des Etats sud-américains, ils subsistent de particularismes méthodologiques perceptibles à travers les différentes pratiques interprétatives juridictionnelles qui peuvent être ressentie comme un facteur de division en la matière. Ces particularismes mettent ainsi à jour des différences importantes dans la technique interprétative employée par les juges sud-américains et ces différences peuvent modifier sensiblement le statut du droit international au sein de la Constitution nationale des Etats.

Ainsi, nous avons également pu constater que -encore une fois- à des degrés et sur des sujets différents, les juges sud-américains se caractérisent pour défendre prétentieusement le système au sein duquel ils exercent en dépit des normes qui font partie d'un corps juridique plus vaste.

Enfin, on ne saurait nier que les rapports entre les constitutions sud-américaines et le droit international se caractérisent pour leur dynamisme. Ce dynamisme est imposé par le besoin d'échange de chaque Etat sud-américain et bien que ce dynamisme ne soit pas homogène, ni toujours dans le sens d'une internationalisation des constitutions sud-américaines mais plutôt dans le sens d'une constitutionnalisation de certains éléments du droit international, il a permis -d'une façon totalement autochtone- au droit international de trouver une place plus convenable au sein des constitutions sud-américaines.

BIBLIOGRAPHIE

I. Monographies, Manuels

ABRÃO Paulo, “ A Lei de Anistia no Brasil. As alternativas para a verdade e a justiça”. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, no 1, 2011.

ALADI, “Informe del secretario general sobre la evolución del proceso de integración regional durante el año de 2003”, Asociación latinoamericana de integración, SEC :di, No 1832, Montevideo, Abril 2004.

ALCANTARA SAEZ Manuel, “De la democracia en América Latina al comenzar el siglo XXI” Universidad de Alcalá. Centro de iniciativas de cooperación al desarrollo y servicio de publicaciones.2003. [en ligne] <http://hdl.handle.net/10017/7738>.

ALMIRON PRUJEL María Elodia, “ Constitución y Derechos Humanos”. Asuncion : Intercontinental, 2004.

ÁLVAREZ LONDOÑO Luis F, “Derecho Internacional Público”, Cuarta Edición, Ed. Javegraf de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

ARAUJO Joao Hermes Pereira, “A processualística dos atos internacionais”. Rio de Janeiro: Ministerio das Relações Exteriores, 1958

ARAÚJO Luiz Ivani de Amorim, “ Da globalização do direito internacional público: os choques regionais” Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ARTIGAS Alvaro, « Amérique du Sud : les démocraties inachevées ». Armand Colin, Paris. 2005.

AYALA Natalia, « Derechos Humanos y globalización. Un análisis preliminar para América Latina ». Documentos de discusión global. 3 de Julio 2003. Montevideo Uruguay.

AUBY Jean-Bernard, « La Globalisation, le droit et l'état ». LGDJ Lextenso éditions. 2010 Paris.

BAFOIL François, « Traduction du texte établissant le "Consensus de Washington" Critique internationale - n°32 – juillet / septembre 2006 en ligne : <http://www.ceri-sciences-po.org>

BARBERIS J.A, « Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine ». Recueil des Cours. 1992 IV. Académie de droit international de la Haye.

BELAUNDE Victor Andres, “La constitución inicial del Perú ante el derecho internacional” Fondo editorial UNMSM. Tercera edición 1997, Lima.

BELUCHE Olmedo, “Unidad latinoamericana Utopía Bolivariana o posibilidad real ? : a 180 años del Congreso Anfitriónico de Panamá. Colección Ideas Claves”. Gobierno Bolivariano de Venezuela, Ministerio de Comunicación e información. 2006.

BERGE Jean-sylvestre, « L'application du Droit national, international et Européen ». Dalloz 1^{re} Edition 2013.

BERNARD Marie-Julie et CARROUD Michel, « Justice et démocratie en Amérique Latine ». Centre d'études et de recherche sur le droit et l'administration publique. Presses universitaires de Grenoble, 2005.

BERRAMDANE Abdel khaleq, « La hiérarchie des droits. Droits internes et droits européens et internationaux ». L'harmattan Paris 2002.

BIDART CAMPOS German, “El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas”, Buenos Aires, Editor, 2003,

BISCARETI DE RUFFIA Paolo, “Derecho constitucional”. Madrid, tecnos, 1982

BODIN J, « Les six livres de la république ». Paris, 1583, édition facsimilée Aalen : Scientia 1961.

BREWER-CARIAS Allan, “Leyes de amparo en América Latina. Volumen I”. Primera edición, Scrom. México 2009.

BROTONS Antonio Remiro et RIQUELME CORTADO Rosa, “Derecho internacional”, Madrid, editorial McGraw-Hill, 1997.

BUSTAMANTE Gilberto et RIVERA Jorge, “ Los actores de la política exterior : el caso del Congreso Nacional en Chile”. *Polis* [En línea], 28 | 2011, Publicado el 15 abril 2012, consultado el 22 enero 2018. URL : <http://journals.openedition.org/polis/1308>.

CACHAPUZ DE MEDEIROS Antonio, “O poder de celebrar tratados : competência dos poderes constituídos para a celebração dos tratados à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro”. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor.p. 481.

CAN, “35 años de integración económica y comercial. Un balance para los países andinos” Secretaria General, Comunidad Andina de Naciones, Lima 2004.

CARREAU Dominique et MARRELLA Fabrizio, « Droit international », 11ème édition, éditions pédone 2012. Paris 2012.

CEPAL, “EL regionalismo abierto en América Latina al servicio de la transformación productiva con equidad” Santiago de Chile, 28 enero 1994.

CHOQUE ALDANA Marlene, “Democracia directa y participación en la nueva constitución política del estado”. Instituto internacional para la democracia y la asistencia electoral (IDEA internacional), La paz, Bolivia 2009

COHEN Elie, « La tentation hexagonale. La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation ». Librerie Arthème Fayard, 1996.

CONSTANTINESCO Vlad et PIERRE-CAPS Stéphane, « Droit constitutionnel ». Presses Universitaires de France. 2004.

COUFFIGNAL Georges, « La nouvelle Amérique Latine, laboratoire politique de l'occident ». Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, para el periodo de transición, “el nuevo constitucionalismo en América Latina”. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, “Comentario a la Constitución. Tomo III. Homenaje al Décimo Quinto Aniversario”. Asunción – Paraguay 2007 .

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, “Constitución de la Nación Argentina: publicación del Bicentenario”. Biblioteca del Congreso de la Nación, Biblioteca Nacional. 1ra Edición Buenos Aires, 2010.

CORT Jean-Pierre et PELLET Allain, « La charte des Nations Unies, Commentaire article par article ». Editorial Economica, Paris 1991.

COSTA L. A. Podestá, “Derecho internacional público” Buenos Aires: Tipográfica Ed. Argentina, 1955.

CYPHER James, “Estado y Capital en México : políticas de desarrollo desde 1940”. Siglo veintiuno editores s.a 1992.

DALI Jazi (et autres), « Constitution et Droit International ». Académie Internationale de Droit Constitutionnel. Recueil des Cours Volume 8. Centre de publication universitaire 2000.

D’ARAUJO GABSCH Rodrigo, “Aprovação interna de tratados internacionais pelo Brasil. Possíveis opções para acelerar seu processo”, Ed. Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federativa de Brasil y Fundación Alexandre de Guzmán, Brasilia, 2010.

DABENE Olivier, « Amérique Latine, la démocratie dégradée ». Editions complexe 1997.

DE LA REZA German A, « Les nouveaux défis de l’intégration en Amérique Latine ». L’harmattan, 2010. Paris.

DE SENARCLENS Pierre, « La mondialisation: Théories, enjeux et débats » troisième édition, éditions Dalloz, Paris 2002.

DE SENARCLENS Pierre, « La mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales ». Armand Colin, Paris. 1998.

DE SENARCLENS Pierre, « Les frontières dans tous leurs états les relations internationales au défi de la mondialisation ». Organisation internationale et relations internationales 65. Bruxelles établissements Emilie Bruylant 2009.

DEL CABO Antonio, “Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa”. Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello editores, Publicaciones Universidad de Alicante 2000.

DE VISSCHER Paul, « Cours général de droit international public », Recueil des cours de l’académie du droit international, RCADI, 1972, Vol.136.

DEBBASCH Odile, « Les juridictions françaises et les principes généraux du droit ». Mélanges Boulouis, Revue l’Europe et le Droit,1991.

DELMAS-MARTY Mireille, « Trois défis pour un droit mondial » Editions de Seuil, Paris, novembre 1998.

DELMAS-MARTY M. et BREYERS S, « Regards croisés sur l’internationalisation du droit France – Etats Unis ». Paris, Société de législation comparée. 2009.

DEL RIO Andrés, “ Dictadura, democracia y justicia transicional en Brasil: trayectorias y legados del Supremo Tribunal Federal”. Associação Brasileira de ciencia política. 2010.

DRI Clarissa, « La Construction du parlement du Mercosur. Régionalisme et démocratie en Amérique du Sud ». DBIT s.a. département promoculture-larcier.2014.

DUPUY Pierre-Marie, « Droit international public », Paris, Dalloz, 2012.

DUPUY Pierre-Marie, « L’unité de l’ordre juridique international », Recueil des cours de l’Académie du droit international, RCADI, 2000, Vol. 297.

DUPUY pierre-Marie et KERBRAT yann, « Droit international public ». Edition Dalloz, 13ème édition. Paris 2016.

EISEMANN Pierre-Michel et PAZARTZIS Photini, « La jurisprudence de la cour internationale de justice ». Editions Pedone, Paris 2008.

ESTRADA VELEZ Sergio Ivan, « Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad”, Medellin – Colombia, Universidad de Medellin, 2006.

FAJARDO Luis Andres, “La influencia del sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el derecho constitucional colombiano-Marco teórico”. Revista colombiana de Derecho Internacional, No. 12 Bogotá Enero/junio 2008.

FAUNDEZ LEDESMA Hector, “ El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales”, San José, instituto interamericano de Derechos Humanos, 2009.

FIX-ZAMUDIO Hector, “El derecho internacional de los derechos humanos en las CONstituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.Revista latinoamericana de Derecho. Año I, Num 1 Enero-junio de 2004 pp 141-180.

FOCSANEANU Lazar, « Les cinq principes de coexistence et le droit international ». Annuaire français de droit international, Année 1956. VOI 2. Numéro 1 pp.150-180.

FORTAS Anne-Catherine, “ La surveillance de l’exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’homme », Paris, Pedone, 2015.

FREGOSI Renée, « Parcours transnationaux de la démocratie, Transition, consolidation, déstabilisation ». Collection Amérique Latine – Europe No. 2. Editions scientifiques internationales, Bruxelles 2011.

GAIRIN-CALVO Damien, « La Bolivie, un état pluri-autonomique ». Global local forum, le dialogue des territoires disponible en ligne http://www.feram.org/upload/pdf/La_Bolivie_comme_Etat_pluri_autonomique_2016041611563_2_BOLIVIE__copie.pdf

GARCIA-PELAYO Manuel, “ Derecho constitucional comparado”. Madrid. Alianza editorial, 1984.

GARRETON Antonio, “Reconstruir la política, transición y consolidación”. Democracia en Chile, Santiago. Andante 1987.

GIACALONE Rita, “La integración regional en la historia”. Conferencia inaugural en el Congreso de Historia Regional y local, San Cristobal, Estado Tachira, Venezuela, 25 de septiembre de 2002.Biblioteca digital Andina.

GUILLAUME Gilbert, « La cour internationale de justice à l’aube du XXIeme siècle ». Editions Pedone, Paris 2003.

GUTIERREZ Walter, “La constitución comentada tomo I. Análisis artículo por artículo” Segunda edición. Gaceta jurídica. Miraflores, 2013.

GOODWIN-HILL Guy, “Elecciones libres y justas. Derecho internacional y práctica” Unión Interparlamentaria; Ginebra, Suiza, 1994.

HANSBURY Elise, « 1. Le jus cogens : sa nature et l’identification de ses normes IN : le juge interaméricain et le « jus cogens » » [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2011. Disponible sur internet : <<http://books.openedition.org/iheid/388>>. ISBN : 9782940415892. DOI : 10.4000/books.iheid.388.

HASBURY Elise, « 3. Des conséquences de la finalité : révélation du contenu matériel des normes impératives de droit In : le juge interaméricain et le « jus cogens » » [en ligne]. Genève : Graduate Institute Publications, 2011. Disponible sur internet : <<http://books.openedition.org/iheid/390>>. ISBN : 9782940415892. DOI : 10.4000/books.iheid.390

HASS Ernst, “Beyond the nation-state. Functionalism and international organization”. Stanford : Stanford university press. 1964.

HENNEBEL Ludovic et TRIGOUDDJA Helene, « Le particularisme interaméricain des droits de l’homme. En l’honneur du 40^e anniversaire de la convention américaine des droits de l’homme » Editions A. Pedone, Paris 2009.

HENZELIN Marc, « Le principe de l’universalité en droit pénal international : droit et obligation pour les états de poursuivre et juger selon le principe de l’universalité », Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000.

HERSCH Jeanne, « Le droit d’être un homme. Anthologie mondiale de la liberté » Paris, JCL/Unesco, 1990.

IZAM Miguel, “ Análisis comparativo de algunos acuerdos de integración latinoamericanos”. Santiago de Chile, CEPAL. 1993.

JACOME Francine, “Evolución/involución de la democracia en América Latina” Ildis Instituto latinoamericano de investigaciones sociales. Caracas Venezuela Septiembre de 2010.

JAFFRELOT Christophe, “Démocraties d’ailleurs ” Editions Karthala, 2000.

JIMENEZ DE ARECHAGA Eduardo, “Curso de derecho internacional público” Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1959.

KOLB Robert, « La bonne foi en droit international public, contribution à l'étude des principes généraux de droit » Publications de l'institut universitaire de hautes études internationales. 1^{re} édition, Paris 2000.

KOLB Robert, « Théorie du *ius cogens* international : essai de relecture du concept », Paris, presses universitaires de France, 2001.

LAUTIER Bruno, « L'état providence en Amérique Latine : Utopie légitimatrice ou moteur du développement ? ». L'Amérique Latine : vers la démocratie. Editions complexe, 1993.

LEBRETON Gilles, « La démocratie participative : enjeux et réalités (France, Brésil, Chine, Suisse, Union Européenne) ». L'Harmattan, 2013.

LEZCANO CLAUDE Luis, “El control de constitucionalidad en el Paraguay”. Asunción, La Ley Paraguaya, 1^a ed., 2000.

LISSIDINI Alicia, “Democracia directa en Latinoamérica : entre la delegación y la participación.” 1a ed.- Buenos Aires : Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales- CLACSO, 2011

LORENTZ Adriane et MELO Claudia, “Supranacionalidade no MERCOSUL”. Curitiba: Jurua, 2001.

MADRID-MALO Mario, “Constitucion Política de Colombia comentada por la Comision Colombiana de Juristas. Preamble, Título I de los principios fundamentales, Título XIII de la reforma de la constitución”. Impreandes-Prsecensia. Bogota, 1998.

MADRID-MALO Mario, « Dictionario básico de términos » Editorial Legis. Septiembre 1994.

MAILLARD DESGREES DU LOU Dominique, « Les évolutions de la souveraineté ». Collections grands colloques, éMontchrestien, E.J.A 2006.

MARQUES-PEREIRA Bérengère, « L'Amérique Latine : vers la démocratie ? ». Editions Complexe, 1993.

MARTIN Arnaud, « Le glaive et la balance. Droits de l'homme justice constitutionnelle et démocratie en Amérique Latine ». L'harmattan, 2012.

MARTIN Arnaud, « La mémoire et le pardon, les commissions de la vérité et de la réconciliation en Amérique Latine ». L'harmattan, 2009.

MARTIN ARRIBAS Juan José, "Derecho Internacional bases y tendencias actuales". Etinemea, Madrid, 2007.

MENEZES Wagner, "Derecho internacional en América Latina". Traducción de Ana Carolina Izaga de Senna Ganem. Fundacion Alexandre de Gusmao. Ministerio de relaciones exteriores. Brasilia DF. 2010.

MELLO Celso, "Direito constitucional Internacional : Uma introdução: (constituição de 1988 revista em 1994)". Rio de Janeiro, Renovar, 2003

MELLO Celso D. de Albuquerque, "Direito Internacional Americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica" Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

MENDEZ CHANG Elvira, "El control parlamentario de las atribuciones del presidente en la celebración de convenios ejecutivos internacionales". Fondo editorial de la PUCP. Lima 1999

MONROY CABRA Marco Gerardo, "Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional. Colección textos de jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2007.

MINISTERIO PUBLICO FISCAL DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES, "diálogos : el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados", Buenos Aires, Eudeba, 2013.

NINO Carlos Santiago, "Fundamentos de derecho constitucional", Astrea. Buenos Aires. 1992

NOHLEN Dieter, et ZOVATTO Daniel, et OROZCO Jesús et THOMPSON José, « Tratado de derecho electoral comparado de América Latina». Instituto interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, internacional IDEA, Tribunal electoral del poder judicial de la Federación, Instituto federal electoral. México 2007.

NU CEPAL, “La integración regional : hacia una estrategia de cadenas de valor inclusivas”. Periodo de sesiones 35; Lima, Perú: 5 -9 mayo 2014.

OCAMPO José Antonio, “ Un futuro económico para Colombia”. CEPAL. Agosto 2001.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Los caminos diferenciados de la democracia en América Latina / Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Plural.PNUD”, OEA, 2011.

OST François, “Mondialisation, globalisation, universalisation. Le droit saisi par la mondialisation ». Collection de droit international, Bruylant 2001.

PARINI Lorena, “ Etats et mondialisation : stratégies et rôles”. L’harmattan, 2001.

PEELER John, “ Building democracy in latin America”. Boulder et Londres, lynne Rienner Publishers, 1998.

PELLET Alain, « Le droit international entre souveraineté et communauté ». Editions pedone, Paris, 2014.

PEROTTI Alejandro Daniel, “Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur. TOMO I: uruguay y Argentina”. Programa estado de derecho para Suramerica, Universidad Austral facultad de derecho, Montevideo, 2004.

PEROTTI Alejandro Daniel, « Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del Mercosur. TOMO II: Uruguay y Argentina ». Programa estado de derecho para Suramérica, Universidad Austral facultad de derecho, Montevideo, 2004.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “La democracia en América Latina : hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos : contribuciones para el debate.” – 1ª. ed. – Buenos Aires : Aguilar, Altea, Alfaguara, 2004.

BANDEIRA GALINDO George, “Protección multinivel de derechos humanos. Manual”. Dhes. Red de derechos humanos y educación superior. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2013.

OCAMPO José Antonio, “La historia y los retos del desarrollo latinoamericano”. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) Santiago de Chile, noviembre de 2012.

RAMELLI ARTEAGA Alejandro, “ La constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario”. 2da Edición. Universidad externado de Colombia. 2003.

REUTER Paul, « Introduction au droit des traités » . 3me édition, presses universitaires de France. Paris, 1995.

REY CANTOR Ernesto, “Celebración y jerarquía de los tratados de derechos humanos (Colombia y Venezuela)”. Universidad Católica Andrés Bello. Primera edición 2007.

REY CANTOR Ernesto, “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, Mexico, Porrúa, 2008.

RIDRUEJO Pastor, « Cours général de droit international public ». RCADI, 1998

ROSATTI Horacio, “ Propuesta de reforma constitucional en materia de gestión internacional de las provincias. Modificación al actual artículo 107 de la constitución nacional”. Convención nacional constituyente. 24 de junio 1994.

ROUQUIE Alain, « A l’ombre des dictatures la démocratie en Amérique Latine ». Editions Albin Michel, 2010.

SAINZ BORG Juan Carlos, “El derecho internacional y la constitución de 1999”. Caracas, Serie: trabajo de ascenso Nro. 6, Universidad central de Venezuela. 2006.

SANTULLI Carlos, « Le statut international de l’ordre juridique étatique. Etude du traitement du droit interne par le droit international ». Editions Pedone, Paris 2001.

SAURUGGER Sabine, « Théories et concepts de l’intégration européenne ». Paris, presses de sciences po, 2010.

SCHMITZ Thomas, « L’intégration dans l’Union supranationale. Le modèle européen d’organisation du processus d’intégration géo-régionale et ses implications juridiques et théoriques ».2001 disponible en ligne http://www.iuspublicum-thomas-schmitz.uni-goettingen.de/Downloads/Schmitz_UnionSupran-Resume.pdf.

SEALL-SASIAIN Jorge, “Referéndum, Iniciativa Popular y Democracia Participativa: Limitaciones Constitucionales y Legales para su Efectiva Aplicación” en Anales de Legislación Paraguaya Asunción: Ed. La Ley, Año 8, Marzo 2006, N° 3, p. 1

SEPULVEDA Cesar, “Transformación y desarrollo del derecho internacional en Mexico y en la América Latina (1900-1975)”. Instituto de investigaciones jurídicas, 1998. Biblioteca virtual de l’UNAM.

SERBIN Andrés, “Regionalismo y Soberanía nacional en América Latina: Los nuevos desafíos”. CRIES Coordinadora regional de investigaciones económicas y sociales. Buenos Aires, Septiembre 2010.

SERRANO GUZMAN Silvia, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos”, Mexico, Comision Nacional de los Derechos humanos, 2015.

SHAW Felix Fernandez, “La Organización de Los Estados Americanos (O.E.A.): una nueva visión de América.” 2. ed. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1963.

SPYKMAN N. J, “America ’s Strategy in World Politics” Nueva York, Hardcourt Brace, 1942.

TIGROUDJA Hélène et PANOUSSIS Loannis, « La cour interaméricaine des droits de l’homme ». Editions Bruylant , Belgique 2003.

TOMASSINI Luciano, “La política internacional en un mundo postmoderno. Programa de estudios conjuntos sobre las relaciones internacionales de América Latina”. Grupo editor latinoamericano.” Colección estudios internacionales. 1ra edición Argentina 1991.

TOCQUEVILLE Alexis, « De la démocratie en Amérique, Tome I », Gallimard, folio historie 1986.

TOURARD Hélène, « L'internationalisation des constitutions nationales »Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, tome 96, Paris, L.G.D.J., 2000.

VILLARROEL Dario, “Derecho de los tratados, en las Constituciones de América”. México DF: Porrúa, 2004.

WELP Yanina et LISSIDINI Alicia, “Democracia directa, poder y contrapoder. Análisis del referendo del 21 de febrero de 2016 en Bolivia” .Zurich open repository and archive, Univesity of Zurich. 2017.

YEPES Jesús María, “ La contribution de l'Amérique Latine au développement du droit international public et privé », Recueil des cours de l'Académie du droit international, RCADI, 1930, Vol. 32.

YEPES Jésus Maria, « Philosophie du panaméricanisme et organisation de la paix ». Editions de la Baconnière, Paris/Neuchâtel 1945

II. Ouvrages collectifs et Mélanges

ALBANESE Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y l constitucionalización del derecho internacional”, *in* ALBANESE Susana (coord.), *el control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp.15-44.

ALTMANN BORBON Josette, “Integración en América latina: crisis de los modelos regionales y ausencia de certidumbres” *in*: la integración latinoamericana, visiones regionales y subregionales.

Editorial Juricentro, observatorio para las relaciones Europa-América Latina, San jose, costa rica 2008.

AUBERT Jean-François, « Le Référendum populaire dans la révision totale de 1872/1874 », *in* : revue de droit suisse, vol. 93 (1974) n°I, pp. 409-431

BARBERIS Julio, « Les règles spécifiques du Droit international en Amérique latine », *in* Collected courses of the Hague Academy of International Law, Volume 235 Boston 1992.

BIZZOZERO Lincoln, “América latina a inicios de la segunda década del siglo XXI: entre el regionalismo estratégico y la regionalización fragmentada”. Revista Brasileira de política internacional Vol 54 no.1. Brasilia 2011.

BONILLA HERNANDEZ Pablo Andrés, “Breves apuntes jurisprudenciales y de derecho comparado en torno al control de constitucionalidad de los tratados internacionales”. *In* Anuario de derecho constitucional latinoamericano 17 ano. Konrad Adenauer Stiftung 2011.Uruguay.

BOTANA Natalio. Dimensiones históricas de las transiciones a las democracias en América Latina. *in* Contribuciones para el debate. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) la democracia para América Latina; Buenos Aires Argentina 2004.

BREGAGLIO LAZARTE Renata, “ La protección multinivel de derechos humanos en el Perú.” *In* Manual : protección multinivel de derechos humanos. Universitat Pompeu Fabra Barcelona 2012

CACHAPUZ DE MEDEIROS Antonio P, “Governança e formação da vontade estatal para celebrar tratados nas Constituições dos Países da América Latina”, *in* *I Encontro de Juristas da América Latina e do Caribe, Volume VI Reflexões*, Brasilia, 2010, págs. 7-26.

CARA Jean-Yves, « Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice » in Les principes généraux du droit : droit français, droits des pays arabes, droit musulman, colloque de Beyrouth, octobre 2001. Bruylant, Bruxelles 2005.

CARAVOZZI Marcelo, “Mas allá de las transiciones a la democracia en América Latina”. Revista de estudios políticos (Nueva Época). Número 74. Octubre-diciembre 1991. Pags 20-35.

CARDONA LLORENS Jorge, “La autorización parlamentaria de los tratados: los primeros seis años de práctica constitucional”, *VII Anuario de Derecho Internacional*, 1983-1984, págs. 113-144.

CARPIO MARCOS Edgar, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”. *in* Cuestiones constitucionales. Num 3, Julio-diciembre 2000.

CASSIN René, « La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l’homme », Recueil des cours de l’Académie du droit international, RCADI, 1951-II. Vol 79.

CHAYET Claude, « Les accords en forme simplifiée ». *In: Annuaire français de droit international*, volume 3, 1957.

CEA EGANA Jose Luis, “Evolución del derecho constitucional en América Latina 1980-2000”. *in* Revista de derecho CEA : *evolución del derecho constitucional*. Volumen XII 2001.

COHEN Jonathan, « La coutume local », *In* Annuaire français de droit international. Année 1961, volume 7 número 1.

COSSALTER Philippe, « La dignité humaine en droit public français: l’ultime recours ». *in* 9^{ème} conférence-débat du Centre de droit public comparé. Université Panthéon-Assas Paris II, 30 octobre 2014.

DE FROUVILLE Olivier, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international. Les droits de l’homme ont-ils constitutionnalisés le monde ? ». *in* Collection droit de la convention européenne des droits de l’homme dirigée par Frédéric Sudre. Editions Bruylant décembre 2011.

DE VISCHER Paul, “Les tendances internationales des constitutions modernes”, in Recueil des Cours Collected Courses of the Hague Academy of International Law, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., vol. 8, p. 520. Cita de Ridruejo, J., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9^ª ed., Madrid, Tecnos, 2003,

DELAS Olivier, « Vingt ans après : que reste-t-il du modèle communautaire d’intégration ? » *In* : Revue québécoise de droit international, hors-série décembre 2012. Atelier Schuman 2012. Les 20 ans de l’Union européenne, 1992-2012.

DOPAGNE Frédéric, « Les exceptions préliminaires dans l'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002) » (République du Congo c. Rwanda) in : Annuaire français de droit international, volume 53, 2007.

DUPUIGRENET-DESROUSSILLES Guy, « The theory of economic integration » *in* : revue économique, volume 15, n° 1, 1964.

EPINEY Astrid, « Européanisation et mondialisation du droit: convergences et divergences" in Le droit saisi par la mondialisation. Bruylant, 2001.

FABRI RUIZ Hélène et GREWE Constance, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen » *in* Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Edition Pedone.2004.

FERNANDEZ SEGADO Francisco, « Du contrôle politique au contrôle juridictionnel . Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine ». *In* : Annuaire international de justice constitutionnelle, 20-2004,2005.

FERNANDEZ ROZAS J.C, "Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado". *In* Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII jornadas de profesores de derecho internacional y relaciones internacionales, Madrid, BOE, 2000.

GARCÍA ORIJUELA Carlos, "Competencias del Congreso de la Republica, en materia de tratados internacionales". *in* Revista Colombia Internacional. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. p. 148-161.

GARCIA VILLEGAS Mauricio et UPRIMMY YEPES Rodrigo, « La normalisation de l'exceptionnel sur le contrôle juridictionnel des états d'urgence en Colombie ». *in* Justice et Démocratie en Amérique Latine. CERDAP. Presses Universitaires de Grenoble.2005.

GIACALONE Rita, "La integración regional en la historia", *in* Conferencia inaugural en el congreso de Historia Regional y Local, San Cristobal Estado Tachira, Venezuela, 25 de septiembre de 2002, Biblioteca digital andina.

GROS ESPIELL Hector, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *in* Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2002.

GULLIEN Raymond et VINCENT Jean, « Lexique des termes juridiques ». *in* Référendum et plébiscite , essai de théorie générale, Jean Marie DENQUIN, Paris, 1976.

GUTIERREZ ESPADA Cesareo, “Existe el derecho internacional latinoamericano?. La idea de América en el pensamiento Ius Internacionalista del ciclo XXI”.*in* Estudios a propósito de la conmemoración de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas latinoamericanas. IFC 2010. P. 87-105.

HERDEGEN Matthias, “La internacionalización del orden constitucional”, *in* Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010. P 71-81.

HUNTINGTON Samuel, « La tercera Ola ? » *in* la democratización a finales del siglo XX, Barcelona, Paidós, 1994.

ISLAN COLIN Alfredo, “Normas imperativas del derecho laboral de los derechos humanos”. In: Perfiles de las ciencias sociales, año 3, Num. 5, Julio-Diciembre 2015, Mexico UJAT.

IZQUIERDO SANS Cristina, “Intervención Parlamentaria en la Celebración de los Tratados Internacionales en España”, *in* Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Número 4, 2002, págs. 1-46.

JARAMILLO Grace, “Las relaciones internacionales en el proyecto de constitución”. In Análisis nueva constitución, la tendencia revista de análisis político. Instituto latinoamericano de investigaciones sociales, primera edición, quito 2008.

JOUBE Edmond, « Encyclopaedia universalis ». *In* Référendum et plébiscite , essai de théorie générale, Jean Marie DENQUIN, Paris, 1976

KILLIAN Kevin, “La costumbre en el Derecho Internacional”. *In* Lecciones y ensayos, No 93, 2014, Bs As pp 183-206.

LEAL BUITRAGO Francisco, “La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur”, *in* Revista de estudios sociales No. 15. Junio 2003. Pág., 74-87.

LOSING Norbert, “La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay”, **in**: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1ª ed., 2002 .

MANERO Edgardo, « Conséquences du processus de globalisation en Amérique Latine : un regard à partir de la décomposition de la géographie westphalienne ». in La Mondialisation et ses effets : nouveaux débats approches d’Europe et d’Amérique. Collection Changement Social No. 9

MARTINEZ DALMAU Rubén, “La integración en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, **in** Tremolada Álvarez, Eric, Crisis y perspectiva comparada de los procesos de integración, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008.

MEDEIROS Antonio Paulo, “Parecer do consultor jurídico do ministerio das relações exteriores”, 21 março de 2000, in: Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, v. IX (1990-1999)

MONROY CABRA Marco Gerardo, “EL derecho internacional como fuente del derecho constitucional”. **in** ACDI, Bogota, N°1: 107-138, 2008.

MUNCK Gerardo, “Los orígenes y la durabilidad de la democracia en América Latina: Avances y retos de una agenda de investigación”, **in**: *Revista de Ciencia Política*, vol. 30, N°3. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.2010.

NINO Jairo, “Relaciones internacionales de América Latina. Lectura para la configuración de un sentido comunitario eficiente”, **in** Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad, Vol 3 no.2, julio- diciembre 2008 pp 59-89, Universidad Militar Nueva Granada, Bogota Colombia.

NOGUEIRA ALCALA Humberto, “La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas: algunos aspectos relevantes”, **in** Anuario de derecho procesal Constitucional 2010. Asociación colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Bogota, Doctrina y ley 2010.

NOVAK TALAVERA Fabian, “Los tratados y la constitución peruana de 1993”.p 22 in Revista PUCP vol. 13 année 2016 disponible en ligne: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/7133/7333>

OSZLAK Oscar, “El estado democrático en América Latina, hacia el desarrollo de líneas de investigación”, *in* Revista Nueva sociedad No 210 Julio-Agosto de 2007.

ORELLANA Isabel et MARLEAU Marie-Eve, “Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas” *in* Cahiers Dialog, Cahier 2007-02. Síntesis del seminario internacional. Montreal 2007.

PELLET Alain, « lotus que des sottises on profère en ton nom !: remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour Mondiale » *in* Mélanges en l’honneur de Jean-Pierre Puissechet : l’Etat souverain dans le monde d’aujourd’hui, Pedone, 2008, p.215-230

PONTHOREAU Marie-Claire, Trois interprétations de la globalisation juridique approche critique des mutations du droit public *in* L’actualité juridique. Droit administratif, N° 1, 2006, p.20-25.

QUISPE REMON Florabel, “Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo”. In Anuario español de derecho internacional Vol. 28/2012/ 143-183.

REYES MILK Michelle, “El principio de inmunidad de los jefes de estado en actividad y su regulación en el estatuto de roma que crea la corte penal internacional” *in* Agenda internacional, ano XV, No. 26, 2008, pp. 69-106

ROLLA Giancarlo, “La evolución del constitucionalismo en América Latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional” *in* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Numero 16, Enero/diciembre 2012.

RIGAUDIERE Albert, « L’invention de la souveraineté » *in* Revue française d’études constitutionnelles et politiques. No 67. 1re edition Novembre 1993.

RIGAUX François, “Kelsen et le droit international” *in* Revue belge de droit international 1996/2- Editions bruylant, bruxelles.

SABSAY Daniel Alberto, “Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur”. *In* : simposio “process of european and global constiitutionalization” Berlin, 15 mai 1999.Disponible en ligne : <http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art04.pdf>

SBERRO Stephan, "L'intégration régionale en Amérique latine : la mythe de Sisyphe", *Pouvoirs in revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°98, 98 - L'Amérique latine, p.49-61. Consulté le 2016-04-28 10:15:26 .

SEALL-SASIAIN Jorge, "Referéndum, Iniciativa Popular y Democracia Participativa: Limitaciones Constitucionales y Legales para su Efectiva Aplicación" *in Anales de Legislación Paraguaya* Asunción: Ed. La Ley, Año 8, Marzo 2006, N° 3,

SERBIN Andrés, "Regionalismo y Soberanía nacional en América Latina: Los nuevos desafíos" *in CRIES* Coordinadora regional de investigaciones económicas y sociales. Buenos Aires, Septiembre 2010.

STERN Brigitte, « L'état souverain face à la mondialisation. *In* Conférence Quels rôles pour l'état ? » Université de Toulouse 10 Juin 2000.

TAXIL Bérangère, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes » *in* Internationalisation du droit, internationalisation de la justice. 3^{me} congrès Ahjucaf Cours judiciaires suprêmes francophones. 21-23 Juin 2010. Cour suprême du Canada Ottawa.

THWAITES REY Mabel, "Después de la globalización neoliberal: ¿Qué Estado en América Latina?" *in OSAL* (Buenos Aires: CLACSO) Año XI, N° 27, abril 2010.

TIGROUDJA Helene, « Le droit international dans les Etats d'Amérique Latine: regards sur l'ordre juridique argentin » *in* Revue internationale de droit comparé. Année 2008 Volume 60 Numéro 1, Pag. 89-119.

TOMASSINI Luciano, "La política internacional en un mundo postmoderno". In Programa de estudios conjuntos sobre las relaciones internacionales de América Latina. Grupo editor latinoamericano. Colección estudios internacionales. 1^{ra} edición Argentina 1991.

VAN KLAVERE Alberto, "América latina: hacia un regionalismo abierto". Estudios internacionales, Año 25, No. 100, Numero especial Octubre-Diciembre 1992 Chile. Pp 68-79

VARGAS GONZALEZ Pablo, "La consolidación democrática en el fin de siglo en América Latina" *in* Un recuento de la agenda. Revista espiral, Estudios sobre estado y sociedad Vol. V No. 16, Septiembre/ diciembre de 1999.

VARGAS VELARDE Oscar, “Los tratados y la constitución nacional” *in* Revista debate I. Año VII numero 16 abril 2009.

VENGOA Hugo Fazio, “Colombia y América Latina en las relaciones internacionales contemporáneas” *in* Colombia Contemporanea. Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales, Universidad Nacional, IEPRI, ecoe ediciones. Primera edición Santa fe de Bogota D C Octubre de 1996.

VESTRI Gabriel, “La trayectoria constitucional boliviana: entre transformación y desafío jurídico” *in* El estado metodológico de la cuestión. Derecho del Estado n.º 37, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016, pp. 213-228. En ligne: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n37.07>.

III. Artículos de revues

AGO Roberto, “Nouvelles réflexions sur la codification du droit international », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1988, Vol. 92, pp.539-576.

AGUILAR CAVALLO Gonzalo, “La corte suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”. Estudios constitucionales, Año 7, N°1, 2009

AHCAR Sharon, “Procesos de integración regional en América Latina: Un enfoque político”. Revista de economía del caribe, Universidad del Norte, Barranquilla Colombia No.11, pp 17-34.

ALBERTON Ghislaine, « De l’indispensable intégration du bloc de conventionnalité au bloc de constitutionnalité ? » Revue française de droit administratif, Paris, Dalloz, 2005, No. 2, pp. 249-268.

ALLAIN Jean, « Le jus cogens nature of non-refoulement », international journal of refugee law, Oxford, oxford university Press, Vol. 13, No 4, 2002, pp. 533-558.

ALMIRON PRUJET Elodia, “Las múltiples dimensiones de la integración regional: la esencia de los sistemas supranacionales e intergubernamentales”. Revista de investigación en Ciencias sociales y humanidades ACADEMO. Julio- Diciembre 2017. Vol 4 No.2 p70-86

AMAYA VILLARREAL Alvaro Francisco, “El principio pro homine: interpretación extensiva Vs. El consentimiento del estado”, *International law: Revista colombiana de derecho internacional*, Bogota, Universidad Javeriana, 2005, No. 5, pp.337-380.

ANDRADE SANCHEZ Eduardo, “La necesidad de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales”.*Revista de la facultad de derecho de Mexico*, Tomo LXVII, Número 269, Septiembre- diciembre 2017.

ANON CALVETE Juan, “Primacía del derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre”. *Artículos doctrinales. Noticias jurídicas* 23 de febrero de 2016. Disponible en línea: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10895-primacia-del-derecho-de-la-union-europea-a-proposito-de-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre/>

AYALA CORAO Carlos, “ La ejecución de sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, Universidad de Talca, 2007, Año 5, No. 1, pp. 127-201.

BARBE V. et MILLET F, « Contribution à l'étude de l'effectivité de la constitutionnalisation en droit de l'environnement », *R.T.D.H.* n° 78, avril 2009.

BESTER BENITEZ Gisela Maria, “ O controle de constitucionalidade jurisdiccional nos países do Mercosul e a amplitude democrática do acesso a justiça constitucional”. *Análise comparativa no âmbito do direito procesual constitucional*. In *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*.Ed. KAS, montevideo, Uruguay

BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, “El referéndum en la constitución peruana”. *Revista elecciones* (2004) 3, 193.

BRIBOSIA Hervé, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *Belgian Review of international law*, 1996, No.1, pp. 33-89.

BROTONS Antonio, “La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales : el problema de la calificación”. *32 R.E.D.I Madrid*, 1980.

BURGORGUE-LARSEN Laurance, « Chronique d'une théorie en vogue en Amérique Latine, décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité », *Revue française de droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2014, No. 100, pp. 831-863.

CAFLISCH Lucius et CASCADO TRINDADE Antonio, « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 2004, Vol. 108, No. 1, pp.5

CALDAS DE FIGEIREDO Roberto, « O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade no Brasil », Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013, Año XIX, pp. 393-415.

CANO LINARES María Angela, «La unión suramericana de naciones: un ambicioso e innovador proceso de construcción de integración regional». Revista electrónica iberoamericana Vol. 4 no 1;2010. Disponible en ligne: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_4_2010_1/REIB_04_10_Angelines.pdf

CASTELLARIN Emanuel, « Incorporation du droit coutumière et invocabilité dans l'ordre interne (effet direct) », Jurisprudence étrangère intéressant le droit international, Dir, Raphaële RIVIER, Revue général du droit international public, Paris, Pedone 2014, No. 4, tome 118, pp. 949-951.

CASTELO BRANCO Alvaro, « A paradiplomacia como forma de inserção internacional de unidades subnacionais ». PRISMAS: Dir., pol pub e Mundial, Brasília v4, n1 jan/jul 2007

CASTILLA JUAREZ Karlos, « Nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México », Revista de Estudios Constitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Año 9, No. 2, pp. 123 – 164.

DA CUNHA FERRAZ Anna Candida, «Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade». Revistade informação legislativa, Brasília a. 36 n. 142 abr/jun. 1999.

DHOMMEAUX Jean, « Hiérarchie et conflits en DIDH », Annuaire international des droits de l'homme, Bruxelles, Bruyant, 2009, pp. 37-70.

DOBOVSEK José, « Inclusión de los tratados en el derecho Argentino ». Revista AEQUITAS, vol. 6, Número 6 2012.

DE LA REZA German, « Le régionalisme ouvert latino-américain : Un essai d'interprétation systémique ». Cahiers des Amériques Latines, 75. 2014, pp. 32-64

ESPERON Alicia, “La participación ciudadana en la descentralización de Montevideo : Aprendizajes y reflexiones desde los noventa”. Revista Uruguaya de Ciencias Políticas Vol. 17 No. 1 Montevideo diciembre 2008.

ESPINDOLA Ruy Samuel, “Democracia participativa: auto-convocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro)”. Revista técnica N.5 jan/jun 2014.

FAJARDO Luis Andrés, “ La influencia del sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el derecho constitucional colombiano-Marco teórico”. Revista colombiana de Derecho Internacional, No. 12 Bogota Enero/junio 2008.

FERNANDEZ MALDONADO Guillermi, “Los tratados internacionales y el sistema de fuentes de derecho en el Peru”. Derecho, N° 43-44, diciembre 1989 -Diciembre 1990.

FERNANDEZ SEGADO Francisco, “Evolución histórica y modelos de control constitucional”. Revista pensamiento constitucional, ano IV numero 4 Peru, 2012

FERRER MAC-GREGOR Eduardo, “interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. EL nuevo paradigma para el juez mexicano”, Revista de Estudios Cosntitucionales, Talca, Universidad de Talca, 2011, Ano 9, No. 2, pp.531-622.

FIX-ZAMUDIO Héctor, “ El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la corte interamericana de derechos humanos”, Revista Latinoamericana de Derecho, México, 2004, Ano 1, No.1, pp. 141-180.

FOCSANEANU Lazar, « Les « cinq principes » de coexistence et le droit international » Annuaire français de droit international, Année 1956. VOI 2. Numéro 1 pp.150-180.

GAMBOA SERAZZI Fernando, “La reserva de los tratados en Chile y la participación parlamentaria”. Ius et praxis ano 7 n° 2 : 461-468. 2001.Talca, Chile

GARCIA-CORROCHANO Luis, “ Las normas internacionales y la Constitución. Reflexiones a veinte años de la vigencia de la Constitución política de 1993”. Agenda internacional ano XX, No. 31, 2013.

GARCIA RAMIREZ Sergio, “ El control judicial interno de convencionalidad”, Revista Ius, Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2011, No. 28, pp. 123-158.

GERARD COHEN Jonathan, « L'Arbitrage Texaco-Calasiatic contre le gouvernement Lybien ; décision au fond su 19 janvier 1977 » *Annuaire français de droit international* Article, no 1, Vol 23, P. 452-479.

GOMEZ PINTO Luis Ricardo, “ El control constitucional en Colombia: Sobre el inhibicionismo de la Corte Constitucional en los 100 anos del control de la acción publica”, *Vniversitas*, 2011, No. 122, pp. 174-177.

GONZALEZ RISSOTO Rodolfo, “La democracia directa en Uruguay”. *Revista de derecho electoral, Tribunal supremo de elecciones*, N°6, segundo semestre 2008.

GRAU Eros Roberto, « L'évolution du contrôle de constitutionnalité au Brésil ». *Cahiers du Conseil Consitutionnel* N° 26, aout 2009.

HAMON Francis, « Le référendum. Droit constitutionnel et institutions politiques ». *Document d'études* No. 1.21 édition 2007. la documentation française.

HENRIQUEZ VINAS Miriam lorena, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”. *Estudios constitucionales*, Ano 6, N° 2, 2008

HERDEGEN Matthias, “La internacionalización del orden constitucional” *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Ano XVI, Montevideo, 2010. P 71-81.

HIGHTON Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. In : *Investigaciones*. Instituto de investigaciones y de referencia extranjera, Corte Suprema de Justicia de la Nación República Argentina. Buenos Aires, 2013. Disponible online: <https://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2013.pdf>

HITTERS Juan Carlos, “ Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *Revista de Estudios constitucionales*, Talca, Universidad de Talca, 2009, Ano 7, no. 2, pp. 1109-128.

LEAL BUITRAGO Francisco, “ La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur”. *Revista de estudios sociales* No. 15. Junio 2003.

LEZCANO CLAUDE Luis, “La reforma constitucional en el Paraguay”. *Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, voir en ligne: <https://revistas->

colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30250/27306.

LE BOT Olivier, « Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe ». Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2013/3 (N°40).

LONDONO Carlos Enrique, “La apertura económica en Colombia”. Revista Pensamiento humanista No. 4. Universidad pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia.

MAREK Krystyna, « les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI », Revue générale de droit international public, Paris, Pedone, 1962, Vol. 66, pp. 260-298.

MILANO Laure, « Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne ». Revue trimestrielle des droits de l’homme 76/2008.

NUNEZ DONALD Constanza, “Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales”, Anuario de Derechos Humanos, 2015, No. 11 pp. 157-169.

NOLTE Detlef et MIJARES Victor, “ La crisis de Unasur y la deconstrucción de Sudamérica. Periódico el espectador, 23 de abril de 2018. Disponible en ligne: https://www.researchgate.net/publication/325153950_La_crisis_de_Unasur_y_la_deconstruccion_de_Sudamerica.

O’DONNELL Guillermo, « Delegative democracy” Journal of democracy 5, Janvier 2014.

OYARTE MARTINEZ Rafael, “ El control de constitucionalidad de los tratados internacionales”. In Iuris dictio revista de derecho, Vol 4. Num.7 2003.

PELLET Alain, « Remarques sur une révolution inachevée, le projet d’articles de la commission du droit international sur la responsabilité des Etats », Annuaire français de droit international, Paris, CNRS, 1966, Vol. 42, pp. 7-32.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public ». L’actualité juridique. Droit administratif, N° 1, 2006, pp 4-22.

RAMELLI ARTEAGA Alejandro, “EL control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia”. Revista Derecho del Estado, n°20, diciembre 2007.

RISSOTO GONZALEZ Rodolfo, “La democracia directa en Uruguay”. Revista de derecho electoral. Tribunal supremo de elecciones No6, segundo semestre del 2008.

ROJAS MOLINA Santiago, “Derechos contra la realidad: poder y derecho internacional en la consolidación temprana de los estados en Latinoamérica”. Revista latinoamericana de Derecho Internacional, número 4 del 30/05/2016.

SANCHEZ RODRIGUEZ Ignacio, “ el proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y practica)” international law association (sección quinta) Madrid, 1984.

SANTANDER Sebastian, « Globalisation, gouvernance et logiques régionales dans les Amériques » Cahiers du GELA-IS, No. 3-4, 2004

SILVA JIMENEZ Ana María, “Hacia una democracia participativa (II parte) Teoría participacionista de la democracia”. Revista de derecho (valdivia) v.8 n.1 Valdivia Dic. 1997. Version on-line. Universidad Austral de Chile.

SORENSEN M, « principes de droit international public », RCADI, vol. 101, 1960.

SAGUES Nestor Pedro, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la “constitución convencionalizada””, Anuario Parlamento y constitución, 2011, no. 14, pp. 143-152.

TOUFEKSIAN Mara, “El congreso y la celebración de convenios internacionales por parte de las provincias argentinas y la ciudad de Buenos Aires”. Revista de derecho parlamentario Número 15, 01-03-2013.pp. 15-32.

VALDIVIESO Patricio, “Congreso Nacional y política exterior chilena. Estado actual y algunas propuestas”. *Estudios Internacionales*, 158 (septiembre-diciembre): 149-177 2007.

VASQUEZ LEZAMA Paula, “El Caracazo veinte años después”. Revista cuadernos metropolitanos de la universidad metropolitana. Venezuela 2013

IV. Thèses

ALTUNA GARCIA Ismenia, “ La convención de Viena sobre tratados y su aplicabilidad en Venezuela”. Tesis de grado. Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de ciencias políticas, administrativas y sociales escuela de derecho. Maracaibo, abril del 2004.

CATALDI María Eva, “Competencias de los poderes legislativo y ejecutivo en la aprobación de tratados internacionales, tratados formales vs. Acuerdos ejecutivos”. Instituto de capacitación parlamentaria, diplomatura en gestión legislativa. Tesis de grado. Julio de 2016

DIAZ TOLOSA Regina Ingrid, “ Reconocimiento del ius cogens internacional en el ordenamiento jurídico chileno”. Tesis de grado. Pontificia universidad católica de Chile. Santiago de Chile, Marzo 2013.

FLORES CALDERON Pamela Beatrice et HERNANDEZ BAHAMONDES Karin,” El tribunal constitucional, el control de constitucionalidad y el control preventivo obligatorio con posterioridad a la reforma constitucional el año 2005”. Tesis de grado, Universidad de Chile. Santiago de Chile; 2013.

MURILLO CRUZ David. “ Le droit international humaniste: entre crise et révolution de l’ordre juridique international ». Thèse, Université de Bordeaux, 2018.

NOGUEIRA ALCALA Humberto, “La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las últimas tres décadas: algunos aspectos relevantes” Tesis, gaceta del semanario judicial de la federación; libro 18, mayo de 2015, Tomo III; Materias constitucional; tesis: I.3º

NDJIMBA Kevin Ferdinand, « L’internationalisation des constitutions des états en crise. Réflexions sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel ». Thèse, Université de Nancy 2, 2011.

PELLET Alain, « Recherches sur les principes généraux de droit ». Thèse, Paris 1974

POLO ELMIR Fernando, “El proceso constitucional de aprobación de tratados internacionales: estudio comparado de las constituciones de Colombia, Ecuador y México”. Quito: Tesis-Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, 2009.

SPOERER Matilde, “Les peuples autochtones dans la prise de décisions publiques : entre participation instrumentalisation et reconnaissance : le processus de mise en œuvre du droit à la participation et à la consultation des peuples autochtones au Chili d’après la Convention n° 169 de l’OIT. Science politique. Université Panthéon-Sorbonne- Paris I, 2018.

QUADRI ARCIDIACONO Nicolas, “El control de constitucionalidad de oficio, una herramienta para enfrentar la crisis constitucional e institucional argentina. Evolución de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación”. Universidad empresarial siglo 21, trabajo final de graduación. Mayo 2014, Buenos aires, Argentina

V. Jurisprudence

1. Jurisprudence Argentine

CSJN, “ Affaire Amarfil Albornoz, Mirta Susana y otra c/ consulado de Chile/ cobro de pesos” Arrêt 1993.

CSJN, “Affaire Arancibia Clavel, Enrique L”. - JA 2004-IV-426, arrêt du 24 aout 2004

CSJN, « Affaire Cabrera, Washington J.E c/ Comision tecnica mixta de salto grande” Arrêt du 05 décembre 1983.

CSJN, “Affaire Banco Comercial de Finanzas S.A. S./ Quiebra” arrêt 327:3117 du 23 octobre 2004.

CSJN, “Affaire Casime, Carlos Alberto c/Estado Nacional”, Arrêt du 20 février 2001

CSJN, “ Affaire Dotti, Miguel A. y otro s/ contrabando”, arrêt du 7 mai 1998, incidente de apelacion auto de nulidad e incompetencia, fallos 321 :1226.

CSJN, “Affaire Eduardo Sojo s/ recurso de habeas corpus”, Arrêt du 22 septembre 1887

CSJN, “ Affaire Gomez Samuel c/ embajada britanica s/ despido” Arrêt de 1976.

CSJN, “Affaire Girolodi” arrêt du 07 avril 1995

CSJN, “ Affaire Manauta, Juan Jose y otros c/ embajada de la Federacion rusa s/ danos y perjuicios” , Arrêt du 22/12/94.

CSJA, “Affaire Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad” arrêt du 13 de julio de 2007

CSJN, “Affaire Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/ Provincia de Corrientes”, Fallos 324:3219 du 1 novembre 2001

CSJN, “Affaire Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94”. -JA1996-I-328 du 2 novembre 1985.

CSJN, “Affaire- Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad” Arrêt du 2 novembre 2005.

CSJN, “ Affaire recurso de hecho deducido por los actores en la causa Frites, Eulogio y Aleman, América Angelica c/ poder ejecutivo nacional- Ministerior de Relaciones exteriores y culto” Arrêt du 04 décembre 1995.

2. Jurisprudence du Brésil

STF, “ Affaire AC 2436 MC/PR – Paraná, incidental ao RE n° 460.320” Arrêt du 15 septembre 2009.

STF, “Affaire ADIn MC 1480/97” Arrêt du 10 aout 1997

STF, « Affaire DJE MI 772-Agr », julgamento em 24-10-2007, Plenário, DJE de 20-3-2009.

STF, “Affaire CR -AgR 8279: AT- Argentina » Arrêt du 17 juin 1998.

STF, « Affaire recurso extraordinario : RE 626417 RS” Arrêt du 10 février 2002

STF, “ Affaire Resp. 104.944/SP », rel. Min ADHEMAR MACIEL, Arrêt du 14 avril 1998.

STF, “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 153 6/800”, Arrêt du 21 octobre 2008.

STF, “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 172”. Arrêt du 10 juin 2009.

Tribunal Superior do trabalho TST, “ Embargos de declaração em recurso de revista. Organismo internacional. Imunidade de jurisdição” Arrêt 900/2004 du 4 décembre 2009.

3. Jurisprudence de la Bolivie

Tribunal Constitutionnel Plurinational de Bolivie, « Acción de inconstitucionalidad abstracta » Arrêt no. 0970/ 2013 du 27 juin 2013.

Tribunal Constitutionnel Plurinational de Bolivie, « Arrêt 0031/2006 » du 10 mai 2006.

Tribunal constitucional plurinacional de Bolivia, “ Sentencia 0300/2012” Arrêt du 18 de junio del 2012.

Tribunal Constitutionnel Plurinational de la Bolivie, « Sentencia constitucional 1662/2003 R » arrêt du 17 novembre 2003.

Tribunal Constitutionnel Plurinational de la Bolivie, «Sentencia Constitucional SC 0600/2003 -R » Arret du 6 mai 2003.

Tribunal Constitutionnel Plurinational de Bolivie, « Sentence Constitutionnelle plurinationale 0024/2017 » Arrêt du 21 juillet 2017.

4. Jurisprudence de la Colombie

Cour constitutionnelle Colombienne, « Accion de tutela contra la mision diplomatica de la Republica Bolivariana de Venezuela en Colombia », Arrêt T 932/10 du 23 novembre 2010.

Cour Constitutionnelle Colombienne, “Acción de tutela instaurada por la Organización de los pueblos indígenas de la Amazonia colombiana OPIAC contra la Presidencia de la Republica y otros”. Arrêt SU-383/03 du 13 mai 2003.

Cour Constitutionnelle Colombienne, “Acción de tutela instaurada por Nestor Jaime Pena Rueda contra la penitenciaria nacional de Valledupar” arrêt T-490 du 20 mai 2004

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Acción de tutela presentada contra la aplicación de la pena accesoria de expulsión del territorio nacional de la señora Giiovana Elizabeth Piedra Davalos; contenida en la sentencia del juzgado sexto penal del circuito de cali, de fecha 25 de septiembre de 199”Arrêt C-178 du 7 mai 1993.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Accion de inconstitucionalidad contra el articulo 15 (parcial) del decreto ley 85 de 1989” arrêt C578 du 4 décembre 1995.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Arrêt C- 048/01 Demanda de inconstitucionalidad contra el articulo 8(parcial) de la Ley 418 de 1997 » Arrêt du 24 janvier 2001.

Cour Constitutionnelle Colombienne, “ Auto 288/10. Demanda de inconstitucionalidad contra el acuerdo complementario para la cooperación y asistencia técnica en defensa y seguridad entre los gobiernos de la República de Colombia y de los Estados Unidos de América”. Arrêt du 17 de agosto del 2010

Cour Constitutionnelle Colombienne, “Control jurisdiccional de tratados aprobados por el congreso y no ratificados por Colombia” Arrêt C- 269/14 du 2 mai 2014.

Cour Constitutionnelle de Colombie, «Demanda de inconstitucionalidad acumuladas Nos 018, 116 y 136 » arrêt C-027 du 05 février 1993.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad codigo civil articulos 34 y 140 parciales » Arrêt C-507 du 25 mai 2004

Cour Constitutionnelle Colombienne, «Demanda de inconstitucionalidad contra el articulo 89 de la Ley 788 de 2002 » Arrêt C-896 du 7 octobre 2003

Cour Constitutionnelle Colombienne.” Demanda de inconstitucionalidad contra los articulos 11 (parcial) y 42 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, Aprobado por Colombia mediante la Ley 33 de 1992” Arrêt No. C-821/12 du 18 octobre 2012.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad del articulo 217 de la ley 5a de 1992 » Arrêt C-227/93 du 17 juin 1993.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad contra el articulo 90 (parcial) delCodigo civil » arrêt C-327 du 22 juin 2016

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Demanda de inconstitucionalidad contra los articulos 27 (parcial y 29 de la Ley 79 de 1988 » Arrêt No. C-021/96 du 23 janvier 1993.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Poder interpretativo del juez frente a la vía de hecho” Arrêt CC 1189-00 du 13 novembre 2001.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revision constitucional de la Ley 33 de 1992 » Arrêt C-276 du 22 juillet 1993

Cour Constitutionnelle colombienne, « Révision de constitucionalidad de la ley 1241 de 30 de julio de 2008 » Arrêt C-446/09 du 18 juillet 2009.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión constitucional de la Ley 67 de 2 » de agosto de 1993 « por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas», suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988”. Arrêt C-176/94 du 12 avril 1994.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revision constitucional del « Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las victimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) “ Hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977 y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho protocolo. Arrêt No. C-225/95 du 18 mai 1995.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión de constitucionalidad del « acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la Republica de Colombia y Canadá hecho en Bogotá el día 27 de mayo de 2010” y la ley 1411 de 2010 que lo aprueba”, Arrêt C-187/11 du 2 novembre 2011.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión de constitucionalidad de la ley 1518 del 13 de abril de 2012, « por medio de la cual se aprueba el convenio internacional para la protección de obtenciones vegetales del 2 de diciembre de 1961, revisado en ginebra e 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991” Arrêt C-1051/12 du 7 mai 2012.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « Revisión constitucional del proyecto de ley estatutaria No. 92/1992 Senado – 282/1993 Cámara” por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana” Arrêt No. C-180/94 du 14 avril 1994.

Cour Constitutionnelle, « Revision constitucional de la « convencion de Viena sobre el Derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales”, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986” y de la ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha convención. Arrêt C-400 du 10 aout 1998.

Cour Constitutionnelle Colombienne, « sentence C-280/14 ». Arrêt du 8 mai 2014

5. Jurisprudence du Chili

Corte Suprema de Justicia, “Affaire 1.224-2013” quatrième chambre, Arrêt du 13 août 2013.

Corte Suprema de Justicia de Chile, “Affaire Roll 11.040-2011” arrêt du 22 de marzo de 2012

Corte Suprema de Justicia, “Affaire solicitud de extradición de Alberto Fujimori” Rol 3744-07, Arrêt du 21 septembre 2007.

Corte Suprema de Justicia de Chile, “Affaire 90SCS, Rol 4078- 2010” du 29 novembre 2010.

Cour suprême de Justice du Chili, “.Affaire ROL N° 9031-13 »,arrêt du 19 novembre 2013

Tribunal Constitutionnel Chilien, « Affaire No 2387 » arrêt du 23 janvier 2013

Tribunal constitutionnel Chilien, « Affaire Rol N° 2789-15-INA » Arrêt du 2è décembre 2016.

Tribunal Constitutionnel du Chili, « Affaire ROL N° 2493-13 » Arrêt du 6 mai 2014.

Tribunal Constitutionnel du Chili, « Affaire ROL No. 1288 » Arrêt du 25 août 2009.

Tribunal Constitutionnel du Chili, « Affaire ROL No. 309 » Arrêt du 4 août 2000.

Tribunal Constitutionnel du Chili, « Affaire ROL No. 346 » Arrêt du 8 avril 2002.

6. Jurisprudence de l'Équateur

Cour Constitutionnelle de l'Équateur, “Arrêt No. 012-2001-TP” Registro oficial 6 de febrero del 2001 suplemento.

Corte constitucional del Ecuador, “Dictamen No. 020-10-DTI-CC, caso No. 0008-10-TP” Juez constitucional ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt. Quito 24 de junio del 2010.

7. Jurisprudence du Pérou

Tribunal Constitutionnel du Pérou, “Affaire No. 00033-2007-PI/TC” Arrêt du 13 février 2009.

Tribunal Constitutionnel du Pérou, « Affaire No. 0025-2005-PI » Arrêt du 25 janvier 2005

Tribunal constitutionnel du Pérou, «Affaire 00010-2009-PI/TC » Arrêt du 23 mars 2010

Tribunal Constitutionnel du Pérou, « Affaire Arturo Castillo Chirinos, 2730-06-PA/TC » Arrêt du 21 juillet 2006

Tribunal constitutionnel du Pérou, “ Affaire Villegas Namuche”, arrêt 2488-2002-HC/TC du 21 novembre.

Tribunal Constitutionnel du Pérou. « Recurso de inconstitucionalidad, EXP No. 00002-2009-PI/TC » Arrêt du 5 février 2010,.

Tribunal constitutionnel du Pérou, « EXP. No. 0022-2009-PI/TC Gonzalo Tuanama Tuanama y mas de 5000 ciudadanos” Arrêt du 9 juin 2010.

Tribunal Constitutionnel du Pérou, “Proceso de inconstitucionalidad, 40 congresistas de la Republica (demandante) contra el poder ejecutivo (demandado).EXP. No. 00002-2009-PI/TC” Sentencia del pleno jurisdiccional, 5 de febrero del 2010.

Tribunal Constitutionnel du Pérou, “STC 2689 2004 AA/TC Caso EMERGIA S.A.C” Voto concurrente del magistrado LANDA ARROYO. Arrêt du 20 janvier 2006.

8. Jurisprudence du Paraguay

Cour suprême de justice, Chambre constitutionnelle, « accion de inconstitucionalidad contra art. 10 de la ley N0°. 294/13de evaluación ambiental” Arrêt No. 542 du 31 mai 2013.

Corte suprema de Justicia, “Vicenta elizabeth solis azcona c/ Claudio Re y alejandra mendez de Re s/ cobro de guaraníes en diversos conceptos laborales acuerdo” Tribunal de apelaciones segunda sala, Arrêt No. 127/10/02

9. Jurisprudence de l'Uruguay

Cour Suprême de Justice , “Affaire No. 247/1997” Arrêt du 10 octobre 1996

Cour suprême de Justice de l'Uruguay, « Affaire série C No. 221 » arrêt du 24 février 2011

Cour Suprême de Justice de l'Uruguay, “Affaire Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela- Denuncia de excepción de inconstitucionalidad No 365” Arrêt du 19 octobre 2009.

Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay. sentence No. 1.016/98, Arrêt du 9 février 1998.

10. Jurisprudence du Venezuela

Tribunal Supremo de Justicia “Affaire 2001-0524” MP Levis Ignacio Zerpa, Arrêt du 10 décembre 2001.

Tribunal supremo de Justicia, “Affaire No. 02-0416” Sala Constitucional. MP Jose M. Delgado ocano, Arrêt du 20 de febrero del 2002.

Tribunal Suprême de justice , « Arrêt N° 1859 » Arrêt du 18 décembre 2014 Chambre constitutionnelle

Tribunal Supreme de Justice, « Affaire No. 2785 » Arrêt du 24 octobre 2003 Chambre constitutionnelle

Tribunal Suprême de Justice, « Affaire No. 661 mariela morales vs. Ministerio de la justicia ». Arrêt du 4 décembre 1990.

Tribunal Suprême de Justice, « Affaire N° 1942 » arrêt du 15 juillet 2003

Tribunal Suprême de Justice, « Affaire vagos y maleantes » arrêt du du 14 octobre 1997

11. Jurisprudence internationale

CIDH, “ Otros tratados” objeto de la función consultativa de la corte (Art, 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Avis consultatif OC-1/82, 24Septembre 1982.

CIDH, «Affaire cinq pensionnaires vs Pérou » Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, série C No. 98, 28 février 2003.

CIDH, « Affaire enfants de la rue vs Guatemala », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C no. 63, 19 novembre 1999.

CIDH, « Affaire de la dernière tentation du Christ vs. Chili » Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No.73, 5 décembre 2001.

CIDH, « Affaire 19 commerçants Vs Colombie », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 109, 5 juillet 2004.

CIDH, « Affaire Acevedo Buendia et autres Vs Perou », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 198, 1 juillet 2009.

CIDH, « Affaire Acevedo Jaramillo et autres Vs. Pérou », interprétation de l'arrêt d'exceptions préliminaires, fond,, réparatioons, frais et dépens, Série C No. 157, 24 novembre 2006.

CIDH, « Affaire Acosta Calderon Vs Equateur”, Arrêt de fond et réparations, Série C No. 129, 24 juin 2005.

CIDH, « Affaire Aguado Alfaro et autres vs. Pérou », Arrêt de fond et réparations du 24 novembre 2006.

CIDH, «Affaire Almonacid Arellano y otros VS Chile”, Arrêt des exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens du 26 septembre 2006.

CIDH, «Affaire Aloeboetoe y otros vs Surinam”. Arrêt de réparations et dépens du 10 de septembre de 1993.

CIDH, « Affaire Andrade Salmon Vs Bolivie » Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, série C No. 330, 1 décembre 2016.

CIDH, « Affaire Anzualdo Castro Vs Pérou”, résolution de supervision, 21 aout 2013.

CIDH, « Affaire Argüelles et autres Vs. Argentine » Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 288, 20 novembre 2014.

CIDH, « Affaire Barrios Altos Vs. Pérou » Arrêt de fond, Série C No. 75, 14 mars 2001.

CIDH, « Affaire Barrios Altos Vs. Pérou » Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C No. 87, 30 novembre 2001.

CIDH, « Affaire Blake Vs. Guatemala », Arrêt de fond, Série C No. 36, 24 janvier 1998.

CIDH, « Affaire Boyce et autres Vs. Barbade », Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C no. 169, 20 novembre 2007.

CIDH, « Affaire Cesti Hurtado Vs. Pérou » Arrêt de fond, Série C No. 56, 2^e septembre 1999.

CIDH, « Affaire El Amparo Vs. Venezuela », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C No. 28, 14 septembre 1996.

CIDH, « Affaire Fleury y otros c. Haiti ». Arrêt de réparations et dépens du 23 novembre 2011

CIDH, « Affaire Garcia Ibarra et autres Vs. Equateur » Arrêt d'exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 306, 17 novembre 2015.

CIDH, « Affaire Garrido et Baigorria Vs. Argentina », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C No 39, 27 août 1998.

CIDH, « Affaire Gelman Vs. Uruguay », Arrêt de fond et réparations, Série C No. 221, 24 février 2011.

CIDH, « Affaire Gelman Vs. Uruguay », Résolution de supervision, 20 mars 2013.

CIDH, « Affaire Goiburú y otros Vs. Paraguay ». Arrêt sur le fond, réparations et dépens du 22 septembre 2006.

CIDH, « Affaire Julia Gomez Lund et autres (guerrilha do Araguaia) vs Brésil ». Arrêt d'exceptions préliminaires, réparations, frais et dépens Excepciones preliminares, reparaciones , 24 de noviembre 2010.

CIDH, « Affaire La Cantuta Vs. Pérou », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 162, 29 novembre 2006.

CIDH, « Affaire Las Palmeras Vs. Colombie » Arrêt d'exceptions préliminaires, Série C No. 67, 4 février 2000.

CIDH, « affaire Liliana Ortega et autres ; Luisiana Rios et autres, Luis Uzcátegui ; Marta Colomina et Liliana Velasquez Vs. Venezuela », Arrêt du 4 mai 2004, mesures provisoires.

CIDH, « Affaire Loaiza Tamayo Vs. Pérou », Arrêt de fond, Série C No. 33, 17 septembre 1997.

CIDH, « Affaire Loaiza Tamayo Vs. Pérou », Arrêt de réparations, frais et dépens, Série C No. 42, 27 novembre 1998.

CIDH, « Affaire Lopéz Mendoza Vs. Venezuela » Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 233, 1 septembre 2011.

CIDH, “Affaire Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”. Arrêt des exceptions préliminaires, fond, réparations et dépens du 26 mai 2010

CIDH, « Affaire Maqueda Vs Argentine », Arrêt d’exceptions préliminaires, Série C No. 18, 17 janvier 1995.

CIDH, « Affaire Maritza Urrutia Vs Guatemala », Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 103, 27 novembre 2003.

CIDH, « Affaire Massacre de Mapiripan Vs Colombie » Arrêt de fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 134, 15 septembre 2005.

CIDH, « Affaire Massacre des deux erres Vs. Guatemala », Arrêt d’exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 211, 24 novembre 2009.

CIDH, « Affaire Tibi Vs. Equateur », Arrêt d’exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens, Série C No. 114, 7 septembre 2004.

CIDH, “Affaire Yatama Vs. Nicaragua” Arrêt d’exceptions préliminaires, fond, réparations, frais et dépens du 23 juin 2005.

CIDH, « Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Avis consultatif OC-13/93, 16 juillet 1993.

CIDH, “ Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” Avis consultatif OC-18/03, 17 septembre 2003.

CIDH, “ Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional”, Avis Consultatif OC-21/14, 19 août 2014.

CIDH, “ El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención americana sobre derechos humanos (Arts 74 y 75)”, Avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982.

CIDH, “ Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts 1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos)” Avis consultatif OC-14/94, 9 décembre 1994.

CII, « Affaire de la Barcelona Traction, light and power company, limited (Belgium v. Spain)» Arrêt du 5 février 1970.

CII, « Affaire du droit d’asile (Colombie Vs. Pérou) », Arrêt du 20 novembre 1950.

CII, « Affaire du droit de passage sur le territoire indien » Arrêt du 12 avril 1960.

CII, « Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d’Amérique contre Iran) Mesures conservatoires ordonnance du 15 décembre 1979.

CII, « Affaire plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d’Allemagne/ Danemark), Arrêt du 26 avril 1968.

CII, « Arrêt relative à l’usine de Chorzow (demande d’indemnité) » (fond) Série A – N)17 du 13 septembre 1928

CII, “Affaire relative aux activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête 2002) (République démocratique du Congo vs Rwanda), Compétence et recevabilité, Arrêt du 3 février 2006.

CII, “Affaire relative aux activités militaires et paramilitaires menées à l’intérieure du territoire nicaraguayen (Nicaragua Vs. Etats- Unis) », Arrêt du 27 juin 1986.

CII, « Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d’Amérique au Maroc » Arrêt du 27 août 1952.

CII, « La Cour Internationale de Justice rend son avis consultatif dans l’affaire du Sahara occidental », Avis du 16 octobre 1975.

CII, « Affaire Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud) .Opinion dissidente du juge Tanaka, Arrêt du 18 juillet 1966.

CJCE, « Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Avis 2/94, 28 mars 1996.

CJCE, « Affaire Administration des finances de l'Etat d'Italie/Simmenthal », Arrêt C-106/77, 9 mars 1978.

CJCE, « Affaire Costa C/Enel » Arrêt 6/64, 15 juillet 1964.

CJCE, « Affaire Factortame E.A », Arrêt C-213/89, 19 juin 1990.

CJCE, « Affaire IN.CO.GE. 90 et autres », Arrêts C-10/97 – C 22/97, 11 octobre 1998.

CJCE, « Affaire internationale Handelsgesellschaft », Arrêt C-11/70, 17 décembre 1970.

CJCE, « Affaire Portugal/Conseil », aff C-268/94, 3 décembre 1996.

CJCE, « Affaire Van Gend & Loos », Arrêt C-26/62, 5 février 1963.

CPJI, « lotus » (France-Turquie), Arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10.

ANNEXE N°1

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS ARGENTINS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|------------------------------|---|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | <p>Art. 118 : « Une fois l’institution du jury établie dans la République, tous les procès criminels ordinaires qui ne seront pas fondés sur le droit d’accusation accordé à la Chambre des Députés seront jugés par un jury. L’instruction des procès aura lieu dans la même province où le délit est commis. Mais lorsque celui-ci est commis contre le droit des gens en dehors des frontières de la Nation, le Parlement déterminera par une loi spéciale le lieu de l’engagement des poursuites »</p> |
| DES TRAITES EN GENERAL | <p>Art 31 : « La présente Constitution, les lois nationales que le Parlement adopte pour son exécution et les traités conclus avec les Nations étrangères sont considérés comme la loi suprême de la Nation; les autorités des provinces sont obligées à s’y conformer, nonobstant toute disposition contraire incluse dans les lois ou les constitutions provinciales. Réserve est faite pour la Province de Buenos Aires des traités ratifiés postérieurement au pacte du 11 novembre 1859 ».</p> <p>Art. 75 inc.22 : « Les traités et concordats ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois »</p> <p>Art. 124 : « Les provinces peuvent créer des régions pour le développement économique et social et établir des organes chargés de la réalisation des objectifs envisagés et elles peuvent en outre conclure des conventions internationales pourvu qu’elles ne soient pas incompatibles avec la politique extérieure de la Nation et qu’elles n’empiètent pas sur les facultés déléguées au Gouvernement fédéral ou n’intéressent pas le crédit public de la Nation; le Parlement doit en être informé. La ville de Buenos Aires aura un régime établi à cet effet. Il appartient</p> |

| | |
|---|--|
| | aux provinces la propriété des ressources naturelles existant sur leur territoire » |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art. 99 inc. 11 : Les attributions du Président de la Nation sont les suivantes: 11. Il conclut et signe tous traités, tous concordats et toutes autres conventions nécessaires au maintien de bonnes relations avec les organisations internationales et les nations étrangères. Il reçoit leurs ministres et leurs consuls sont accrédités auprès de lui » |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 75 inc. 22 : « Les attributions du Parlement sont les suivantes: 22. Approuver ou rejeter les traités conclus avec les autres nations et les organisations internationales, ainsi que les concordats signés avec le Saint-Siège. Les traités et concordats ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois. » |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | Art. 39 : « Les citoyens ont le droit d'initiative pour déposer des propositions de lois par-devant la Chambre des Députés. Le Parlement doit procéder à leur discussion dans un délai de douze mois. Le Parlement adopte à la majorité absolue des membres composant chaque chambre une loi réglementaire qui, ne pouvant exiger plus d'un pourcentage de trois pour cent de la liste électorale nationale, doit tenir compte d'une distribution territoriale appropriée pour souscrire à l'initiative. Les projets portant sur une révision constitutionnelle, sur les traités internationaux, sur les impôts, sur la loi de finances et les matières pénales ne peuvent faire l'objet d'une initiative populaire » |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art. 43 : « Toute personne peut interposer une action en protection des garanties individuelles toutes les fois qu'il n'existe aucune autre voie judiciaire plus appropriée contre tout acte ou omission commis par des autorités publiques ou par des particuliers et qui porte préjudice, limite, modifie ou menace d'une façon immédiate, arbitraire et manifestement illégale, les droits et garanties reconnus par la présente Constitution, par un traité ou par une loi. Dans ce cas, le juge doit déclarer l'inconstitutionnalité de la règle se basant sur l'omission ou sur l'acte susmentionné ». |

| | |
|---------------------------------|---|
| | <p>Art. 116 : « La Cour suprême de justice et les tribunaux inférieurs de la Nation sont compétents pour connaître et juger toutes les affaires relatives à des points visés par la Constitution et par les lois de la Nation, sous réserve de l'alinéa 12 de l'article 75, ainsi que par les traités conclus avec les nations étrangères; ils connaissent des affaires en relation avec les ambassadeurs, les ministres publics et les consuls étrangers; des causes d'amirauté et de juridiction maritime, des affaires où la Nation est l'une des parties concernées; ainsi que des litiges survenus entre deux ou plusieurs provinces, entre une province et les habitants d'une autre, entre les habitants de provinces différentes, et entre une province ou ses habitants et un État ou un citoyen étranger »</p> |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | <p>Art. 27 : « Le Gouvernement fédéral est obligé de consolider ses relations de paix et de commerce avec les puissances étrangères par tous traités conformes aux principes de droit public établis par la présente Constitution »</p> <p>Art.99 : « Les attributions du Président de la Nation sont les suivantes: 11. Il conclut et signe tous traités, tous concordats et toutes autres conventions nécessaires au maintien de bonnes relations avec les organisations internationales et les nations étrangères. Il reçoit leurs ministres et leurs consuls sont accrédités auprès de lui »</p> |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | <p>Art. 75 Numéral 22 : « Les attributions du Parlement sont les suivantes:22. La Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme; la Déclaration universelle des droits de l'homme; la Convention américaine sur les droits humains; le Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels; le Pacte international des droits civils et politiques et son protocole facultatif; la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide; la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale; la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination contre la femme; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; la Convention relative aux droits de l'enfant; dans les conditions en vigueur, ils ont une autorité</p> |

| | |
|---------------------------|---|
| | <p>constitutionnelle, n'abrogent aucun article de la première partie de la présente Constitution et doivent être considérés comme complémentaires des garanties et droits reconnus par ladite Constitution. Ils ne peuvent être dénoncés que par le Pouvoir exécutif national, après ratification des deux tiers des membres composant chaque chambre. Après ratification par le Parlement, les autres traités et conventions sur les droits humains n'ont une autorité constitutionnelle qu'au vote des deux tiers des suffrages exprimés des membres composant chaque chambre ».</p> <p>Art 75 Numéral 23 : « Légiférer et promouvoir des mesures d'action positive qui garantissent l'égalité réelle des chances et de traitement, et la pleine jouissance et l'exercice des droits reconnus par la présente Constitution et par les traités internationaux en vigueur sur les droits humains, notamment par rapport aux enfants, aux femmes, aux personnes âgées et aux handicapés. Établir un règlement de sécurité sociale spécial et intégral en vue de la protection de l'enfant en situation d'abandon depuis la grossesse jusqu'à la fin de la période d'enseignement primaire et de la mère durant la grossesse et la période d'allaitement</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | <p>Art. 75 Numéral 24 : « Les attributions du Parlement sont les suivantes 24. Ratifier des traités d'intégration portant délégation des compétences et juridictions à des organisations supra-étatiques dans des conditions de réciprocité et d'égalité et observant l'ordre démocratique et les droits humains. Les règles fixées à cet effet ont une autorité supérieure à celle des lois. La ratification de ces traités avec des États latino-américains exige la majorité absolue des membres composant chaque chambre. En cas de traités conclus avec d'autres États, le Parlement de la Nation déclare à la majorité absolue des membres présents s'il y a lieu de ratifier ledit traité et celui-ci ne peut être approuvé qu'à la majorité absolue des membres composant chaque chambre cent vingt jours après l'acte déclaratif. La dénonciation des traités susmentionnés exige l'autorisation préalable de la majorité absolue des membres composant chaque chambre »</p> |

| | |
|--|---|
| <p>DES TRAITES CONCLUS PAR LES ETATS FEDERES</p> | <p>Art. 125 : « Avec le consentement du Parlement fédéral, les provinces peuvent conclure des traités partiels ayant pour objet l'administration de la justice, des intérêts économiques et des travaux d'utilité commune. Elles peuvent moyennant leurs propres ressources encourager l'industrie, l'immigration, la construction de chemins de fer et de canaux navigables, la colonisation des terres appartenant aux provinces, la création et l'installation de nouvelles industries, l'importation de capitaux étrangers et l'exploration de leurs cours d'eau par des lois protégeant ces intérêts. Les provinces et la ville de Buenos Aires peuvent conserver des organismes de sécurité sociale pour les employés publics et les professionnels; elles peuvent en outre promouvoir le progrès économique, le développement humain, la création d'emplois, l'enseignement, les sciences, le savoir et la culture ».</p> <p>Art.126 : « Les provinces n'exercent pas le pouvoir délégué à la Nation. Elles ne peuvent pas conclure des traités partiels ayant un caractère politique; ni promulguer des lois sur le commerce ni sur la navigation intérieure ou extérieure; ni établir des douanes provinciales; ni frapper la monnaie; ni établir des banques ayant la faculté d'émettre des billets sans l'autorisation du Parlement fédéral; ni établir les codes civil, pénal, du commerce et des mines déjà promulgués par le Parlement; ni promulguer des lois spéciales sur la citoyenneté et la naturalisation, sur le redressement et la liquidation judiciaire, sur la contrefaçon des pièces de monnaie ou des documents de État; ni établir des droits de tonnage; ni armer des navires de guerre ni lever des armées, à l'exception des cas d'invasion extérieure ou de péril imminent qui exigent une réponse immédiate et qui doivent par la suite être communiqués au Gouvernement fédéral; ni nommer ou recevoir des agents étrangers ».</p> |
|--|---|

ANNEXE N°2

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS BOLIVIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|------------------------|--|
| DES TRAITES EN GENERAL | <p>Art. 255 I : « Les relations internationales et la négociation, souscription et ratification des traités internationaux doivent répondre aux objectifs de l'Etat en fonction à sa souveraineté et aux intérêts du peuple ».</p> <p>Art. 255 II : « La négociation, la souscription et la ratification des traités internationaux devront suivre les principes suivants : 1. Indépendance et égalité entre les Etats, non intervention dans les affaires internes et solution pacifique des conflits. 2. Rejet et condamnation à toute forme de dictature, colonialisme, néocolonialisme et impérialisme. 3. Protection et promotion des droits de l'homme, économiques, sociales, culturelles et de l'environnement tout en écartant les formes de racisme et de discrimination. 4. Le respect des droits des peuples indigènes originaires . 5. La coopération et solidarité entre les Etats et les peuples. 6. La préservation du patrimoine, capacité de gestion et de régulation de l'Etat. 7. Harmonie avec l'environnement, protection de la biodiversité, interdiction des formes d'appropriation privée et d'exploitation exclusive des plantes, animaux, microorganismes et toute matière vivante. 8. Sécurité et souveraineté alimentaire pour toute la population, interdiction d'importation, production et commercialisation des organismes génétiquement modifiés et des éléments toxiques qui portent atteinte à la santé et à l'environnement. 9. L'accès à toute la population aux services de bien-être et de développement. 10. Préservation du droit de la population d'accéder à tous les médicaments et tout particulièrement aux génériques. 11. La protection et la préférence pour la production bolivienne, le soutien aux exportations avec une valeur agréée »</p> <p>Art. 257 : « I. Les traités internationaux ratifiés font partie de l'ordre juridique interne avec rang de loi ».</p> <p>Art 258 : « La conclusion de traités internationaux doit être réglementé par loi » (loi sur les traités internationaux septembre 2013)</p> <p>Art 410 : « La Constitution est la norme suprême de l'ordre juridique bolivien et jouit d'une primauté en face de</p> |
|------------------------|--|

| | |
|---|---|
| | n'importe quelle autre disposition normative. Le bloc de constitutionnalité est intégré par les Traités et les Conventions internationales en matière des Droits de l'homme et les normes de Droit Communautaire, ratifiés par l'Etat. L'application des normes juridiques suivra la suivante hiérarchie : 1.-Constitution Politique de l'État. 2.- Les traités internationaux. 3.-Les lois nationales, les statuts autonomes, les lettres organiques et le reste de législation départementale, municipale et indigène. 4.-Les décrets, les règlements et autres résolutions émanées des organes exécutifs correspondants. » |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art.172 Numéral 5: « Ce sont des attributions de la Présidente ou du Président de l'État : 5. Diriger la politique extérieure ; souscrire les traités internationaux; nommer les fonctionnaires publics diplomatiques et consulaires conformément à la loi; et reconnaître les fonctionnaires étrangers en général ». |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 158 : « Ce sont des attributions de l'Assemblée Législative Plurinational : 14. Ratifier les traités internationaux conclus par l'Exécutif, dans les formes établies par cette Constitution » |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | Art.257 : « ...Ils requerront d'une approbation à travers d'un référendum populaire préalable à la ratification les traités internationaux qu' impliquent : 1. Des questions limitrophes. 2. Une intégration monétaire. 3. Une intégration économique structurelle. 4. Une cession de compétences institutionnelles dans des organisations internationales ou supranationales, dans le cadre de processus d'intégration ». Art.259 I : « N'importe quel traité international requerra d'une approbation à travers d'un référendum populaire quand ceci soit sollicité par le cinq pour cent des citoyens inscrits dans le registre électoral, ou trente-cinq pour cent des représentants de l'Assemblée Législative Plurinational ». Art. 260 III : « la dénonciation des traités approuvés par référendum devront être soumis à un nouveau référendum avant que le Président ou la Présidente de l'Etat dénonce le traité » |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art.202 : « ce sont des attributions du Tribunal Constitutionnel Plurinational, connaître et résoudre : 9. Le contrôle préalable de constitutionnalité dans la ratification de traités internationaux » |
| DE LA DENONCIATION DES TRAITES | Art. 260 I : « La dénonciation des traités internationaux devra suivre la procédure établie dans le même traité » |

| | |
|---------------------------------|---|
| | <p>international, ainsi que la procédure établie dans les normes générales du Droit international et celle établie par la constitution et les lois ».</p> <p>Art. 260 II : « La dénonciation des traités ratifiés devra être approuvé par l'Assemblée Législative Plurinational avant d'être appliqué par le Président ou la Présidente de l'Etat »</p> |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | <p>Art 13 : « Les traités et les conventions internationales ratifiées par l'Assemblée Législative Plurinational, qui reconnaissent les droits de l'homme et qui interdisent sa limitation dans les Régimes d'exception prévalent sans l'ordre interne. Les droits et les devoirs consacrés dans cette Constitution seront interprétés en conformité avec les Traités internationaux de droits de l'homme ratifiés par la Bolivie »</p> <p>Art 256 : « Les traités et les instruments internationaux en matière des droits de l'homme qui ont été signés et ratifiés par la Bolivie et qui consacrent des droits plus favorables aux contenus dans la Constitution s'appliqueront d'une manière préférentielle sur celle-ci. Les droits reconnus dans la Constitution seront interprétés conformément aux traités internationaux de droits de l'homme quand ceux-ci prévoient des normes plus favorables ».</p> <p>Art 410 : « ...Le bloc de constitutionnalité est intégré par les Traités et les Conventions internationales en matière des Droits de l'homme et les normes de Droit Communautaire, ratifiés par l'Etat. »</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | <p>Art. 265 : « L'Etat promouvra les relations d'intégration social, politique, culturel et économique avec les autres Etats, nations et peuples du monde et tout en particulier l'intégration latino-américaine. Cela devra être fait en tenant compte les principes de réciprocité, équité et en reconnaissant les asymétries de chaque Etat »</p> |

ANNEXE N°3

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS BRÉSILIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|---|---|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | Art. 4. : « La République fédérative du Brésil se conforme dans les relations internationales aux principes suivants: I - l'indépendance nationale; II - la primauté des Droits de l'Homme III -l'autodétermination des peuples; IV - la non-intervention; V - l'égalité entre les Etats; VI - la défense de la paix; VII - le règlement pacifique des conflits; VIII - le refus du terrorisme et du racisme; IX - la coopération entre les peuples pour le progrès de l'humanité; X - la concession de l'asile politique. Paragraphe unique. La République fédérative du Brésil recherche l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples d'Amérique latine en vue de la formation d'une collectivité latino-américaine de nations » |
| DES TRAITES EN GENERAL | |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art. 21 : « Il appartient à l'Union: I - de gérer les relations avec les Etats étrangers et de participer aux organisations internationales » Art 84 : «Il appartient exclusivement au Président de la République :VII de gérer les relations avec les Etats étrangers et d'accréditer leurs représentants diplomatiques VIII - de conclure les traités, conventions et actes internationaux, qui sont soumis à la ratification du Congrès national » |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 49 : « Il est de la compétence exclusive du Congrès national: I - de disposer définitivement sur les traités, accords ou actes internationaux qui entraînent des charges ou des engagements grevant le patrimoine national » |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art 102 I a : « C'est une compétence du Tribunal Suprême Fédéral, principalement, la garantie de la constitution: inculper et juger, originairement : a) l'action directe |

| | |
|---|--|
| | <p>d'inconstitutionnalité de lois ou d'actes normatifs fédéraux ou étatiques »</p> <p>Art 102 III b : « Juger, au moyen d'un recours extraordinaire, les causes décidées dans unique ou dernière instance, sur: b) on déclare l'inconstitutionnalité d'un traité ou d'une loi fédérale »</p> |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | <p>Art 4 : « La République fédérative du Brésil se conforme dans les relations internationales aux principes suivants:</p> <p>Il - la primauté des Droits de l'Homme »</p> <p>Art. 5 § 2. : « Les droits et les garanties inscrits dans la présente Constitution n'en excluent pas d'autres qui découlent du régime et des principes qu'elle adopte ou des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie ».</p> <p>Art 5 LXXVIII Incise 3 : « le traités et conventions internationales des droits de l'homme approuvés par les deux chambres de l'assemblée nationale, par les trois cinquièmes des suffrages seront équivalents à une réforme constitutionnelle »</p> <p>Art 76 incise 2 : « Les droits et les garanties inscrits dans la présente Constitution n'en excluent pas d'autres qui découlent du régime et des principes qu'elle adopte ou des traités internationaux auxquels la République fédérative du Brésil est partie ».</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | <p>Paragraphe unique Art. 4 : « La République fédérative du Brésil recherche l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples d'Amérique latine en vue de la formation d'une collectivité latino-américaine de nations »</p> |
| DES TRAITES CONCLUS PAR LES ETATS FEDERES | |

ANNEXE N°4

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS CHILIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|--|--|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE DES TRAITES EN GENERAL | |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art 32 : « ce sont des compétences du président de la république : 17 ° Conduire les relations politiques avec les puissances étrangères et les organisations internationales, et réaliser les négociations; conclure, signer et ratifier les traités qu'il estime convenables pour les intérêts du pays, ceux qui devront être soumis à l'approbation du Congrès conforme au prescrit dans l'article 50, N. ° 1. ° Les discussions et les délibérations sur ces objets seront secrètes si le Président de la République l'exige ainsi » |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 50 : « Ce sont des attributions du Congrès : 1 ° Approuver ou jeter les traités internationaux que le Président de la République présente avant sa ratification. L'approbation d'un traité se soumettra aux formalités d'une loi. Les mesures que le Président de la République adopte ou les accords qu'il conclut pour l'accomplissement d'un traité en vigueur ne requerront pas de nouvelle approbation du Congrès, à moins qu'il ne s'agisse de propres matières de loi. Dans le même accord approuvé d'un traité, le Congrès pourra autoriser le Président de la République pour que, durant la vigueur de celui-là, il dicte les dispositions avec force de loi qu'il estime nécessaires pour son accomplissement . |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art. 93 : « Ce sont des attributions du Tribunal Constitutionnel : 1 ° Exercer le contrôle de constitutionnalité des lois qui interprètent un précepte de la Constitution, des lois organiques constitutionnelles et des normes d'un traité qui traitent des matières ci-mentionnées, avant sa promulgation; 3 ° Résoudre les questions sur la constitutionnalité qui seront posés pendant un projets de loi ou de réforme |

| | |
|---------------------------------|---|
| | constitutionnelle et des traités soumis à l'approbation du Congrès » |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | Art 5 « ...L'exercice de la souveraineté reconnaît comme limitation le respect pour les droits essentiels qui émanent de la nature humaine. Il est un devoir pour les organes de l'État respecter et promouvoir tels droits, garantis par cette Constitution, ainsi que par les traités internationaux ratifiés par le Chili et qui trouvent en vigueur. » |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | |
| DES ACCORDS SIMPLIFIES | Article 54 : « Les mesures que le Président de la République adopte ou les accords que il conclut pour l'accomplissement d'un traité en vigueur ne requerront pas d'une nouvelle approbation du Congrès, à moins qu'il ne s'agisse d'une matière de loi. Ils ne requerront pas d'une approbation du Congrès les traités célébrés par le Président de la République dans l'exercice de son pouvoir réglementaire ». |

ANNEXE N°5

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS COLOMBIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|---|--|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | Art. 9: « Les relations extérieures de l'État reposent dans la souveraineté nationale, dans le respect pour l'autodétermination des peuples et dans la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie. Également, la politique extérieure de la Colombie s'orientera vers l'intégration latino-américaine et des Caraïbes ». |
| DES TRAITES EN GENERAL | |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art. 189 : « Il appartient au président de la République dans sa qualité de chef de l'État, chef du gouvernement et suprême autorité administrative. 2. Gérer les relations internationales. Accréditer les agents diplomatiques étrangers et conclure avec les autres États et les entités du droit international les traités et conventions qui seront soumises à l'approbation du congrès » |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 150 : « Il appartient au Congrès national : 16. Approuver ou désapprouver les traités conclus par le gouvernement avec d'autres États ou avec des entités du droit international » |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | Art. 170 : « Le référendum n'est pas possible quand il s'agit des lois approuvées des traités, et non plus quand il s'agit des lois approuvées du budget ou des lois fiscales » |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art. 241 : « Il appartient à la Cour Constitutionnelle de sauvegarder l'intégrité et la suprématie de la Constitution. 10. Décider sur la constitutionnalité des traités internationaux ainsi que des lois approuvées des traités» |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | Art. 93 : « les traités et conventions internationales ratifiées par le congrès, qui reconnaissent les droits de l'homme et qui interdisent leur limitation dans les régimes d'exception priment dans l'ordre juridique |

| | |
|-------------------------------------|---|
| | <p>interne. Les droits et les devoirs consacrés dans cette constitution, seront interprétés en conformité avec les traités internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par la Colombie ».</p> <p>Art. 94 : « Les droits et garanties énoncés dans la Constitution et les conventions internationales en vigueur, n'excluent pas les autres droits inhérents à la personne humaine qui ne sont pas expressément consacrés »</p> <p>Art. 214 Les états d'exception seront soumis à :</p> <p>2. Les droits de l'homme et des libertés fondamentales ne seront pas suspendus. Dans tous les cas, respecter les règles du droit international humanitaire. Une loi déterminera les pouvoirs du gouvernement pendant l'état d'urgence et mettra en place les contrôles et garanties juridiques pour protéger les droits conformément aux traités internationaux. Les mesures prises doivent être proportionnées à la gravité des faits.</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | <p>Art. 9: " Les relations extérieures de l'État reposent dans la souveraineté nationale, dans le respect pour l'autodétermination des peuples et dans la reconnaissance des principes du droit international acceptés par la Colombie. Également, la politique extérieure de la Colombie s'orientera vers l'intégration latino-américaine et des Caraïbes ».</p> <p>Art. 150 : « il appartient au Congrès nationale :</p> <p>16...Sur la base de ces traités, l'Etat pourra sur des bases d'équité, réciprocité et intérêt national, transférer partiellement certaines compétences à des organismes internationales qui ont pour objet promouvoir ou consolider l'intégration économique avec d'autres Etats »</p> |
| DES TRAITES A APPLICATION PROVIOIRE | <p>Art. 224 : « la validité des traités est conditionnée à l'approbation du congrès. Cependant, le Président de la République pourra donner une application provisoire aux traités de nature économique et commerciale conclus au sein d'organisations internationales. Dans ce cas, une fois que le traité entre en vigueur il devra être transmis au Congrès pour son approbation. Si le congrès ne l'approuve pas, l'application du traité sera suspendue »</p> |

ANNEXE N°6

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS EQUATORIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|-------------------------------|--|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | |
| DES TRAITES EN GENERAL | <p>Art. 417 : « les traités internationaux ratifiés par l'Equateur s'adapteront à la Constitution. Dans le cas des traités et d'autres instruments internationaux des droits de l'homme, s'appliqueront les principes de non restriction des droits, d'applicabilité directe et la clause ouverte, tous consacrés dans la présente Constitution ».</p> <p>Art. 425 : « L'ordre hiérarchique d'application des normes est le suivant : La Constitution, les traités et les conventions internationales, les lois organiques, les lois ordinaires, les normes régionales les décrets et les règlements, les ordonnances, les accords et les résolutions, et les autres actes et des décisions des pouvoirs publics »</p> |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | <p>Art. 147 : « ce sont des attributions et des devoirs du Président de la République : 10. Définir la politique extérieure, souscrire et ratifier les traités internationaux, nommer aux ambassadeurs et les chefs de mission »</p> <p>Art. 418 : « Font partie des compétences du Président de la République souscrire ou ratifier les traités et les instruments internationaux. La Présidente ou le Président de la République informera immédiatement à l'Assemblée Nationale de tous les traités qu'il a souscrit, en précisant son caractère et son contenu. Un traité pourra être ratifié seulement 10 jours après de la notification faite à l'Assemblée ».</p> |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | <p>Art. 120 : « l'Assemblée Nationale aura les attributions suivantes : d'approuver ou de désapprouver les traités internationaux qui doivent être soumis à son accord »</p> <p>Art. 419 : « la ratification ou dénonciation des traités internationaux requerra l'approbation préalable de l'Assemblée Nationale dans les cas suivants :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Matière territoriale ou des limites des frontières 2. L'établissement des alliances politiques ou militaires. 3. S'il y a un engagement d'expédier, de modifier ou d'abroger une loi. 4. S'il fait référence aux droits et garanties établies dans la constitution. |

| | |
|---|--|
| | <p>5. S'il engage la politique économique de l'Etat établie dans son Plan National de Développement aux conditions d'institutions financières internationales ou des entreprises transnationales.</p> <p>6. S'il engage le pays dans des accords d'intégration et de commerce.</p> <p>7. S'il attribue une partie des compétences qui sont propres à l'ordre juridique interne à une organisation internationale ou supranationale.</p> <p>8. S'il engage le patrimoine naturel et spécialement l'eau, la biodiversité et son patrimoine génétique ».</p> |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | <p>Art. 420 : « la ratification des traités pourra être sollicité par référendum, par initiative citoyenne ou par la Présidente ou le Président de la République. La dénonciation d'un traité correspondra à la Présidente ou le Président de la République. En cas de dénonciation d'un traité approuvé par le peuple dans un référendum il sera indispensable d'effectuer un autre référendum avant la dénonciation du traité ».</p> |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | <p>Art. 438 : « la Cour Constitutionnelle émettra une expertise préalable et inaliénable de constitutionnalité dans les cas suivants : 1. Des traités internationaux, au préalable de la ratification de l'Assemblée générale »</p> |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | <p>Art.11 : « les droits et les garanties établis dans la Constitution et dans les instruments internationaux des droits de l'homme seront d'application immédiate par et devant n'importe quel juge ou fonctionnaire public »</p> <p>Art. 424 : « La constitution est la norme suprême... La Constitution et les traités internationaux des droits de l'homme ratifiés par l'Etat qui reconnaissent des droits plus favorables aux contenus dans la Constitution, prévaudront sur n'importe quelle autre norme juridique ou acte du pouvoir public ».</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | <p>Art. 423 : « l'intégration, spécialement avec les pays de Latino Amérique et les Caraïbes, sera un objectif stratégique de l'Etat. Dans toutes les instances et les processus d'intégration, l'Etat Equatorien se compromettra à :</p> <p>1. Encourager l'intégration économique, équitable, solidaire, l'unité productive, financière et monétaire, l'adoption d'une politique économique internationale commune, la promotion de politiques pour surmonter les asymétries régionales, et le commerce régional.</p> |

| | |
|-------------------------|--|
| | <p>2. Promouvoir des stratégies conjointes de maniement soutenable et du patrimoine naturel, spécialement la régulation de l'activité extractive, la coopération et la complémentation énergétique durable, la conservation de la biodiversité, les écosystèmes et l'eau, la recherche et l'échange de connaissance et de technologie, et l'implémentation de stratégies coordonnées de souveraineté alimentaire.</p> <p>3. Fortifier l'harmonisation de législations avec insistance dans les droits et les régimes du travail, de la migration, des frontières, de l'environnement, du social, de l'éducation de la culture et de la santé publique, conformément aux principes de progressivité et de non-dégressivité.</p> <p>4. Protéger et promouvoir la diversité culturelle, la conservation du patrimoine culturel et de la mémoire commune de l'Amérique Latine et des Caraïbes, ainsi que la création d'un réseau de communication et d'un marché commun pour les industries culturelles.</p> <p>5. Favoriser la création de la citoyenneté latino-américaine et des Caraïbes, la libre circulation des personnes dans la région, l'implémentation de politiques qui garantissent les droits de l'homme des populations qui habitent dans les frontières et des réfugiés, et la protection commune des latino-américains.</p> <p>6. Promouvoir une politique commune de défense et une alliance stratégique pour renforcer la souveraineté des pays et de la région.</p> <p>7. Favoriser la consolidation des organisations à caractère supranational conformées par les Etats de l'Amérique Latine et du Caraïbe, ainsi que la souscription des traités et d'autres instruments internationaux pour l'intégration régionale. »</p> |
| DES TRAITES ECONOMIQUES | <p>Art. 421 : « l'application des instrument commerciaux internationaux n'amoindra pas, direct ou indirectement, le droit à la santé, l'accès aux médicaments, les facteurs de production, les services, ni les progrès scientifiques et technologiques ».</p> <p>Art. 422 : « L'Equateur ne pourra pas s'engager dans des traités où il soit contraint à céder une juridiction souveraine aux instances d'arbitrage international dans le cadre d'une controverse contractuelle ou commercial, entre l'Etat et les personnes naturelles ou juridiques privés. Font exception les traités et les instruments internationaux qui établissent la solution de controverses entre les Etats et les citoyens en Amérique Latine par des instances arbitrales régionales ou par des organes juridictionnels désignés par les pays signataires. Ne</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>pourront pas intervenir les juges qui ont la nationalité des parties. Dans le cas de controverses relatives à la dette externe, l'Etat Equatorien devra promouvoir des solutions arbitrales en prenant compte l'origine de la dette et en fonction des principes de transparence, équité et justice internationale ».</p> |
|--|--|

ANNEXE N°7

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS DU PARAGUAY EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|---|---|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | Art 143 : « Dans ses relations internationales, la République du Paraguay accepte le droit international » |
| DES TRAITES EN GENERAL | Art. 137 : « la loi suprême de la République est la Constitution, elle les traités, les conventions et les accords internationaux approuvés et ratifiés, les lois approuvées par le Congrès et les autres dispositions juridiques d'hierarchie inférieure, intègrent le droit positif national dans l'ordre énoncé ». Art. 141 : « les traités internationaux valablement conclus, approuvés par la loi du congrès, et dont les instruments de ratification ont été échangés ou déposés font partie de l'ordre juridique légale interne avec la hiérarchie déterminée dans l'article 137 » |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art. 238 : « Des devoirs et compétences du Président de la République : 7. Conduire les relations extérieures de la République. En cas d'agression externe et avec l'autorisation du congrès déclarer l'état de défense ou conclure la paix. Négocier et signer les traités internationaux ». |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art 202 : « Ce sont des devoirs et attributions du Congrès : 9. Approuver ou désapprouver les traités et autres accords internationaux souscrits par le pouvoir exécutif ». Art. 224 : « Ce sont des attributions exclusives de la chambre des sénateurs : I. Initier la considération des projets de loi relatifs à l'approbation des traités et des accords internationaux ». |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | Art. 122 : « ne pourront pas faire l'objet d'un référendum : 1). Les relations internationales, les traités, les conventions ou les accords internationaux » |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art. 132 : « La Cour Suprême de Justice à la faculté de déclarer l'inconstitutionnalité des normes juridiques et des résolutions judiciaires selon les dispositions prévues au sein de la Constitution ». Art. 247 : « Le pouvoir judiciaire est le gardien de la constitution. Il doit la interpréter et l'exécuter » |

| | |
|---|---|
| | Art. 259 : « Ce sont des devoirs et des attributions de la Cour Suprême de Justice : 5. Résoudre les recours d'inconstitutionnalité » |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | Art. 142 : « les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne pourront pas être dénoncés que par les procédures qui sont en vigueur pour l'amendement de cette Constitution » Art. 143 : « dans ses relations internationales, la République du Paraguay accepte le droit international et s'adapte aux principes suivants : 9. La protection internationale des droits de l'homme » |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | Art 145 : « la République du Paraguay, dans des conditions d'égalité avec d'autres Etats, admet un ordre juridique supranational qui garantit le respect des droits de l'homme, de la paix, de la justice, de la coopération et du développement dans les domaines de la politique, l'économie, le social et la culture. Ces traités seulement pourront être adoptés à la majorité absolue de chaque chambre du congrès ». |
| DES TRAITES CONCLUS PAR LES ETATS FEDERES | |

ANNEXE N°8

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS PERUVIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|---|---|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | |
| DES TRAITES EN GENERAL | Art. 55 : « les traités conclus par l'Etat et en vigueur font partie du droit national » |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art. 118 : « Il correspond au Président de la République : 11. Diriger la politique extérieure et les relations internationales, conclure et ratifier les traités » |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 56 : « les traités doivent être approuvés par le Congrès avant sa ratification par le Président de la République quand ils portent sur : 1. Les droits de l'homme 2. La souveraineté ou l'unité de l'Etat 3. La défense nationale 4. Des obligations financières de l'Etat Ils doivent également être soumis à l'approbation du congrès les traités qui exigent la modification ou l'abrogation d'une loi et ceux qui ont besoin d'une mesure législative pour leur exécution. » Art 57 : « Le Président de la République peut conclure ou ratifier des traités ou adhérer à ceux-ci sans l'approbation préalable du congrès quand les traités portent sur d'autres matières que celles prévues dans l'article précédent. Dans tous les cas il devra tenir informé le congrès. Si le traité porte sur des matières constitutionnelles il devra être suivie la même procédure de l'amendement constitutionnel pour pouvoir être approuvé avant d'être ratifié par le Président de la République » |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art 138 : « Dans tout litige s'il y a une incompatibilité entre une norme constitutionnelle et une norme légale, les juges préféreront la première. Également, ils préféreront la norme légale à toute autre norme de rang inférieur ». Art 200 : « ce sont des garanties constitutionnelles : 4. L'action d'inconstitutionnalité contre les normes qui ont un rang de loi, les lois, les décrets législatifs, les décrets d'urgence, les traités, le règlement du congrès, les normes |

| | |
|---------------------------------|--|
| | <p>régionales à caractère générale qui soient contraires à la constitution que ce soit sur la forme ou sur le fond »</p> <p>Art 201 : « le Tribunal Constitutionnel est l'organe du contrôle de la constitution ».</p> |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | <p>Art 3 : « l'énumération des droits établis dans ce chapitre n'exclut pas les autres droits garantis par la Constitution, ni les autres droits d'une nature analogue ou qui s'appuient sur la dignité de l'homme, ou dans les principes de souveraineté du peuple, de l'Etat démocratique de droit et de la forme républicaine du gouvernement »</p> <p>Quatrième disposition finale et transitoire de la Constitution : « les normes en lien avec les droits de l'homme et la liberté reconnus par la Constitution doivent être interprétés en conformité avec la Déclaration Universelle des droits de l'homme et avec les traités et les accords internationaux sur les mêmes matières ratifiés par le Pérou ».</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | |
| LES ACCORDS SIMPLIFIES | <p>Art. 57 : « Que les traités simplifiés sont les accords internationaux qui portent sur des matières propres au domaine du pouvoir exécutif tels que les accords douaniers, la libre circulation de personnes et marchandises ».</p> |

ANNEXE N°9

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS DE L'URUGUAY EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|---|--|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | |
| DES TRAITES EN GENERAL | |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | Art 168 : « correspond au Président de la République : 20. Conclure les traités avant la ratification est nécessaire l'approbation du pouvoir législatif » |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | Art. 85 : « correspond à l'Assemblée Nationale : 7. Décréter la guerre ou la paix. Approuver ou désapprouver par majorité absolue en chaque chambre les traités de paix, de commerce et les conventions et contrats de toute nature conclus par le pouvoir exécutif avec les puissances étrangères ». |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | Art. 239 : « La Cour Suprême de Justice est compétente pour : 1. Juger tous ceux qui violent la Constitution, sans aucune exception, sur les délits contre le droits des gens, pour les questions relatives aux traités, pactes et conventions avec d'autres Etats, dans les litiges avec les diplomatiques accrédités par l'Etat » Art 256 : « les lois pourront être déclarées inconstitutionnelles à cause de leur forme ou de leur contenu, conformément aux articles suivants ». Art 257 : « La Cour Suprême de Justice a la compétence exclusive pour juger de l'inconstitutionnalité d'une loi » |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | Art. 72 : « l' énumération des droits, des devoirs faite par la Constitution, n'exclut pas les autres droits et devoirs qui sont inhérents à la personne humaine » |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | Art. 6 : « ... La République promouvra l'intégration sociale et économique des Etats Latino-Américains, spécialement |

| | |
|---|--|
| | en ce qui concerne la défense commune de ses produits et des matières premières ». |
| DES TRAITES CONCLUS PAR LES ETATS FEDERES | |

ANNEXE N°10

TABLEAU SUR LES ARTICLES CONSTITUTIONNELS VENEZUELIENS EN LIEN AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

| | |
|---|--|
| DE LA COUTUME INTERNATIONALE | |
| DES TRAITES EN GENERAL | <p>Art 155 : « Dans les traités, les conventions et les accords internationaux conclus par la République devra être inclus une clause qui prévoit la résolution des conflits par les voies pacifiques reconnues dans le droit international »</p> <p>Art 285 : « Ce sont des attributions du Ministère Public : 1. Garantir dans tout procès judiciaire le respect des droits et garanties constitutionnelles, ainsi que des traités, des conventions et des accords internationaux souscrits par la République ».</p> |
| DE LA NEGOCIATION DES TRAITES | <p>Art 236 : « Les attributions et les obligations du Président ou de la Présidente de la République sont :</p> <p>4. Diriger les relations extérieures de la République, conclure et ratifier les traités, les conventions ou les accords internationaux.</p> <p>Les actes du Président ou de la Présidente de la République devront être validés par le Vice-Président ou la Vice-Présidente exécutive et les Ministres respectif avec l'exception des actes contenus dans les numérales 3 et 5 ».</p> |
| DE L'APPROBATION DES TRAITES | <p>Art 187 : « L'Assemblée Nationale est compétente pour : 18. Approuver par loi les traités ou les conventions internationales que l'exécutif national négocie, sauf les exceptions consacrées dans cette Constitution »</p> |
| DE LA DEMOCRACIE DIRECTE DANS LES TRAITES | <p>Art 73 : « seront soumis à un référendum les projets de lois qui sont dans l'Assemblée Nationale, si cela est demandé par les deux tiers de l'Assemblée... Les traités, les conventions ou les accords internationaux qui peuvent compromettre la souveraineté nationale ou qui prévoient le transfert des compétences vers un organe supranational peuvent être soumis à un référendum à l'initiative du Président au sein du conseil des Ministres, soit par les deux tiers de l'Assemblée Nationale ou à la demande du quinze pourcent des électeurs ou des électrices inscrites dans le registre civil et électoral ».</p> |
| DU CONTROLE CONSTITUTIONNEL DES TRAITES | <p>Art. 334 : « tous les juges de la République dans le cadre de leur compétences et en accord avec la Constitution et à la Loi sont dans l'obligation de faire respecter l'intégralité de la constitution. En cas d'incompatibilité entre la Constitution et une loi ou une autre norme juridique s'appliqueront les dispositions constitutionnelles ...</p> |

| | |
|---------------------------------|--|
| | <p>correspond exclusivement à la chambre constitutionnelle du Tribunal Suprême de Justice déclarer la nullité des lois et la nullité des autres actes »</p> <p>Art 336 : « correspond au Tribunal Suprême de Justice : 5. Vérifier à la demande du Président de la République ou à la demande de l'Assemblée Nationale, la conformité des traités avec la Constitution Nationale »</p> |
| DE LA RATIFICATION DES TRAITES | <p>Art. 154 : « les traités conclus par la République doivent être approuvés par l'Assemblée Nationale avant la ratification par le Président ou la Présidente de la République, à l'exception des traités qui ont pour objectif exécuter ou perfectionner des obligations préexistantes, ou d'appliquer des principes expressément reconnus par la Constitution, ou d'exécuter des actes ordinaires dans les relations internationales ou d'exécuter les facultés que la loi attribue expressément au pouvoir exécutif ».</p> |
| DES TRAITES DU DROIT DE L'HOMME | <p>Art. 23 : « Les traités, les pactes et les conventions relatives aux droits de l'homme, souscrits et ratifiés par le Venezuela, ont une hiérarchie constitutionnelle et priment dans l'ordre interne, dans la mesure dans laquelle ils contiennent des normes plus favorables à celles établies par cette Constitution Et par les lois de la République et ils sont d'une application immédiate et directe par les tribunaux et tout organe du pouvoir public »</p> <p>Art 280 : « le défenseur du peuple (équivalent au médiateur de la République) a à sa charge la promotion, la défense et la sauvegarde des droits et des garanties établies dans cette Constitution et dans les traités internationaux qui portent sur les droits de l'homme, ainsi que les intérêts légitimes collectifs ou non des citoyens et citoyennes ».</p> |
| DES TRAITES D'INTEGRATION | <p>Préambule Constitutionnelle : « ... avec l'objectif suprême de refonder la république pour établir une société démocratique, participative, multiethnique et pluriculturelle dans un Etat de justice, fédérale et décentralisé qui (...) promeut la coopération pacifique entre les nations et pousse et consolide l'intégration latino-américaine conformément au principe de non intervention et l'autodétermination des peuples, la garantie universelle et indivisible des droits de l'homme, la démocratie de la société internationale, l » désarmement nucléaire, l'équilibre écologique et les biens juridiques environnementaux comme patrimoine commun de la humanité ».</p> <p>Art. 153 : « la République promouvra et favorisera l'intégration latino-américaine et du Caraïbe à fin d'avancer vers la création d'une communauté de nations,</p> |

| | |
|------------------------|--|
| | <p>en défendant les intérêts économiques, sociaux, culturels, politiques et environnementaux de la région. La République pourra souscrire les traités internationaux qui conjuguent et coordonnent des efforts pour promouvoir le développement commun de nos nations, et qui garantissent le bien-être des peuples et la sécurité collective de ses habitants. Pour réussir la République pourra attribuer aux organisations supranationales, au moyen des traités, l'exercice des compétences nécessaires pour réaliser ces processus d'intégration. Dans les politiques d'intégration et d'union avec l'Amérique Latine et les Caraïbes, la République privilégiera des relations avec l'ibéro Amérique en procurant que ce soit une politique commune pour toute notre Amérique Latine. Les normes qui seront adoptées dans le cadre des accords d'intégration seront considérés comme partie intégrante de l'ordre légal en vigueur et d'application directe et préférentielle à la législation interne »</p> |
| DES TRAITES SIMPLIFIES | <p>Art. 154 : « les traités conclus par la République doivent être approuvés par l'Assemblée Nationale avant la ratification par le Président ou la Présidente de la République, à l'exception des traités qui ont pour objectif exécuter ou perfectionner des obligations préexistantes, ou d'appliquer des principes expressément reconnus par la Constitution, ou d'exécuter des actes ordinaires dans les relations internationales ou d'exécuter les facultés que la loi attribue expressément au pouvoir exécutif ».</p> |

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| Remerciements..... | 4 |
| Liste des principales abréviations et acronymes..... | 5 |
| INTRODUCTION..... | 12 |
| L'existence d'un droit international américain..... | 13 |
| La notion de Constitution en Amérique du Sud..... | 16 |
| Vers une internationalisation de la Constitution | 20 |
| PREMIERE PARTIE : | |
| LES ORIGINES DE L'ADAPTATION CONSTITUTIONNELLE SUD-AMERICAINE | |
| AU DROIT INTERNATIONAL..... | 23 |
| Chapitre I : | |
| La démocratie comme soubassement de l'adaptation constitutionnelle sud-américaine..... | 27 |
| I. Un processus de gestation démocratique..... | 28 |
| A. Les faiblesses de la démocratie électorale..... | 30 |
| B. La démocratie électorale : une valeur universelle..... | 33 |
| II. La démocratie citoyenne comme élément essentiel des réformes constitutionnelles en Amérique du Sud..... | 37 |
| A. Vers une démocratie participative..... | 38 |
| B. La justice constitutionnelle comme garante d'une démocratie renforcée..... | 45 |
| Chapitre II : | |
| Le phénomène de la globalisation..... | 52 |
| I. Les effets de la globalisation dans le rôle interne des Etats sud-américains | 55 |
| A. L'émancipation du marché..... | 55 |
| B. L'adoption des valeurs universelles..... | 58 |
| II. Les effets de la globalisation dans le rôle externe des Etats sud-américains | 62 |

| | |
|--|-----------|
| A. Le développement de l'action internationale des Etats..... | 63 |
| B. La mise en question du concept souveraineté..... | 66 |
| Chapitre III: | |
| Des processus d'intégration régionale..... | 69 |
| I. Les résultats mitigés du régionalisme ouvert..... | 71 |
| A. Une présence grandissante des accords d'intégration économique..... | 72 |
| B. Un manque de solidarité et d'harmonisation..... | 75 |
| II. En quête d'une intégration approfondie..... | 77 |
| A. Les faiblesses du modèle institutionnel intergouvernemental..... | 79 |
| B. Le défi d'un modèle institutionnel supranational..... | 83 |
| CONCLUSIONS PREMIERE PARTIE | 87 |
| DEUXIEME PARTIE : | |
| UNE HETEROGENEITE DANS LES MODES D'INTEGRATION CONSTITUTIONNELLE DU DROIT | |
| INTERNATIONAL NON CONVENTIONNEL..... | 88 |
| Chapitre I : | |
| La coutume internationale..... | 92 |
| I. Le silence constitutionnel face à la coutume internationale..... | 94 |
| A. L'absence de la coutume internationale au sein des Constitutions | |
| sud-américaines | 95 |
| B. La présence de la coutume internationale au travers de la revendication | |
| des coutumes régionales..... | 98 |
| II. La reconnaissance de la coutume internationale par le juge national | 101 |
| A. La reconnaissance générale de la coutume comme source | |
| formelle du droit international..... | 102 |
| B. Une reconnaissance ciblée de la coutume internationale | |
| comme norme du droit international..... | 105 |

Chapitre II :

| | |
|--|-----|
| Les principes du droit international..... | 109 |
| I. La reconnaissance constitutionnelle sélective des principes du droit international..... | 113 |
| A. Les principes de la coexistence pacifique comme lignes directrices des relations interétatiques..... | 115 |
| B. Du principe de coopération en droit international à l'intégration régionale..... | 118 |
| II. Le rôle du juge constitutionnel dans la reconnaissance des principes du droit international..... | 121 |
| A. Une reconnaissance mitigée des principes propres du droit international par la jurisprudence nationale..... | 122 |
| B. Une réticence certaine à l'usage et à la reconnaissance des principes généraux du droit international..... | 125 |

Chapitre III:

| | |
|--|-----|
| <i>Le Jus Cogens</i> | 127 |
| I. La construction du <i>jus cogens</i> en Amérique du Sud..... | 130 |
| A. l'universalité des droits de l'homme comme soubassement du <i>jus cogens</i> dans la jurisprudence de la CIDH..... | 132 |
| B. L'évolution audacieuse du contenu du <i>jus cogens</i> au sein de la jurisprudence de la CIDH..... | 135 |
| II. L'élargissement du <i>jus cogens</i> au profit d'une protection effective de la personne humaine | 139 |
| A. Un rapport d'équivalence entre les crimes contre l'humanité et le <i>jus cogens</i> selon la jurisprudence de la CIDH | 141 |
| B. L'impact de la jurisprudence régionale dans l'approche | |

| | |
|--|------------|
| nationale <i>du jus cogens</i> | 145 |
| CONCLUSION DEUXIEME PARTIE | 151 |
| TROISIEME PARTIE : | |
| LES METHODES DE FORMATION DU DROIT CONVENTIONNEL SELON LES CONSTITUTIONS SUD-AMERICAINES..... | 152 |
| Chapitre I : | |
| Les prérogatives de l'exécutif dans la conclusion des traités..... | 156 |
| I. Les ratifications autonomes du pouvoir exécutif..... | 158 |
| A. <i>Le sole executive agreements</i> | 160 |
| B. <i>Les congressional executive agreements</i> | 164 |
| C. <i>Les executive agreements</i> | 167 |
| II. Les ratifications conditionnées du pouvoir exécutif | 172 |
| A. Les prérogatives du pouvoir exécutif conditionnées à une interprétation prétorienne..... | 173 |
| B. Les prérogatives du pouvoir exécutif conditionnées à l'attribution du pouvoir..... | 179 |
| Chapitre II : | |
| Les prérogatives du législatif dans la conclusion des traités..... | 187 |
| I. Le domaine de l'intervention parlementaire..... | 189 |
| A. Une intervention parlementaire soumise au système de listes constitutionnelles..... | 190 |
| B. Une intervention parlementaire conditionnée à une pratique constitutionnelle..... | 193 |
| II. La portée de l'intervention parlementaire | 198 |
| A. La portée de l'intervention parlementaire comme un acte d'autorisation limitée..... | 200 |

| | | |
|----------------------------------|---|-----|
| B. | L'intervention législative comme un acte de contrôle diffus..... | 203 |
| III. | La démocratie directe comme un facteur du déclin du législatif..... | 206 |
| A. | Du silence à l'interdiction constitutionnelle du référendum dans la formation des traités..... | 210 |
| B. | Le référendum comme moyen facultatif de substitution au pouvoir législatif dans la conclusion des traités..... | 217 |
| C. | Le caractère obligatoire du référendum : vers un effacement de la démocratie représentative ?..... | 222 |
| Chapitre III : | | |
| | L'intervention du pouvoir judiciaire..... | 225 |
| I. | Un contrôle <i>a priori</i> obligatoire et automatique..... | 231 |
| A. | Un contrôle constitutionnel <i>a priori</i> obligatoire et automatique intégral..... | 232 |
| B. | Un contrôle constitutionnel <i>a priori</i> obligatoire et automatique limité | 235 |
| II. | Un contrôle <i>a priori</i> facultatif..... | 238 |
| A. | Un contrôle constitutionnel <i>a priori</i> soumis à une pétition | 239 |
| B. | L'absence d'une modalité de contrôle <i>a priori</i> | 242 |
| CONCLUSION TROISIEME PARTIE..... | | 245 |

QUATRIEME PARTIE :

LE CONFLIT DES NORMES : LA VALEUR CONSTITUTIONNELLE DES NORMES INTERNATIONALES DANS LES ETATS SUDAMERICAINS.....

246

Chapitre I:

| | | |
|----|---|-----|
| | Le contrôle constitutionnel <i>a posteriori</i> des traités internationaux..... | 249 |
| I. | Un contrôle <i>a posteriori</i> concentré | 250 |
| A. | Une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet <i>inter partes</i> | 251 |

| | | |
|---------------|--|-----|
| B. | Une déclaration d'inconstitutionnalité avec effet <i>erga omnes</i> | 255 |
| II. | Un contrôle <i>a posteriori</i> diffus conditionné à une évolution prétorienne | 258 |
| A. | Un élargissement jurisprudentiel de la portée du contrôle <i>a posteriori</i> en faveur du principe de la suprématie constitutionnelle | 259 |
| B. | Une délimitation jurisprudentielle de la portée du contrôle <i>a posteriori</i> en faveur des principes du droit international | 262 |
| Chapitre II: | | |
| | Le conflit entre les traités internationaux classiques et les lois nationales..... | 267 |
| I. | La valeur juridique des traités classiques en droit interne selon la Constitution | 270 |
| A. | La valeur supra-législative des traités classiques | 270 |
| B. | L'absence constitutionnelle de hiérarchie normative dans l'ordre juridique interne..... | 273 |
| II. | La valeur juridique des traités internationaux classiques en droit interne selon l'interprétation du juge national..... | 275 |
| A. | Une interprétation à la lumière du droit international limitée..... | 276 |
| B. | Une interprétation à la lumière du droit international très large..... | 279 |
| Chapitre III: | | |
| | La position privilégiée des droits de l'homme en tant que « Jus cogens » | 281 |
| I. | La constitutionnalisation du droit international des droits de l'homme | 283 |
| A. | La dignité humaine d'une valeur universelle à un principe constitutionnel..... | 284 |
| B. | Les clauses ouvertes des droits de l'homme et le bloc de constitutionnalité | 287 |
| II. | Une hiérarchie normative sui generis dans l'ordre juridique interne..... | 293 |
| A. | Une valeur constitutionnelle expressément reconnue par la Constitution nationale..... | 294 |
| B. | Une valeur constitutionnelle reconnue par voie prétorienne..... | 297 |
| III. | Une hiérarchie entre le juge national et le juge international face à l'internationalisation du caractère de norme impérative des droits de l'homme | 303 |

| | |
|--|------------|
| A. Le contrôle de conventionnalité en tant que compétence naturelle du juge national..... | 307 |
| B. Le contrôle de conventionnalité en tant qu'une contrainte imposée au juge national..... | 311 |
| CONCLUSION QUATRIEME PARTIE..... | 312 |
| CONCLUSIONS GENERALES..... | 318 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 321 |
| ANNEXES | 369 |
| Annexe 1 : Tableau sur les articles constitutionnels Argentins en lien avec le droit international..... | 369 |
| Annexe 2 : Tableau sur les articles constitutionnels Boliviens en lien avec le droit international | 374 |
| Annexe 3 : Tableau sur les articles constitutionnels Brésiliens en lien avec le droit international | 377 |
| Annexe 4 : Tableau sur les articles constitutionnels Chiliens en lien avec le droit international | 379 |
| Annexe 5 : Tableau sur les articles constitutionnels Colombiens en lien avec le droit international | 381 |
| Annexe 6 : Tableau sur les articles constitutionnels Equatoriens en lien avec le droit international | 383 |
| Annexe 7 : Tableau sur les articles constitutionnels du Paraguayens en lien avec le droit international..... | 387 |
| Annexe 8 : Tableau sur les articles constitutionnels Péruviens en lien avec le droit international | 389 |
| Annexe 9 : Tableau sur les articles constitutionnels Uruguayens en lien avec le droit international | 391 |
| Annexe 10 : Tableau sur les articles constitutionnels Vénézuéliens en lien avec le droit international | 393 |