Les parlements et les traités internationaux

FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO

« La tradition démocratique associe (…) nécessairement les représentants de la nation à toutes les grandes décisions de politique étrangère. »[1]

« (…) the (non-)democratic credentials of the treaty power still present an unresolved constitutional question today: for even modern constitutionalism accepts – otherwise unacceptable – limits on parliamentary democracy when it comes to the conclusion of treaties. »[2]

« The argument in favor of unilateral presidential lawmaking rests in part on a mistaken assumption that less democratic international lawmaking is more effective international lawmaking. But there is good reason to question this claim. Effective international lawmaking requires not just an unfettered negotiator but also widespread political support for the deal the negotiator strikes. When an agreement is concluded behind closed doors, with little or no input from Congress or the public at large, it can be difficult to build political support for the agreement that results. »[3]

Introduction

1. L'indifférence du Droit international des traités aux modalités nationales d'engagement conventionnel, et ses raisons – Ni dans la section 1 (conclusion des traités) de sa partie II, ni dans son article 2.1.b. sur l'engagement de l'État ou dans le couple des articles 27 et 46 sur le Droit interne des États parties à un traité, la Convention de Vienne ne mentionne le rôle des parlements – ou des corps intermédiaires, ou des citoyens eux-mêmes – dans la négociation, la conclusion ou la ratification des traités, ou d'ailleurs dans leur dénonciation. Pourtant, cette question est politiquement cruciale : du point de vue de l'équité, elle détermine la mesure dans laquelle les traités garantiront de manière prépondérante les intérêts des groupes de pression, des classes sociales auxquels les négociateurs sont liés, et les intérêts et vues des négociateurs et des décideurs eux-mêmes (« l'exécutif »), ou au contraire l'intérêt général d'une population, ses besoins et ses aspirations telles qu'elle-même – ou au moins l'assemblée de ses représentants élus – les envisagent. Du point de vue de la Démocratie, les modalités par

[1] ÉLISABETH ZOLLER, *Droit des relations extérieures*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1992, p. 189 §156.
[2] ROBERT SCHÜTZE, « Parliamentary Democracy and International Treaties », *Global Policy*, oct. 2017, vol. 8, n°6, p. 7 *in fine*.
[3] OONA A. HATHAWAY, « Presidential Power over International Law: Restoring the Balance », *Yale Law Journal*, 2009, vol. 119, n°2, p. 147.

lesquelles un État fixe le contenu de ses obligations internationales définissent de manière directe et essentielle, au niveau national, le caractère démocratique ou autoritaire de ses engagements internationaux ; de manière indirecte et partielle, elles concourent ou au contraire s'opposent à la formation, au niveau mondial, d'un Droit international conforme à l'idéal démocratique[4].

Néanmoins, le silence de principe du Droit international sur les modes d'engagement conventionnel de chaque État est heureux. Le caractère démocratique des sources du Droit *international* est l'affaire de l'ensemble des États agissant sur le plan international, de manière multilatérale, mais le caractère démocratique des modalités *nationales* par lesquelles chaque État s'engage sur le plan international est l'affaire de chaque nation. Déterminer trop précisément, par des règles internationales, ce que doivent être les modalités nationales d'engagement international – fût-ce au prétexte d'accroître l'influence des règles internationales dans les États ou même de démocratiser ces derniers – aboutirait en réalité au contraire, à savoir fixer par le haut et par des règles elles-mêmes de source peu démocratique, ce que doit être la Démocratie au niveau de chaque État.

Les États sont à ce point convaincus de l'opportunité de cette répartition des rôles entre les Droits nationaux et le Droit international que, dominés par le principe de bonne foi plutôt que par le formalisme, le Droit international coutumier des traités et la Convention de Vienne sur le Droit des traités sont à peu près indifférents aux modalités « internes » par lesquelles un État choisit de s'engager à respecter un traité (ou au contraire de le dénoncer). On peut y voir un effet particulier du principe général d'indifférence du Droit international coutumier à l'égard de l'organisation interne de l'État[5]. Or, alors que ce principe d'autonomie constitutionnelle est de plus en plus remis en question par les deux Droits européens en ce qui concerne la détermination des effets nationaux des instruments internationaux (applicabilité immédiate, effet direct, etc.), la place attribuée aux règles internationales dans la hiérarchie nationale des normes (primauté ?) et même les conditions de validité de ces règles en Droit national (Régularité des procédures nationales d'approbation ou de ratification du traité, réciprocité dans le respect du traité[6], publication en Droit national), les procédures nationales relatives à

[4] Dans un sens concordant sur ces derniers points, v. not. IAIN CAMERON, « Swedish Parliamentary Participation in the Making and Implementation of Treaties », *Nordic Journal of International Law*, 2005, vol. 74, p. 436.
[5] V. par ex. en ce sens : ROMAIN LE BŒUF, « La double nature de la ratification des traités : observations sur les discordances entre les procédures constitutionnelles et internationales », *RFDC*, 2016, vol. 107, n°3, p. 616.
[6] La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé – par exemple – que la condition constitutionnelle française de réciprocité (qui doit être remplie pour que les traités et accords aient « une autorité supérieure à celle des lois ») devait être appréciée par le juge et non par le Quai d'Orsay. V. CourEDH, 2ème sect., 13 fév. 2003, *Chevrol c. France*, aff. n°49636/99, spéc. §§ 76-84. Le juge administratif estime désormais clairement « qu'il [lui] appartient

l'engagement conventionnel continuent, de leur côté, de refléter essentiellement les choix effectués par chaque État pour lui-même, en fonction de sa conception, d'un côté de la séparation des pouvoirs[7], et de l'autre de son rapport au Droit international[8].

2. Configuration générale de la question : la persistance de la faiblesse des pouvoirs du parlement et son inadéquation aux fonctions remplies aujourd'hui par les traités – Les règles constitutionnelles relatives à la négociation, à la conclusion et à la ratification des traités sont presque toujours marquées par le fait que « la conduite des relations internationales est [au sein des États] l'apanage du chef de l'État[9] [et du gouvernement ; et au sein de l'Union

(…) de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie » (CE, Ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, aff. no 317747, Lebon. p. 251). Sur les obligations internationales en matière de droits de l'homme qui impliquent pour les États d'adopter une certaine organisation interne, v. ANNA GLAZEWSKI, *Les « obligations structurelles » de l'État au regard du droit international des droits de l'homme : recherche sur une nouvelle catégorie juridique*, thèse sous la dir. d'Emmanuel Decaux, 21 déc. 2018, Université Paris II. Du point de vue du Droit international strictement entendu (*i.e.* par exclusion des deux Droits européens), c'est surtout la cristallisation coutumière d'obligations internationales conventionnelles telles que celle de fournir un procès équitable à différents types de requérants, qui est susceptible de limiter le principe général d'indifférence aux modalités d'application du Droit international en Droit national. Comp. HERVE ASCENSIO, « Chapitre IV – Les relations extérieures », in MICHEL TROPER, DOMINIQUE CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », t. 2 – *Distribution des pouvoirs*, 2012, p. 684.

[7] C'est là l'idée centrale de la première partie de la thèse de VALERIE GOESEL-LE BIHAN sur *La répartition des compétences en matière de conclusion des accords internationaux sous la Vème République*, préf. de DENYS SIMON, Pedone, 1995, pp. 11-197 (« La répartition des compétences internationales, projection de la répartition des compétences internes – Le domaine de la loi d'autorisation »). Examinant lui aussi le cas de la France, ALAIN PELLET fait débuter son commentaire de l'article 53 de la Constitution par la même idée, qu'il nuance cependant par la suite (« Article 53 » in FRANÇOIS LUCHAIRE, GERARD CONAC (dir.), *La Constitution de la République française – Analyses et commentaires*, Économica, 1987, 2ème éd., p. 671 §1). L'architecture institutionnelle d'un État n'étant pas immuable, un changement substantiel de régime entraîne généralement des réflexions et des décisions nouvelles relativement aux organes et procédures qui permettent à l'État de s'engager sur un plan international. Sur le cas de la Vème République française, v. MICHEL LESAGE, « Les procédures de conclusion des accords internationaux de la France sous la Ve République », *AFDI*, 1962, vol. 8, spéc. p. 873 qui montre – après seulement quelques années de vie du nouveau régime – que les règles relatives à la conclusion des accords prévalant après 1958 ne semblent différer qu'à la marge de celles de la IVème République, mais que les nouveaux rapports entre le Président et le Parlement et donc la pratique issue du nouveau texte ont « étendu largement les différences entre les modes de conclusion des accords internationaux sous la IVème et sous la Vème République ». Sur les exemples de l'Afrique du Sud après l'apartheid et de la Russie après l'effondrement de l'URSS, v. BOTHA NEVILLE, « National Treaty Law and Practice: South Africa », *Studies in Transnational Legal Policy*, 2003, vol. 33, spéc. pp. 199, 201-209 (qui souligne la prolifération de traités conclus après 1993 et l'ambiguïté de la nouvelle Constitution, mais qui oppose les règles en vigueur – d'ailleurs proches de celles qui prévalent en France – tantôt aux règles de la Constitution « intérimaire » (p. 202), tantôt à l'ensemble de la période antérieure à 1993 (p. 204)) ; WILLIAM E. BUTLER, « National Treaty Law and Practice: Russia », *Studies in Transnational Legal Policy*, 2003, vol. 33, qui remarque p. 158 que la liste des traités dont la ratification est soumise à autorisation parlementaire en Russie (a. 15 de la loi de 1995) est plus longue que sous le régime dit « soviétique » (comp. « USSR : Law on the Procedure for the Conclusion, Execution, and Denunciation of International Treaties », trad. de William E. Butler, *ILM*, 1978, vol. 17, pp. 1115-1122, dont l'a. 14 ne prévoit la possibilité, pour les commissions spécialisées du Soviet Suprême, que d'émettre une « *adequate opinion* » sur la ratification envisagée). Sur le cas de la Pologne, v. WLADYSLAW BARTOSZEWSKI, « Political System and Foreign Policy – Democracy and Foreign Policy », *Polish Foreign Affairs Digest*, 2001, vol. 1, pp. 41, 44 (à propos des changements opérés et des changements nécessaires dans les politiques menées mais aussi dans la manière de les mener du fait du passage à l'ère post-soviétique).

[8] C'est également ce que la CJUE a affirmé concernant les modalités par lesquelles l'Union européenne s'engage conventionnellement. V. CJUE, Gr. ch., 24 juin 2014, *Parlement c. Conseil*, aff. n°C-658/11, §§ 55-57, 80-81.

[9] Qui peut être formellement, en Droit (cas de la Belgique ou des États du *Commonwealth*) ou véritablement, en pratique une Reine ou un Roi (cas du Maroc par exemple – article 55 de la Constitution –, ou de la Thaïlande –

européenne (UE), celle du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne] alors que le pouvoir de faire le droit relève normalement d'un pouvoir législatif qui en est distinct, même s'il y est associé »[10]. Il en résulte que, dans la plupart des États et particulièrement en France, le fréquent déséquilibre en faveur des pouvoirs présidentiel et gouvernemental est encore plus accentué en matière internationale qu'en matière nationale[11]. Certes, à moins de vouloir expressément autoriser l'exécutif à négocier, conclure et ratifier de manière exclusive et discrétionnaire des traités dans les domaines de compétence du parlement, autrement dit à moins de permettre en toutes lettres à l'exécutif de réduire à néant le pouvoir normatif du parlement, il est logiquement nécessaire d'impliquer formellement les parlementaires dans les procédures conventionnelles[12]. L'immense majorité des constitutions nationales s'y résolvent, mais les conditions dans lesquelles les parlements peuvent, tant juridiquement que pratiquement, intervenir donnent une fausse impression. En dehors de cas importants mais finalement très rares, les parlementaires n'ont en effet aucune influence substantielle sur le contenu des traités, et même, contrairement aux apparences, sur l'engagement définitif de l'État à les respecter. Or, il existe un lien entre, d'une part l'implication réelle du parlement et du peuple dans les procédures relatives aux traités, et d'autre part leur équité, leur acceptation sociale, leur bonne application et leur « place » dans les hiérarchies internes des actes et règles juridiques.

3. Le lien entre d'une part l'implication du parlement et du peuple dans les procédures relatives aux traités, et d'autre part leur équité, leur acceptation sociale, leur bonne application et leur « place » dans la hiérarchie interne des actes et règles juridiques – Il est généralement entendu qu'il doit, en Démocratie, exister un lien étroit entre le caractère démocratique d'une procédure à l'origine d'une règle, et la primauté juridique et l'importance

Section 178 de la Constitution de 2017), un Président de la République (cas de la France par exemple), le gouverneur général d'un monarque (cas du Canada par exemple), etc.

[10] JOE VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, 1980-2, p. 250.

[11] V. par ex. en ce sens pour les articles 52, 53 et 54 de la Constitution française : ALINA MIRON, ALAIN PELLET, « "Nationalisation" du droit international et particularismes constitutionnels français », *Les limites du droit international – Essais en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2014, p. 327 §6.

[12] Il est naturellement possible de contester sur cette base le caractère exclusif de l'exercice du pouvoir diplomatique, par exemple en France comme le fait DENYS DE BECHILLON dans son ouvrage *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, préf. de PIERRE BON, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 83. L'auteur ne parvient cependant à maintenir cette thèse qu'en adoptant une approche extrêmement formaliste, certes favorable à la thèse générale développée dans l'ouvrage, mais beaucoup plus trompeuse que révélatrice de la réalité des pouvoirs concourant à la détermination des engagements conventionnels de l'État français. LUZIUS WILDHABER (*Treaty-Making Power and Constitution: An International and Comparative Study*, Helbing & Lichtenhahn, 1971, pp. 243-244 §127) défend, sur un plan général, une vue relativement similaire mais encourt le même reproche : il ne suffit pas d'affirmer que la détention théorique, par le parlement ou l'une de ses chambres, de la faculté d'empêcher une décision de l'exécutif signifie qu'il participe à cette décision ; il faut encore prouver qu'en pratique, il est bien en mesure d'exercer un tel pouvoir.

concrète conférées à cette règle dans une société politique. Ainsi, les constituants souhaitant que les règles conventionnelles aient une *grande* influence dans les Droits internes, et qu'elles concurrencent ainsi la loi votée par le parlement, voire les lois référendaires, doivent concéder que cela ne peut avoir lieu qu'à condition que ces règles conventionnelles fassent l'objet d'une procédure législative ou référendaire *équivalente*. Historiquement, l'insertion dans la Constitution des États-Unis de la « clause de suprématie » des lois *et des traités*, révolutionnaire à l'époque, allait de pair avec l'approbation de la ratification des *treaties* à une forte majorité du Sénat[13]. D'une manière similaire, les États monistes qui exigent l'approbation parlementaire de la ratification d'au moins certains traités (c'est le cas de la plupart des États d'Europe continentale, mais également de l'Égypte, du Mexique ou de la Russie)[14] confèrent très généralement à ces traités une valeur supérieure ou égale à la loi.

Ces États, qui sont les plus nombreux, se situent à peu près au milieu d'un ensemble où les systèmes juridiques seraient classés à la fois du point de vue du niveau hiérarchique qu'ils confèrent en Droit national aux normes conventionnelles, et du point de vue du caractère démocratique des procédures nationales qui permettent leur formation : à un pôle du spectre en effet, en Suisse, la Constitution affirme la primauté du Droit international sur le Droit national *sans exclure le cas du Droit constitutionnel*[15], et les constituant suisses s'attachent à aligner soigneusement les modalités nationales de détermination du contenu des traités et d'engagement de l'État, sur les modalités des normes nationales de valeur équivalente. Partant, les procédures nationales de confection des traités font participer réellement, non seulement le Conseil fédéral (« l'exécutif ») mais encore l'Assemblée fédérale, les cantons et les citoyens[16].

---

[13] Sur l'origine de la consécration de la règle des 2/3 des membres du Sénat, dans des considérations tenant à deux traités particuliers, impliquant notamment les droits de certains États fédérés, v. R. EARL MCCLENDON, « Origin of the two-thirds rule in senate action upon treaties », *The American Historical Review*, 1931, vol. 36, n°4, pp. 768-772.

[14] V. les tableaux fournis par PIERRE-HUGUES VERDIER ET MILA VERSTEEG, « International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation », *AJIL*, 2015, vol. 109, p. 519.

[15] Article 5 §4 (« La Confédération et les cantons respectent le droit international. ») et article 190 de la constitution (« Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international »). Tandis qu'une partie de la doctrine en tire la primauté absolue de l'ensemble du Droit international sur l'ensemble du Droit constitutionnel, une autre partie estime que les droits fondamentaux constitutionnellement garantis, ou ces derniers et les principes fondamentaux de la Constitution doivent faire l'objet d'une priorité d'application par rapport aux règles internationales dispositives. La jurisprudence, assez hétérogène, ne permet pas de trancher la question, certaines décisions faisant primer les lois fédérales postérieures tandis que d'autres soutiennent la primauté des traités, du moins lorsqu'il s'agit de traité de protection des droits de l'homme. V. LUZIUS WILDHABER, ADRIAN SCHEIDEGGER, MARC SCHINZEL, « National Treaty Law and Practice: Switzerland », in DUNCAN HOLLIS, MERRITT R. BLAKESLEE, L. BENJAMIN EDERINGTON (Eds.), *National Treaty Law and Practice – Dedicated to the Memory of Monroe Leigh*, Martinus Nijhoff, 2005, spéc. pp. 658-664 et les notes 76 et s. et 86 et s.

[16] Même avant la révision constitutionnelle de 1999 (adoptée par votation populaire et entrée en vigueur le 1er janvier 2000), la Constitution mettait en principe le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale à égalité concernant les relations extérieures ; les traités importants étaient systématiquement soumis à l'Assemblée ; et « trois

Dans un sens relativement comparable, au Pays-Bas ou en Belgique où les juges tendent à placer les traités tout en haut de la hiérarchie des normes, les parlements jouent un rôle important dans la ratification des traités, mais aussi parfois dans leur signature (que les parlements régionaux belges peuvent bloquer dans certains cas) ou dans leur dénonciation (qui, aux Pays-Bas, doit faire l'objet d'une approbation parlementaire si les traités en question ne pouvaient être ratifiés qu'avec la même approbation). À l'autre bout du spectre, en Inde, au Canada ou en Israël, où les juges refusent généralement d'écarter la législation ordinaire contraire à un traité[17], et où ils estiment ce dernier inapplicable lorsqu'il n'est pas mis en œuvre

catégories de traités [étaient] sujets au référendum optionnel, et l'Assemblée fédérale [pouvait] en outre décider de soumettre les autres traités au référendum optionnel » (a. 141, al. 2 de la Constitution de 1999). Depuis 1977, il est en effet possible à 50 000 citoyens ou à huit cantons de contester, pendant quatre-vingt-dix jours, le décret d'approbation de la ratification de trois types de traité : les traités conclus pour une durée indéfinie sans possibilité de dénonciation conventionnellement précisée, les traités d'adhésion à des organisations internationales, et les traités entraînant une unification multilatérale du droit (a. 141, al. 1, *d)* de la Constitution de 1999). Enfin, deux catégories de traité, les traités d'adhésion à une organisation « supranationale » (comme l'Union européenne) et ceux relatifs à une adhésion à une organisation de sécurité collective (comme l'OTAN mais également comme l'ONU), doivent obligatoirement faire l'objet d'un référendum et être approuvés par une majorité des votants et une majorité des cantons. Depuis la loi fédérale du 22 décembre 1999, les pouvoirs de l'Assemblée sont renforcés (a. 166 al. 1et 2 et a. 184, al. 1 de la Constitution) et les cantons sont « associés à la préparation des décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels » et notamment « aux négociations internationales » lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter leurs compétences (a. 55, al. 1 et 3 de la Constitution). La loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 a encore augmenté les compétences de l'Assemblée (a. 17 et a. 152, al. 3 en particulier). De leur côté, les règles relatives aux possibilités et obligations de référendum ont été maintenues après 1999. En outre, par une votation populaire relative à la *Révision des droits populaires*, votation qui recueillit plus de 70% des voix le 9 février 2003, la possibilité des citoyens d'initier un référendum sur la ratification d'un traité a été étendue. Enfin, par une loi fédérale du 21 juin 2019 sur les compétences en matière de conclusion, de modification et de dénonciation des traités internationaux, la Suisse a décidé qu'il fallait limiter le pouvoir du Conseil fédéral, d'un côté d'appliquer les traités de manière provisoire, et de l'autre de les dénoncer. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le Conseil fédéral ne peut plus conclure, modifier ou dénoncer seul un traité, à moins que ce traité ou cette modification soit mineur, ou que le Conseil y ait été autorisé par la Constitution, par une loi fédérale ou par un traité international approuvé par l'Assemblée fédérale (article 7*a* de la loi du 21 mars 1997 (RS 172.010), modifié par la loi fédérale du 21 juin 2019). Dans les autres cas, l'Assemblée fédérale « approuve la conclusion, la modification ou la dénonciation des traités internationaux » (Article 24, al. 2 de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (RS 171.10) modifiée par la loi fédérale du 21 juin 2019). Dans l'hypothèse particulière où le Conseil fédéral dénoncerait le traité « sans l'approbation de l'Assemblée fédérale » au motif que « la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent », il doit néanmoins retirer sa dénonciation en cas d'opposition conjointe des commissions compétentes des deux conseils (article 7b bis de la loi du 21 mars 1997 (RS 172.010) et article 152, al. 3 *ter* de la loi du 13 décembre 2002 (RS 171.10) telles que ces lois sont modifiées par la loi fédérale du 21 juin 2019). Les passages en force de l'exécutif motif pris de l'urgence de l'application provisoire d'un traité ou de sa dénonciation sont ainsi efficacement neutralisés.

[17] Dans ces trois États, l'application des traités qui établissent de nouvelles obligations et ne sont pas mis en œuvre par la législation nationale doit être écartée si les dispositions de ces traités sont contraires à la loi, à moins qu'une loi spéciale ne prévoie le contraire ou que le conflit puisse être résolu par l'interprétation. On peut noter qu'en Inde, l'incompétence du Parlement dans les procédures conventionnelles est contraire au sens courant de la Constitution (a. 246(1) combiné à la Liste n°1, clause 14) mais que la jurisprudence l'a toujours interprété dans un sens exclusivement favorable au pouvoir exécutif. V. Haute Cour de Calcutta (Inde), 11 août 1954, *Union Of India (Uoi) vs Manmul Jain*, AIR 1954 Cal 615, 59 CWN 107, spéc. §9 ; Cour suprême (Inde), 9 janvier 1969, *Maganbhai Ishwarbhai Patel v. Union of India*, AIR 1969 S.C., et surtout Cour suprême (Inde), *CRV Committee, S.L.S.R.C.C.L. v. Union of India*, AIR 1983. Sur les aspects évoqués des Droits de ces trois États, v. : J. S. BAINS, « Constitutional aspects of Treaties », *The Indian Journal of Political Science*, 1961, vol. 22, n°1/2, spéc. p. 82 ; K. TAKHORE, « National Treaty Law and Practice: India », in DUNCAN HOLLIS ET AL. (Eds.), *op. cit.* note 15, 2005, spéc. pp. 354-360 ; MERRITT R. BLAKESLEE, L. BENJAMIN EDERINGTON, « Introduction », MAURICE COPITHORNE,

par un acte juridique national, le gouvernement n'a aucune obligation d'obtenir l'approbation ou même de consulter le parlement – sans même parler des citoyens – pour ratifier un traité, même de très grande importance.

Du point de vue du respect des conventions internationales, on peut remarquer que la Suisse est d'un côté un État où – de manière quasiment unique – le caractère démocratique des procédures d'introduction des traités est à peu près équivalent (quoique ce soit discuté) à ce qu'il est pour les procédures d'introduction des lois, et de l'autre probablement l'État le plus pacifique du monde et de ceux qui respectent le mieux le Droit international. En outre, si l'on s'intéresse au rapport du citoyen suisse ordinaire au Droit international, on peut noter que c'est par un référendum d'initiative populaire que la population suisse a obligé, en 2002, le Conseil fédéral à faire adhérer la Confédération suisse à l'Organisation des Nations unies (elle avait également autorisé par référendum l'entrée de la Suisse à la Société des Nations en 1920[18]) ; et c'est par un référendum négatif qu'elle s'est opposée en 2018 à l'affirmation de la primauté du Droit constitutionnel suisse sur le Droit international dispositif…ce qui n'aurait été que la reconnaissance de ce qui est expressément affirmé dans pratiquement tous les États du monde !

On le voit, la logique démocratique implique que si l'on estime que les règles internationales et régionales doivent, au moins dans certains cas, jouer un rôle majeur dans les Droits nationaux, les actes qui les portent doivent être façonnés et adoptés au plus proche des citoyens qu'ils concernent. L'incapacité des exécutifs agissant dans la sphère internationale à faire la place nécessaire à cette logique démocratique est selon nous assez incontestablement la racine fondamentale, d'un côté de la déconnexion fréquente (et au moins, fréquemment perçue) des intérêts des populations et des intérêts garantis par les traités, et de l'autre et consécutivement, de la dénonciation parlementaire, populaire, syndicale, associative, etc. de ces traités, voire, de manière parfois plus démagogique, de la « mondialisation ». L'exemple suisse montre cependant que les procédures nationales *peuvent* fournir aux citoyens la garantie que les traités consacreront *leur* point de vue sur leurs intérêts, besoins ou projets – lorsqu'ils sont communs à d'autres peuples ou qu'il est possible de les accorder avec les leurs – et qu'une démocratisation de ces procédures peut efficacement neutraliser la critique du caractère *oligarchique* des traités,

« National Treaty Law and Practice: Canada », et RUTH LAPIDOTH, « National Treaty Law and Practice: Israel », in *National Treaty Law and Practice (vol. III)*, *ASIL – Studies in Transnational Legal Policies*, 2003, vol. 33, respectivement pp. xv, 9 et 74.

[18] Elle a en revanche rejeté l'adhésion à l'Espace économique européen par une votation populaire du 6 décembre 1992, ce qui a abouti au gel de sa demande d'adhésion à la Communauté économique européenne (CEE).

qui perd alors de sa pertinence, tout en ne laissant subsister que la critique, beaucoup moins convaincante, des traités en tant qu'ils sont *internationaux*.

4. Annonce du plan – Ce n'est malheureusement pas ainsi, à savoir comme un impératif démocratique et une exigence d'équité et d'efficacité du Droit international, que l'implication substantielle du parlement et du peuple dans les procédures relatives aux traités est généralement envisagée. Et c'est ce qui explique que le mouvement en faveur du parlement amorcé par les Révolutions américaine et française, puis relancé par la Révolution russe et la Première Guerre mondiale, et enfin prolongé par la décolonisation se soit largement enrayé. L'accroissement du nombre, de l'importance, des domaines couverts et du caractère « intrusif » des traités, ainsi que les demandes logiquement de plus en plus fréquentes et de plus en plus fortes, de la part des parlements, des populations et de la « société civile » (associations et syndicats), de procédures internationales plus démocratiques auraient dû accélérer et amplifier le mouvement et aboutir à des réformes radicales. Tel n'a pas été le cas.

En effet, en dehors de rares exceptions géographiques (les États-Unis, la Suisse, le Royaume-Uni depuis peu, dans une certain mesure l'Union européenne et l'Allemagne) ou temporelles (certaines périodes de la IIIème et de la IVème Républiques en France), la toute-puissance de l'exécutif et la relative « absence » des parlements dans les procédures de négociation, de conclusion et de ratification des traités ont été la norme. Dans la période contemporaine comme auparavant, ce déséquilibre est résulté directement des règles constitutionnelles en la matière, ainsi que de leur mise en œuvre dans des régimes politiques où le rapport ordinaire du pouvoir parlementaire avec les pouvoirs présidentiel et/ou gouvernemental est à la faveur du second (I). Ces dernières décennies, ce déséquilibre a été accentué par la multiplication des cas de contournement des parlements par l'exécutif. Surtout, l'impuissance des parlements dans les procédures conventionnelles, à une époque où les exécutifs ont choisi de multiplier les traités, les institutions internationales et leur influence sur les législations nationales, est devenue de plus en plus intenable. Cette aggravation sans précédent du problème posé par la toute-puissance de l'exécutif et par « l'absence » des parlements a rendu, et va certainement continuer de rendre de plus en plus massive et virulente la revendication de procédures internationales plus transparentes et plus participatives (II).

I. Les causes du maintien de la toute-puissance de l'exécutif et de « l'absence » des parlements

5. Annonce du plan – Globalement, la faiblesse des pouvoirs du parlement dans les procédures de négociation, conclusion, ratification et dénonciation des traités et accords, a deux sources : premièrement, ce que prévoient les règles de Droit, c'est-à-dire souvent assez peu de chose sinon la domination de l'exécutif en matière internationale (A) ; deuxièmement et peut-être surtout, le fait que l'interprétation généralement retenue de ces règles est celle qui est imposée par l'exécutif, ou par une cour suprême aux membres nommés par l'exécutif ou des autorités proches de ce dernier, dans des régimes qui font généralement déjà la part belle à l'exécutif. Assez mécaniquement, l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes ont été plus favorables à l'exécutif qu'au(x) parlement(s), aux citoyens et aux corps intermédiaires. Le contournement des parlements par l'exécutif a donc été récurrent (B).

A. Les causes constitutionnelles de l'impuissance des parlements

6. Configuration générale des dispositions constitutionnelles relatives au rôle des parlements dans les procédures conventionnelles – Si l'on excepte des constitutions relativement récentes et incontestablement plus précises[19], l'immense majorité des constitutions sont assez allusives en ce qui concerne les pouvoirs du parlement et, dans les États fédéraux, des parlements régionaux. Ce qui est prévu varie suivant les constitutions, mais le schéma comporte pratiquement toujours deux éléments. Le premier élément est historiquement issu des monarchies absolues d'Europe, donc de régimes autoritaires ayant prévalu à une époque où les traités jouaient un rôle presque entièrement différent[20]. Il pose la toute-puissance

[19] Comme celles de la République du Kosovo de 2008 ou du Soudan du Sud de 2011. Celles-ci se sont alignés peu ou prou sur le modèle dominant issu de la Constitution belge de 1831 (qui fixait une liste des types de traité dont la ratification est soumise à autorisation parlementaire) et des ajouts post-1918 et post-1945 (extension de cette liste) mais en réglant des questions qui n'étaient traditionnellement pas abordées, comme celle de la dénonciation des traités, du contrôle de l'action gouvernementale en dehors des sessions parlementaires, ou encore celle du rôle du parlement à l'égard des traités dont la ratification n'est pas soumise à approbation parlementaire. V. l'a. 18 de la Constitution kosovare, qui prévoit qu'un grand nombre de traités (al. 1) ne peut être ratifiés *ou dénoncés* (al. 4) qu'avec l'autorisation de l'Assemblée statuant aux 2/3 de ses membres, et qui prévoit également que l'Assemblée doit être tenue informée (al. 3) de la signature des accords ne faisant pas l'objet d'approbation (al. 2). V. également l'a. 57 *d)* (compétence de l'Assemblée pour approuver la ratification) et l'a. 86, al. 7 (compétence de l'Assemblée pour transférer son pouvoir d'approbation des accords bilatéraux et régionaux pendant qu'elle n'est pas en session ; mais nécessité d'obtenir par la suite une telle approbation de l'Assemblée) de la Constitution du Soudan du Sud.

[20] Comme beaucoup d'autres aspects des négociations diplomatiques et notamment comme leur caractère secret (v. par ex. AURELIEN COLSON, « La négociation diplomatique au risque de la transparence : rôles et figures du secret envers des tiers », *Négociations*, 2009, vol. 1, n° 11, pp. 32-33), l'affirmation du monopole de l'exécutif

de l'exécutif en matière de relations extérieures, et souvent explicitement en matière de négociation et conclusion des traités internationaux. Cette affirmation initiale d'un pouvoir exclusif et discrétionnaire de négocier et conclure les traités repose sur l'idée que le droit de faire des traités est dérivé du droit de faire la guerre, et que celui-ci revient au souverain puisque c'est lui qui, non seulement en Droit mais même et surtout en fait, a la main sur l'armée. Outre qu'elle a des effets pratiques particulièrement délétères – et en premier lieu le déficit démocratique déjà évoqué –, cette ligne d'argumentation n'est, pour des raisons évidentes, plus tenable aujourd'hui[21].

Le second élément est quant à lui issu des Révolutions américaine et française à l'origine des parlements modernes. Il dérive de l'idée révolutionnaire qu'étant élus et donc représentatifs et contrôlés, ce sont les parlementaires qui doivent maîtriser la confection des principales règles en vigueur en Droit national. En effet, en raison des fonctions normatives communes à la loi et au traité, et des domaines identiques sur lesquels chacun d'eux peut porter, reconnaître à l'exécutif la possibilité de conclure *seul* les traités revient à lui permettre de légiférer sans le concours du parlement. Autrement dit, cela revient à permettre à l'exécutif – au prétexte qu'il

---

dans l'exercice des fonctions diplomatiques provient du *ius repraesentationis omnimodae* défendue dans les anciennes monarchies absolues d'Europe. En France, « (…) le droit de conclure des alliances et de signer des trêves ou des traités s'est affirmé comme une prérogative exclusive du roi sous la monarchie absolue » rappelle ainsi ÉLISABETH ZOLLER (*op. cit.* note 1, p. 187 §155). Elle précise : « C'est à partir du XVII^{ème} siècle que le monopole royal s'est imposé en excluant toute consultation des États généraux sur la politique étrangère du royaume. (…) avant l'avènement de la monarchie de droit divin, il était arrivé que le roi demandât conseil aux États sur les affaires extérieures ». Auparavant, et en particulier dans la France du XVème siècle, le Roi consultait régulièrement les états généraux avant de conclure des traités comme ceux de Londres (1359), de Troyes (1420), de Saint-Omer (1439), de Conflans (1467à ou de d'Étaples (1495), ce qui constituait une garantie importante de sa bonne exécution ou dénonciation (v. LUZIUS WILDHABER, *op. cit.* note 12, p. 9 §4).

[21] On peut citer au moins trois de ces raisons : d'abord, les souverains n'ont pas ou plus un droit de guerre mais seulement des droits de légitime défense et d'intervention autorisées par le Conseil de sécurité (a. 2§4 et chap. VII de la Charte des Nations Unies) ; ensuite, l'apport spécifique des Révolutions américaine et française a été de faire reconnaître que, dans la confection de la législation nationale mais aussi dans celle des traités, l'organe légitime est exclusivement ou principalement le Parlement ; c'est donc lui qui doit – à moins d'en revenir aux croyances à l'origine des monarchies et des plébiscites, ou au contraire d'évoluer vers un régime strictement démocratique – décider ou au moins co-décider du contenu des traités et de l'engagement à les respecter ; enfin et surtout, il est manifestement déraisonnable de tirer de la capacité reconnue au Président de la République d'appuyer sur le bouton nucléaire, ou de celle du Ministre de la Défense d'envoyer des troupes, la conclusion qu'il est opportun politiquement que ce soit uniquement des négociateurs inconnus, le Président et les ministres qui déterminent les engagements conventionnels de l'État, par exemple en ce qui concerne la reconnaissance des diplômes étrangers de médecin, l'organisation d'une foire d'art contemporain, ou la lutte contre le changement climatique – pour prendre des objets courants de traités. Sans conteste, les traités conclus aujourd'hui n'ont, si l'on en excepte un très petit nombre où la question se pose justement dans des termes différents (les traités d'alliance militaire et surtout les traités de paix et de frontière), à peu près rien à voir avec un droit de faire la guerre. V. en ce sens : ROBERT SCHÜTZE, *op. cit.* note 2, qui souligne p. 7 que « la fonction des traités internationaux est radicalement passée du domaine militaire au domaine réglementaire », que le traité est *devenu* un « instrument de "régulation" » ou encore que « la division traditionnelle entre les affaires "intérieures" et "extérieures" s'est de plus en plus effacée » (notre trad.). La proposition selon laquelle la négociation, la conclusion, la ratification et la dénonciation des traités relèvent nécessairement d'un domaine « réservé » du chef de l'État ou de l'exécutif apparaît ainsi comme obsolète.

agit dans la sphère internationale – de dépouiller unilatéralement et à sa guise le parlement de toutes ses attributions, et ainsi de réduire à néant toute séparation ou balance des pouvoirs. Dans les États organisés de manière fédérale, cela revient en outre à permettre au gouvernement fédéral de s'ingérer par la voie internationale dans les matières de la compétence des entités fédérées, et ainsi de limiter unilatéralement et quasi-discrétionnairement les pouvoirs que la Constitution leur garantit[22]. Selon ces raisonnements très largement admis, il est indispensable que la Constitution prévoit la « participation de l'une ou l'autre branche du pouvoir législatif [ou des deux, et dans le cas des États fédéraux, des entités fédérales] à l'exercice des fonctions internationales conventionnelles »[23].

La compréhension de cette exigence date des Révolutions américaine et française, mais la nécessité de la faire strictement respecter a rejailli, en Europe et aux États-Unis, à la suite de la mise au jour, par les révolutionnaires russes de 1917, de traités secrets (en particulier du Pacte de Londres entre la Triple Entente et l'Italie) ayant jeté dans les tranchées de la Première Guerre mondiale des milliers de soldats. Dans le reste du monde, la règle s'est généralement imposée au moment de la décolonisation, moment où les peuples libérés du joug colonial ont globalement suivi sur ce point les constitutions des États colonisateurs. Le second élément de la plupart des constitutions prévoit ainsi, suivant les cas, ou bien l'*autorisation*, l'*approbation* ou le *contrôle* parlementaires de la ratification des traités ou de certains traités envisagés par le gouvernement, ou bien, plus rarement, les simples *examen* et éventuellement *discussion* de ces traités par les parlementaires, avant la ratification.

7. Distinction entre les États suivant le caractère « moniste » ou « dualiste » de leur Constitution – Si l'on compare les textes constitutionnels et que l'on adopte une lecture

[22] Pour un tel raisonnement, v. en particulier la déclaration du juge NINIAN STEPHEN dans la décision rendue le 11 mai 1982 par la Haute Cour australienne (la plus haute juridiction australienne) dans l'affaire *Koowarta v. Bjelke-Petersen* [1982] HCA 27, (1982) 153 CLR 168. La question qui se posait était celle de savoir si le parlement fédéral ne risquait pas, dans l'hypothèse où un traité était conclu par l'exécutif dans un domaine relevant des « États et territoires » australiens, de perturber l'équilibre fédéral de l'État en adoptant une législation de mise en œuvre de ce traité – au titre de la section 51 (XXIX) de la Constitution qui l'habilite à légiférer en matière d'« affaires extérieures ». Pour éviter une telle déstabilisation, le juge estima qu'il devait vérifier que le traité porte bien sur des « affaires extérieures » de l'État, sans supposer que le fait même qu'il s'agisse d'un traité le fasse tomber dans cette catégorie.

[23] BENOIT MONTAY, *Doctrine des fonctions de l'"Excutif"*, thèse sous la dir. de Stéphane Rials, Université Paris II, 25 novembre 2017, pp. 424-430, spéc. p. 427 (« c'est l'assimilation des traités aux lois qui a justifié la participation de l'une ou l'autre branche du pouvoir législatif à l'exercice des fonctions internationales conventionnelles »). Je remercie Benoît Montay de m'avoir très aimablement transmis sa thèse. Cf. également PAUL LABAND, *Le droit public de l'Empire allemand*, trad. Gandilhon et Lacuire, Giard et Brière, 1901, t. II, p. 438 (« Il n'y a pas de limites entre le domaine de la législation et le domaine où l'État conclut des traités (…). Pour ce motif, les principes juridiques qui règlent les conditions et les effets des traités internationaux doivent être en harmonie avec les principes juridiques relatifs à la législation, parce que, sans cela, les règles qui existent au sujet de l'une des deux formes d'actes émanant de la volonté de l'État, pourraient être rendues illusoires par l'application de l'autre forme »).

essentiellement juridique des choses, la distinction de principe la plus nette entre les États ne provient pas des différences entre les régimes politiques, mais du caractère « moniste » ou « dualiste » de leur constitution : tandis qu'au sein des seconds, le parlement ou l'une de ses chambres intervient en principe au niveau de la *mise en œuvre « législative » du traité*, il intervient plus tôt au sein des premiers, généralement *peu avant sa ratification* afin de l'autoriser, de l'approuver, d'habiliter le gouvernement à ratifier ou même (comme aux États-Unis) de donner son « avis »[24]. Au sein de chacun de ces deux types d'États, les règles et les pratiques sont à première vue assez variées.

8. Les règles des États à la Constitution « moniste » – Dans les États à la constitution dite « moniste », l'autorisation parlementaire peut provenir d'une seule chambre (dans des États au Parlement bicaméral comme le Mexique ou la Russie, mais aussi et surtout dans les États au Parlement unicaméral comme l'Égypte, la Nouvelle-Zélande ou la Corée du sud) ou des deux chambres (cas de la Belgique, de la France, de l'Italie, de l'Afrique du Sud…), et dans ce dernier cas avec ou sans prépondérance de l'une des deux en cas de désaccord[25] ; plus rarement, elle provient d'une commission parlementaire spécialisée ou d'un comité permanent représentant le parlement (Chine) ; dans les États fédéraux, elle peut impliquer, systématiquement (Afrique du Sud) ou suivant le contenu des traités (Suisse), non seulement le Parlement national mais

[24] Sans qu'on puisse les détailler ici, des distinctions subtiles sont souvent faites par les acteurs politiques et doctrinaux en fonction des terminologies privilégiées par les constituants pour désigner la loi et sa fonction (d'habilitation, d'autorisation, de contrôle, etc.), et les instruments internationaux concernés (traités, accords, etc.). En particulier, il est courant que les constitutions nationales fassent une distinction entre les instruments dont la ratification exige l'autorisation du parlement et les instruments qui peuvent être ratifiés directement par « l'exécutif », mais également une distinction entre les instruments internationaux courants ou techniques, et les instruments internationaux plus solennels ou politiques. Malheureusement, il est fréquent que ces deux distinctions ne concordent pas entre elles, et qu'aucune ne concorde non plus avec la distinction de Droit international entre les traités en forme simplifiée et les traités en forme solennelle. C'est le cas en France (où tant des « traités » que des « accords » peuvent voir leur ratification ou leur approbation conditionnée à l'autorisation parlementaire) ou en Afrique du Sud (v. BOTHA NEVILLE, *op. cit.* note 7, pp. 204-205). À l'absence de rigueur ou de réflexion qui explique souvent le flou des catégories constitutionnelles d'instruments ou de procédures internationaux (v. par ex., pour le cas français, les débats doctrinaux présentés par JEAN DHOMMEAUX dans « La conclusion des accords internationaux en droit français, dix-sept ans de pratique », *AFDI*, 1975, vol. 21, pp. 823-827) s'ajoutent généralement les rapports de force entre un exécutif qui tend à négocier et conclure des accords loin du parlement, et un parlement qui tente tant bien que mal d'exercer directement une influence, ou d'obtenir la défense de ses prérogatives par les juges. Ce rapport de force engendre couramment de nouvelles catégories « nationales » d'instruments internationaux, qui font tout le sel des *foreign relations laws* mais compliquent l'analyse et empêchent le citoyen de se saisir de questions qui le concernent. Pour une critique à nos yeux définitive de la distinction entre « traités » et « accord » effectuée par la Constitution française, v. ROMAIN LE BŒUF, *op. cit.* note 5, pp. 604-610.

[25] L'application d'une procédure prévoyant la primauté de l'une des deux chambres sur l'autre, à la question de la ratification des traités, est parfois précisée. C'est par exemple le cas dans la Constitution du Japon (a. 61 et a. 60, al. 2 combinés). En Allemagne, le *Bundesrat*, c'est-à-dire la chambre qui représente les *Länder*, dispose d'un droit de véto dans les domaines où, selon la Constitution, son approbation est requise. Il ne semble pas, cependant, que cette possibilité ait une grande incidence en pratique. V. STEFAN KADELBACH, « International Treaties and the German Constitution », in CURTIS A. BRADLEY (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford UP, 2019, p. 183.

aussi des entités régionales (cantons suisses par exemple) et notamment des parlements régionaux (cas de l'Afrique du Sud, de la Belgique…) ; le Parlement peut (cas du Sénat des États-Unis ou du Congrès au Chili) ou non (cas de la France ou de la Suisse…) conditionner son autorisation à l'émission de réserves ou demander une renégociation ; elle peut ne pas porter sur les réserves que l'exécutif souhaite émettre à l'égard du texte dont la ratification est envisagée (cas de la France), ou au contraire inclure l'examen de ces réserves, voire inclure la possibilité de les modifier de manière obligatoire (cas de la Suisse) ; elle peut (cas de l'Afrique du Sud, des Pays-Bas ou de la Suisse) ou non (cas des États-Unis ou de la France) avoir pour pendant l'obligation de « l'exécutif » de demander l'autorisation parlementaire de *dénoncer* les traités entrant dans la catégorie de ceux dont la ratification devait être préalablement autorisée par le Parlement.

9. Les règles des États à la constitution « dualiste » – Les États qui sont traditionnellement « dualistes », c'est-à-dire n'introduisent des règles internationales dans leur Droit national qu'à travers des actes de Droit national, souvent législatifs donc impliquant le Parlement, ne considèrent généralement pas nécessaire de faire intervenir le pouvoir parlementaire aux stades de la négociation, de la conclusion et de la ratification des traités. Même si le raisonnement sous-jacent à ce système est désormais grandement dénoncé comme une illusion sans rapport avec la pratique, celui-ci consiste à dire que la capacité de résistance du parlement au gouvernement au stade de l'application du traité est assez forte, et la liberté d'action internationale de l'État suffisamment grande, pour que le parlement n'exprime sa position qu'au stade de la mise en œuvre d'un traité, quitte à placer alors l'État en délicatesse avec les autres parties au traité et avec les organes internationaux chargés du respect de cet instrument. Ce n'est cependant pas à dire que les parlements des États dualistes n'ont pas essayé d'obtenir les mêmes pouvoirs que leurs collègues des États monistes. Le projet de conditionner la ratification des traités à l'approbation du Parlement fut par exemple proposé dès 1873 au Royaume-Uni. Il échoua cependant et il fallut attendre le choc de la Première Guerre mondiale et le courage politique de Sir Arthur Ponsonby pour que ce dernier s'engage, en 1924, à systématiquement adopter une pratique portant son nom. Résultat direct du souci de mettre fin aux traités et clauses conventionnelles secrets[26], cette *Ponsonby rule* veut que le traité dont la ratification est envisagée soit déposé à l'avance sur le bureau d'au moins une assemblée afin

[26] V. la déclaration du sous-secrétaire du *Foreign Office*, M. Ponsonby, en date 1er avril 1924 (*House of Commons Debates*, p. 2007, 1er avril 1924, vol. 171, p. 1) : « it was the intention of the Government to lay on the table of the House every treaty, when signed, for a period of twenty-one days, after which the treaty would be ratified (...) By this means secret treaties and secret clauses of treaties would be rendered impossible ».

que celle-ci, si elle le souhaite, s'en saisisse et en débatte, mais sans pouvoir faire davantage qu'émettre des recommandations. Cette pratique sera abandonnée par le Gouvernement conservateur suivant mais réintroduite en 1929 et maintenue par la suite au Royaume-Uni. Celle-ci se diffusera dans différents États membres du *Commonwealth* dans les années 1920 (dès 1919 pour le Canada[27]) mais disparaîtra un peu étrangement dans les années 1960 (pour l'Australie en 1961, pour le Canada en 1966 dans les faits et en 1968 en Droit) avant de ré-émerger dans les années 1990 (en 1996 pour l'Australie, en 1997 pour la Nouvelle-Zélande) et 2000 (en 2008 pour le Canada)[28].

10. Relativité de la différence entre les systèmes moniste et dualiste concernant l'importance accordée au Parlement – Que le système étatique soit moniste ou dualiste, l'essentiel est que les parlementaires interviennent, dans l'immense majorité des cas, uniquement entre la signature et la ratification du traité. À ce stade, inviter l'exécutif à réviser son texte (ce qui, de toute façon, est généralement constitutionnellement interdit au parlement) ou lui défendre de ratifier alors qu'il s'est engagé à le faire auprès de ses partenaires, est à peu près impossible pour les parlementaires, à moins qu'ils n'admettent d'ouvrir une crise politique (scission probable de leur parti et exclusion des membres récalcitrants de la majorité parlementaire), interinstitutionnelle (entre les pouvoirs parlementaire d'une part, et présidentiel

[27] En effet, son Premier Ministre Robert Laid Borden estimera indispensable d'obtenir l'aval du Parlement pour ratifier le Traité de Versailles. Jugeant impensable de limiter cette pratique à un petit nombre de traités, le Premier Ministre Mackenzie King l'étendra en principe à tous, à partir d'un discours de 1926 devant la Chambre des communes (House of Commons, *Debates* 1926, vol. II, p. 1974). En Nouvelle-Zélande, les deux chambres du Parlement adoptèrent une résolution déclarant leur assentiment à la ratification et à la mise en œuvre du Traité de Versailles par la Reine, mais l'*Attorney-General* Sir Francis Bell soutint que celle-ci disposait de la compétence constitutionnelle de conclure les traités sans l'assentiment des chambres (2 septembre 1919, *New Zealand Parliamentary Debates*, vol. 184, pp. 29-30, 35-76). Les chambres émirent néanmoins de nouveau le même type de résolution pour la Charte des Nations Unies et des traités de paix avec l'Italie, la Hongrie, la Roumanie et la Finlande en 1945 et 1947.

[28] En Australie et en Nouvelle-Zélande, la revivification de la *Ponsonby rule* s'est largement faite en réaction à différents scandales concernant des traités et à des rapports particulièrement excellents rendus sur la question en 1993, 1995 et 1997 par des organes consultatifs spécialisés. V. d'abord : Senate, Legal and Constitutional References Committee, « Australia, Trick or treaty ? Commonwealth power to make and implement treaties », novembre 1995 (disponible sur le site du Parlement australien : *https://www.aph.gov.au/*). V. également les rapports de 1993 intitulé *The Making, Acceptance and Implementation of Treaties: Three Issues for Consideration* et surtout de 1997 intitulé *The Treaty Making Process Reform and the Role of Parliament* rendus par un organe public consultatif, la Law Commission (décembre 1997, *Report 45*, n°E 31AG, disponible sur : *https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/R45-TreatyMaking.pdf*). Au Canada, où la *Ponsonby rule* n'était plus appliquée qu'en fonction de l'opportunité politique qu'y trouvait le Gouvernement (il avait par exemple estimé utile de soumettre aux parlementaires le Protocole de Kyoto), la révision de la pratique eut lieu en janvier 2008, essentiellement – semble-t-il – à l'initiative du Ministère des Affaires étrangères. Dans le cas de chacun de ces trois États, la nouvelle pratique instituée consiste pour le gouvernement à soumettre, durant un temps déterminé, des projets de traité afin qu'ils puissent être débattus et éventuellement faire l'objet d'une déclaration parlementaire. Généralement accompagné d'informations sur le traité et des raisons ou objectifs de sa ratification, leur texte est transmis à un comité parlementaire conjoint (en Australie), au Parlement (la Chambre des représentants en Nouvelle-Zélande) ou à une chambre du Parlement en comptant deux (la Chambre des communes au Canada).

et/ou gouvernemental d'autre part), et surtout diplomatique (atteinte à la réputation de l'État et déception des attentes de ses partenaires internationaux). Autant le dire, en dehors de configurations constitutionnelles se comptant sur les doigts d'une seule main – Sénat des États-Unis, Assemblée fédérale suisse (tout particulièrement depuis 1999), Parlement européen depuis 2009, Chambre des communes britannique depuis 2010, dans une certaine mesure *Bundestag* allemand –, les parlements nationaux actuels sont concrètement impuissants devant les projets de ratification de l'exécutif. De ce point de vue, tant la différence entre les États au régime dictatorial ou « présidentialiste » et les États au régime présidentiel ou parlementaire « rationalisé », que la différence entre les États monistes où les parlementaires disposent en principe d'un droit de veto, et les États dualistes où – sauf désormais au Royaume-Uni – ils n'en disposent pas, sont très relatives. Le résultat est en effet le même : les parlementaires des États monistes ne s'opposent à peu près jamais à une ratification[29] ; et ceux des États dualistes (Canada, Nouvelle-Zélande, Australie…) s'alignent également systématiquement sur l'exécutif, sauf dans des cas exceptionnels…où le Gouvernement passe outre[30].

11. Faiblesse générale du parlement dans le régime la plupart des États – Globalement, c'est-à-dire indépendamment du caractère moniste ou dualiste de leur Constitution, et du caractère fédéral ou non du pays, dans les États où le parlement joue un rôle essentiel (Suisse ou Royaume-Uni par exemple) et dans les États où le parlement peut faire pression sur

[29] Le constat global fait par LUZIUS WILDHABER il y a déjà longtemps dans une étude classique (*op. cit.* note 12, p. 84 §40 *e* (le refus d'autoriser la ratification est globalement rarissime, sauf aux États-Unis cf. *ID.*, §§ 29 *b*, 15 *b*, 19 *a*, 21 *b*, 23 *b*, 26 *e*)) est ainsi toujours parfaitement valable.

[30] En Australie, depuis qu'un Comité conjoint spécialisé se prononce (c'est-à-dire depuis 1996), il préconise de ratifier dans environ 99% des cas, et dans ceux où il se prononce contre la ratification, donc dans environ 1% des cas, le Gouvernement ne modifie généralement pas ses plans. En 2008 par exemple, le Comité conjoint s'est opposé au Gouvernement en recommandant de ne pas ratifier un traité avec la Russie sur l'utilisation de l'énergie nucléaire. Le Gouvernement ne daigna pas se ranger à l'avis du Comité et passa simplement outre (CAMPBELL MCLACHLAN, *Foreign Relations Law*, Cambridge UP, 2014, p. 164, note 85). De même, en Nouvelle-Zélande, seuls deux rapports sur la grosse centaine émises par la commission des affaires étrangères entre 2002 et 2011 à propos des projets de traité reçurent une réponse de la part du Gouvernement. Surtout, un seul traité fit vraiment l'objet de discussions passionnées, un accord ayant pour objet l'établissement, avec l'Australie, d'un nouveau cadre réglementaire commun sur les produits thérapeutiques. À raison de l'objet du texte, celui-ci fût discuté, non au sein de la Commission des affaires étrangères mais dans la Commission de la Chambre des représentants spécialisée dans le domaine de la santé. Celle-ci se prononça contre l'établissement d'un organe conjoint par le traité. Le Gouvernement n'en signa pas moins le traité le lendemain (*IBID.*, p. 170 §5.59). Enfin, sur les quelques 150 traités examinés par la Chambre des communes du Canada entre 2008 et 2010, un seul fût véritablement discuté. La commission compétente de la Chambre des communes (la Commission permanente sur les pêcheries) se prononça en effet par deux fois, en octobre et en novembre 2009, défavorablement à un amendement à un traité sur les pêcheries. Après deux débats sur la question en novembre et en décembre, la Chambre suivit l'avis unanime de sa commission le 10 décembre 2009 et recommanda à son tour la non-adoption de l'amendement. L'exécutif passa outre dès le lendemain. Sur ces différents points, v. TED L. MCDORMAN, « The tabling of international treaties in the Parliament of Canada: the first four years », *Dalhousie Law Journal*, 2012, vol. 35, n°2, pp. 371-373. Il est à noter que cet amendement ne nécessitait pas, pour être mis en œuvre, de législation particulière, de sorte que c'est uniquement par ce vote que la Chambre des communes pouvait essayer d'empêcher la modification de l'engagement de l'État.

l'exécutif et où il est dans l'ordre des choses qu'il soit en désaccord avec lui (États-Unis en particulier), le parlement (et dans le cas de la Suisse, le peuple lui-même) dispose(nt) d'une marge de manœuvre par rapport aux choix de l'exécutif[31]. Inversement, dans les États au régime totalitaire, dictatorial, autoritaire, « présidentialiste » mais aussi dans les États au régime parlementaire « rationalisé » et donc, finalement, dans l'écrasante majorité des États, le parlement est théoriquement invité à « contrôler » l'exécutif et à « autoriser » ou « approuver » la ratification des traités les plus importants…mais ne contrôle presque rien en pratique et n'a qu'un poids minime à quelque stade que ce soit des procédures relatives aux traités. Bien qu'il soit contraire à ce qu'une lecture superficielle des textes peut faire croire, c'est là le point décisif : même si des nuances doivent y être apportées, notamment parce que nombre de règles nationales et européennes prévoient l'information des parlements à différents stades[32], le constat général est que les parlements (européen, nationaux et régionaux) sont dans une situation générale de faiblesse et même d'extériorité par rapport à l'exécutif en général, *et donc* en ce qui concerne la négociation, la conclusion et même en ce qui concerne la ratification des traités. De ce point de vue, le fait que l'exécutif contourne très fréquemment l'autorité du ou des parlements en matière conventionnelle peut paraître à la fois surprenant (cela ne lui est pas nécessaire pour mener à bien ses projets de ratification) et dans l'ordre des choses (il domine ici comme ailleurs, et risque peu en adoptant des pratiques contestables).

B. Le contournement récurrent des parlements

12. Caractère récurrent des contournements – Même dans les régimes où l'exigence d'un assentiment parlementaire n'était pas explicitement formulée, conclure un traité a souvent été, et reste souvent considéré comme un contournement du parlement. Dans ces cas en effet, il s'agit pour le Gouvernement de « faire passer » par un traité ce qui l'aurait été plus difficilement par une loi – autrement dit par une procédure traditionnellement plus ouverte,

[31] Pour une telle remarque, v. par ex. LUZIUS WILDHABER, *op. cit.* note 12, pp. 240-241 §125.

[32] De nombreux exemples anciens (article 8 de la loi constitutionnelle française du 16 juillet 1875) ou récents (article 218, al. 10 du TFUE) pourraient être citées. Indépendamment des règles en vigueur cependant, les consultations informelles des parlements ou de ses membres par « l'exécutif » sont d'une fréquence et d'une intensité variables, même si, dans la plupart des États – dont par exemple la France ou l'Argentine, mais il en va par exemple plutôt différemment en Allemagne ou aux États-Unis –, ces consultations sont particulièrement rares et superficielles. V. STEFAN A. RIESENFELD, FREDERICK M. ABBOTT, « Foreword », JOSÉ MARIA RUDA, « The Role of the Argentine Congress in the Treaty-Making Process », FRANÇOIS LUCHAIRE, « The Participation of Parliament in the Elaboration of Parliament in the Elaboration and Application of Treaties », in Symposium on Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties, *Chicago-Kent Law Review*, 1991, vol. 67, n°2, respectivement pp. 303, 488, 353-358 ; LUZIUS WILDHABER, *op. cit.* note 12, pp. 45-48, n°23 (sur l'Allemagne), pp. 66-67, n°29 (d) (sur les États-Unis).

publique et participative. Par ce type de stratagème gouvernemental, la détérioration et la disparition progressive des réglementations nationales auxquelles des peuples et des parlements sont attachés, par l'action concomitante de gouvernements et de groupes de pression agissant au niveau des négociations internationales devient beaucoup plus aisé. Un exemple typique de ce phénomène est celui du système de « gestion de l'offre » canadien[33]. En effet, différents acteurs économiques bien organisés ont durablement incité le Gouvernement du Canada à le remettre en question, non une fois pour toute par la loi (ce qui aurait probablement été impossible et aurait même risqué d'entraîner sa consécration définitive), mais graduellement par des accords commerciaux comme l'AECG/CETA, le Partenariat transpacifique, et l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ou ALENA 2.0), qui tous trois lèvent progressivement les quotas et réglementations permettant au système de gestion de l'offre de fonctionner[34]. Bien que le Gouvernement ait décidé de soumettre l'accord euro-canadien aux différents parlements canadiens, il va de soi que le choix gouvernemental de « noyer » la question de la fragilisation du système de la gestion de l'offre dans un immense accord déjà négocié et portant sur une multitude de sujets, rendait toute opposition beaucoup plus difficile.

13. La neutralisation du contournement par le juge ? – Le contournement strictement entendu de l'exigence de soumettre un traité à l'examen d'un ou de plusieurs parlements passe généralement par le choix, par l'exécutif, d'une procédure le soustrayant juridiquement à cette exigence. Dans certains cas comme celui des États-Unis, la chose est *a priori* aisée dans la mesure où les tribunaux considèrent le choix présidentiel d'une certaine procédure, comme un acte insusceptible de contrôle de légalité ou de constitutionnalité. Pour cette raison, certains auteurs estiment que durant les deux derniers siècles, le pouvoir politique états-unien en matière de relations extérieures a grandement glissé vers le Président qui maîtrise désormais un très

[33] Ce système permet aux producteurs agricoles de s'organiser entre eux pour fixer un niveau d'offre et de prix. Les quotas de fromage européens – exportés, donc généralement industriels – que les détaillants canadiens sont obligés (et vont être de plus en plus obligés) de proposer à leurs clients depuis l'entrée en vigueur de l'AECG/CETA, vont par exemple venir concurrencer le prix de leurs propres fromages, locaux et assez souvent artisanaux, donc plus chers. Symétriquement, les immenses producteurs canadiens de bœufs et de porcs se réjouissent de l'ouverture des marchés d'Europe, où les exploitations souvent plus petites « pâtissent [pourtant déjà] depuis plusieurs années de revenus particulièrement bas » (Rapport au Premier ministre sur l'impact de l'AECG, 07/09/2017, disponible sur : *http://www.gouvernement.fr*, p. 48).

[34] Loin d'être surprenant, le remplacement des petits producteurs locaux par de gros producteurs étrangers est précisément l'une des raisons pour lesquelles certains souhaitaient la conclusion de l'AECG/CETA. Au Canada, différents *think tanks* ou « experts » décrivaient depuis plusieurs années l'accord UE-Canada comme une manière de mettre fin – par la voie internationale puisque la nationale l'aurait empêché à coup sûr – à cet « anachronisme » contraire à l'idéologie de la concurrence que constitue le système de la « gestion de l'offre ». V. p.e., parmi les publications en ce sens qui ont été maintenues sur internet (d'autres ont opportunément disparu…) : *https://beta.theglobeandmail.com/report-on-business/rob-commentary/for-supply-managed-canada-reaching-ceta-is-the-easy-part/article32543875/?ref=http://www.theglobeandmail.com&*.

grand nombre des procédures par lesquelles les États-Unis s'engagent et se délient sur le plan international[35].

L'évolution des garanties juridictionnelles apportées en France au respect de l'exigence de consultation du Parlement montre cependant comment la situation pourrait changer aux États-Unis et dans d'autres États. Comme dans la plupart des autres États en effet, c'est en France « au Ministère des Affaires étrangères, en liaison avec le Secrétariat général du Gouvernement, qu'incombe (…) la charge effective d'interpréter l'article » qui prévoit l'intervention du Parlement[36], donc de décider des cas où il doit intervenir. Or, il était assez unanimement reconnu par la doctrine, et même par le Conseil d'État, qu'au moins « [d]ans les débuts de la Vème République et jusqu'à une période assez récente », le gouvernement avait « adopté une conception restrictive » et contestable de l'article 53 de la Constitution[37]. Celle-ci a été bousculée par l'évolution remarquable, quoiqu'assez étendue dans le temps, de la jurisprudence administrative. À travers la séquence *Villa-Navigator-Blotzheim-Aggoun*, le Conseil d'État a successivement affirmé qu'il pouvait contrôler l'existence d'un acte d'approbation ou de ratification (1956)[38], contrôler la compétence de l'auteur d'un tel acte (1965)[39], et enfin contrôler le respect des conditions posées par l'article 53 de la Constitution et notamment la soumission du texte d'un traité au Parlement, le juge administratif s'estimant compétent que la chose lui soit demandée par voie d'action (1998)[40], ou par voie d'exception (2003)[41].

Il est indéniable que cette évolution et en particulier la décision *Parc de Blotzheim* de 1998 a fini, en 2000, par avoir des répercussions concrètes sur des traités et accords particuliers[42].

---

[35] V. spéc. l'ouvrage et l'article de LOUIS HENKIN, tous deux intitulés *Constitutionnalism, Democracy and Foreign Affairs* (respectivement Columbia UP, 1990, 125 p. et *Indiana Law Journal*, 1992, vol. 67, n°4, pp. 879-886, en particulier p. 881) et plus récemment, insistant sur la maîtrise globale et croissante des procédures relatives au Droit international – et notamment relatives à la négociation, conclusion et ratification des traités – par le Président aux États-Unis : CURTIS A. BRADLEY & JACK L. GOLDSMITH, « Presidential Control over International Law », *Harvard Law Review*, 2018, vol. 131, n°5, pp. 1201-1297.

[36] VALERIE GOESEL-LE BIHAN, *op. cit.* note 7, p. 13.

[37] V. par ex. ALAIN PELLET, *op. cit.* note 7 ou PATRICK RAMBAUD, « Le Parlement et les engagements internationaux de la France sous la Vème République », *RGDIP*, 1977, vol. 81, n°3, pp. 626-636.

[38] CE, 16 novembre 1956, *Villa*, aff. n°25627, *Lebon*, p. 433.

[39] CE, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, aff. n°05278, *Lebon*, p. 422.

[40] CE, Ass., 18 décembre 1998, *SARL Parc d'activités de Blotzheim*. V. également Ccass., 1ère civ., 29 mai 2001, *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA)*, n°99-16673, *Bull.* n°149, p. 97. Ces décisions peuvent paraître comme des conséquences nécessaires de la logique même de la Constitution, c'est-à-dire du fait qu'elle interdit, *a contrario* de l'article 53, que des accords en forme simplifiée soient conclus dans certains domaines déterminés. Toutefois, il est remarquable qu'il ait fallu si longtemps pour que le juge administratif tire les conséquences de l'article 53, et on peut noter que par exemple aux États-Unis, il se refuse à faire respecter les prérogatives du Sénat et laisse le président choisir discrétionnairement la procédure nationale applicable.

[41] CE, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, n°242860, *Lebon*, p. 77.

[42] V. CE, 23 février 2000, *Bamba Dieng et autres*, aff. n°157922, *Lebon*, p. 72. V. également CE, 16 juin 2003, *M. Cavaciuti*, aff. n°246794, *Lebon*, p. 249.

Toutefois, malgré cette évolution positive, même l'arrêt *SARL du parc d'activité de Blotzheim* montre la grande réticence du juge administratif à annuler le décret de publication d'un accord ou d'un traité. Dans cette affaire en effet, le Conseil d'État a considéré qu'une autorisation antérieure du Parlement – donnée le 1er août 1950 – « couvrait » un accord entré en vigueur le…29 février 1996 ! De ce point de vue, l'arrêt est dans la lignée des décisions à l'égard desquelles il opère un revirement[43] et doit être rapproché d'autres décisions qui, à travers d'acrobatiques raisonnements, admettent des autorisations parlementaires implicites ou rétroactives[44], c'est-à-dire en pratique le « forçage » du Parlement par le Gouvernement.

Au moins pour une part, on en reste ainsi à la doctrine issue de l'arrêt *Dame Caraco* de 1926[45] (ni le traité ratifié par la France, ni le décret de ratification du traité ne sont susceptibles de recours contentieux), et on peut se demander si, de celle-ci à la récente affaire *Supercoiffeur* de 2018[46] (une réserve émise par le Gouvernement est indissociable de l'acte de ratification, de sorte qu'il n'appartient pas au juge national de statuer sur sa validité), l'évolution est si notable, dominée comme elle le reste par la notion d'acte de gouvernement[47].

14. L'exemple de l'Union européenne (1) : le contournement des règles, du Parlement et du juge européens par les États membres en matière migratoire – À première vue, il pourrait sembler que de tels contournements peuvent mieux être évités au sein de l'Union européenne d'ailleurs : le Parlement européen (PE) ne peut-il pas saisir la Cour de Luxembourg pour faire respecter ses prérogatives ? Ne peut-il pas s'appuyer, à cet égard, sur un article 218 du TFUE garantissant bien plus nettement ses pouvoirs que les dispositions de la plupart des

[43] Qui refusaient d'« apprécier la régularité de la procédure suivie pour la ratification des traités internationaux » : CE, 16 novembre 1956, *Villa*, aff. n°25627, *Lebon*, p. 433 ; CE, 3 mars 1961, *Sieur André et Société des tissages Nicolas Gaimant*, aff. n°44244, *Lebon*, p. 154 ; CE, 11 avril 1962, *Société Savana et Société des établissement textiles de Modeliaperth*, aff. n°35397, *Lebon*, p. 261 ; CE, 16 mars 1966, *Cartel d'action morale et sociale et Union féminine, civique et sociale*, *Lebon*, p. 211.

[44] V. l'aberrante décision n°75-60 DC rendue le 30 décembre 1975 par le Conseil constitutionnel, *Loi de finance pour 1976 et notamment ses articles 41-III et 47*, spéc. son considérant n°4 dans lequel le Conseil constitutionnel estime que le Parlement a implicitement autorisé le Gouvernement à approuver des accords en…votant une loi de finance ! Ou encore l'arrêt *Aggoun* rendu par l'Assemblée du Conseil d'État le 5 mars 2003, (aff. n°242860, *Lebon*, p. 77 ; et de même CAA, Marseille, 5ème ch., 31 janvier 2005, aff. 02MA02118) : le Parlement a autorisé implicitement l'approbation d'un accord de 1968 et de deux de ses avenants – dont un entré en vigueur en 1994 – par l'autorisation explicite…d'un troisième avenant en…2002 !

[45] CE 5 février 1926, *Dame Caraco*, aff. n°83102, *Lebon*, p. 125, spéc. cons. n°1. V. également ccass., 1ère civ., 25 janv. 1977, *Reyrol c/ Office de la jeunesse d'Emmendigen*, n°74-13437, *Bull*. n°43, p. 32.

[46] CE, Ass., 12 octobre 2018, aff. n°408567, spéc. cons. n°5.

[47] Une telle attitude de réserve est conforme aux fonctions du juge national lorsqu'elle signifie qu'il refuse de profiter de son office pour usurper des pouvoirs normatifs qui n'appartiennent en Démocratie qu'à des citoyens agissant collectivement ou éventuellement à des élus. En revanche, elle est problématique lorsqu'elle signifie que le juge se refuse à appliquer des règles garantissant une répartition des pouvoirs démocratiquement choisie.

constitutions[48] ? De fait, la Cour de Luxembourg a plusieurs fois été saisie par le PE afin qu'elle garantisse le respect de ses prérogatives, et en particulier son droit d'être « immédiatement et pleinement informé à toutes les étapes de la procédure » (article 218, paragraphe 10 du TFUE). Toutefois, on ne peut que noter le décalage entre l'ampleur des obligations de la Commission ou du Conseil rappelées par la Cour[49], et l'attitude du Conseil de l'Union européenne dans les deux cas d'espèce évoqués. Dans le second d'entre eux par exemple, le Conseil n'avait même pas dénié transmettre le texte final de l'accord UE-Tanzanie au Parlement, ni celui de la décision de conclusion, et ne l'avait pas informé de l'adoption de sa décision finale. Un tel écart entre les textes et la pratique montre tout le chemin qu'il y a encore à parcourir pour les accorder, et invite à se pencher sérieusement sur la question du contournement des prérogatives des parlements européens et nationaux.

Le contournement contemporain le plus spectaculaire concernant le PE, est sans aucun doute la « Déclaration Union européenne-Turquie ». En effet, le 18 mars 2016, les États membres de l'Union européenne ont adopté, avec la Turquie, une « déclaration conjointe » relative à l'immigration venue de Syrie. Les États ont déclaré l'avoir prononcé en tant qu'États membres du Conseil européen plutôt qu'en tant que Conseil européen strictement entendu, ils ont prétendu l'avoir fait dans le cadre du Droit international plutôt que du Droit de l'Union, et ils ont affirmé qu'il ne s'agissait ni d'un traité, ni d'un autre type d'acte juridiquement contraignant. Conformément à cette idée, ils ont soigneusement évité dans son texte ou dans ses présentations officielles[50] de recourir au vocabulaire ordinaire des traités. Si les États membres du Conseil européen ont procédé ainsi, c'était en vue d'éviter, d'un côté le droit de regard et la participation du PE prévus pour certains accords conclus par l'Union, et de l'autre le contrôle de la conformité – très douteuse en l'espèce[51] – de la Déclaration au Droit substantiel de l'Union et en particulier à ses règles concernant l'asile.

---

[48] V. en outre l'article 114 paragraphe 2 (vérification de la base de compétence pour ouvrir les négociations) et paragraphe 6 (compétence du PE pour saisir la CJUE à propos de la « compatibilité d'un accord international avec les traités », « [à] tout moment avant que le Parlement ne vote sur une demande d'approbation ou d'avis ») du Règlement intérieur du Parlement européen (titre III : Relations extérieures ; chapitre 1 : accords internationaux).

[49] V. CJUE, Gr. ch., 14 juin 2016, *Parlement européen c. Conseil de l'UE*, aff. C-263/14, spéc. §§ 75-77. Moins explicite mais dans le même sens, v. CJUE, 24 juin 2014, *Parlement européen c. Conseil de l'UE*, aff. C-658/11, §86.

[50] V. par ex. *https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/*.

[51] V. not. EMANUELA ROMAN, THEODORE BAIRD, TALIA RADCLIFFE, « Why Turkey is not a "safe country" », Statewatch Analysis, février 2016, disponible *sur http://www.statewatch.org/analyses/no-283-why-turkey-is-not-a-safe-country.pdf* ; STEVE PEERS, « The final EU/Turkey Refugee Deal: A Legal Assessment », EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments, 18 mars 2016, disponible sur *http://eulawanalysis.blogspot.nl/2016/03/the-final-euturkey-refugee-deal-legal.html*; JENNY POON, « EU-Turkey Deal: Violation of, Or Consistency With, International Law ? », *European Papers*, vol. 1, n°3, pp. 1195-1203 ;

Cette démarche a porté ses fruits puisque s'en tenant à une approche formaliste, inhabituelle pour ces juridictions[52], le Tribunal de première instance[53] puis la Cour de justice de l'Union européenne[54] invités à statuer par trois demandeurs d'asile (comprenant bien que c'était en vertu de cette déclaration qu'ils risquaient le renvoi en Turquie) ont décidé qu'il ne s'agissait pas d'un acte du Conseil européen, et qu'ils n'étaient donc pas compétents pour se prononcer sur la conformité du texte au Droit substantiel de l'UE, ou sur celle – encore plus douteuse[55] – de la procédure suivie, aux règles européennes en vigueur à ce sujet. Il ne fait pas de doute que les attitudes et les discours des États ont été ici pleins de faux-semblants : il semble bien que les États aient agi dans le cadre du Conseil européen et surtout, il est clair que la déclaration a été (silencieusement) comprise par ses « parties » comme un traité. À défaut, comment expliquer, par exemple, que « la Commission européenne, le Conseil européen et les chefs d'État membre de l'Union [aient] estimé que la Turquie mérite bien de percevoir 6 milliards d'euros au titre de la « déclaration UE-Turquie » (…) (3 milliards devaient être versés entre 2016 et 2017 et 3 autres entre 2018 et 2019 (…)) »[56] ? En outre, « certains, tels Thomas Spijkerboer et Martin Den Heijer, n'ont pas manqué de relever que [certaines] dispositions (…) ont des implications sur les droits fondamentaux des ressortissants de pays tiers concernés, tant

---

THOMAS SPIJKERBOER, « Bifurcation of people, bifurcation of law : externalization of migration policy before the EU Court of Justice », *Journal of Refugee Studies*, 2018, vol. 31, n°2, pp. 216-239, spec. p. 224.

[52] V. en particulier l'approche volontariste et matérielle, plutôt que formaliste, adoptée dans CJCE, Ass. Plén., 23 mars 2004, *République française c. Commission européenne (Lignes directrices en matière de coopération réglementaire et de transparence conclues avec les États-Unis d'Amérique)*, aff. n°C-233/02, §§ 42-45 (des « lignes directrices » non signées et dont le contenu montre que les « parties » le considèrent comme purement volontaire, ne constituent pas un « accord » au sens de l'article 300 CE ; « (…) l'intention des parties constitue, en principe, le critère décisif aux fins de déterminer si les lignes directrices revêtent ou non une force obligatoire. » (§ 42)) ; CJUE, Gr. ch., 26 novembre 2014, aff. jointes n°C-103/12 et C-165/12, *Parlement européen et Commission européenne c. Conseil de l'Union européenne (Accord bilatéral d'autorisation d'exploitation du reliquat du volume admissible des captures)*, §§ 60-74 (une déclaration faite par l'UE peut s'analyser en une offre faite à un autre État, ici le Venezuela (§ 68), et le fait que ce dernier ait transmis des demandes d'autorisation de pêche conformément à cette déclaration et se soit inquiété d'hypothétiques difficultés dans son application doivent être compris comme un consentement à cet offre (§§ 69-72) ; la rencontre de l'ensemble de ces éléments aboutit à la formation d'un traité (§ 73)).

[53] TPIUE, 1ère ch. élargie, 28 février 2017, *NF, NG et NM c. Conseil européen*, aff. jointes n°T-192/16, T-193/16 et T-257/16, spéc. §§42-75.

[54] CJUE, 12 septembre 2018, *NF, NG et NM c. Conseil européen*, aff. jointes n°C-208-17 P, C-209-17 P, C-210-17 P, spéc. §§23-28.

[55] V. OLIVIER CORTEN, « Accord politique ou juridique : quelle est la nature du "machin" conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile ? », Immigration and Asylum Law and Policy / Droit et Politique de l'Immigration et de l'Asile de l'UE, 10 juin 2016, *http://eumigrationlawblog.eu* ; ENZO CANNIZZARO, « Disintegration Through Law? – Editorial », *European Papers*, 2016, vol. 1, n°1, pp. 3-6 ; MARTIN DEN HEIJER, THOMAS SPIJKERBOER, « Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty? », *EU Law Analysis*, 7 avril 2016, *http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html* ; GLORIA FERNANDEZ ARRIBAS, « The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement? », *European Papers*, 2017,vol. 2, n°1, pp. 303-309.

[56] ANTOINE GUERIN, « Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016 : la CJUE ou les singes de la sagesse », *La Revue des droits de l'homme*, 2019, vol. 16, Libres propos, §3.

et si bien que l'intervention du législateur de l'Union était rendue nécessaire[57]. En d'autres termes, au regard de la nature de son contenu, le texte constitue un accord international qui aurait dû être adopté selon les procédures prévues par le droit primaire : il eut fallu pour respecter les traités qu'une autorisation d'ouvrir les négociations ait été prise (article 218 §2 TFUE), que le Parlement se soit vu soumettre le texte en vue de son approbation (articles 294 §2 & 218 §6 TFUE), et qu'une possibilité soit ouverte de saisir la Cour de justice de la compatibilité du texte avec le droit de l'Union (article 218 §10 TFUE). En décidant de recourir à un instrument de *soft law*, les États membres de l'Union ont donc choisi » « d'évacuer la compétence de la Cour de justice » et de « marginaliser le Parlement européen »[58]. Loin d'être une situation exceptionnelle, la politique migratoire au niveau européen consiste dans son ensemble à employer des instruments dont on « recherche ardemment » les effets juridiques[59] mais que l'on prétend non-contraignants afin d'échapper au contrôle parlementaire et juridictionnel : déclarations conjointes avec la Moldavie, la Géorgie, l'Azerbaïdjan, etc., *Joint Way Forward* avec l'Afghanistan, l'Angola ou le Nigéria, autres « accords » avec le Bangladesh, le Mali ou la Guinée »[60]…

Si la politique migratoire est, dans la période contemporaine, le terrain d'élection du contournement du PE et de la Cour de Luxembourg par les États membres, le domaine de la politique commerciale est par excellence celui du contournement du Parlement européen et surtout des parlements nationaux par la Commission européenne.

15. L'exemple de l'Union européenne (2) : le contournement des parlements nationaux par la Commission en matière commerciale – Le contournement de la représentation nationale par les exécutifs nationaux, puis par la Commission européenne, à travers la conclusion de traités internationaux de déréglementation commerciale est un trait récurrent, on pourrait même dire structurel, des politiques dites de « libre échange ». Des premiers de ces traités conclus par des États européens aux derniers méga-accords conclus par l'Union européenne, en passant par le GATT de 1947 lui-même, l'histoire de la déréglementation du commerce transnational est en effet marquée par de tels contournements, que les exécutifs

[57] MARTIN DEN HEIJER, THOMAS SPIJKERBOER, « Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty? », *EU Law Analysis*, 7 avril 2016, *http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html*.

[58] MARIE-LAURE BASILIEN-GAINCHE, « L'emprise de la *soft law* dans la gestion des migrations en Europe », disponible sur *https://www.researchgate.net*, p. 6. Dans un sens comparable pour le *Joint Way Forward* et plus généralement pour les instruments de réadmission, qui permettraient de contourner les règles posées par les articles 79 §3 et 218 du TFUE, v : LUIGI LIMONE, « EU-Afghanistan "Joint Way Forward on migration issues": another "surrealist" EU legal text? », *FREE Group*, 11 avril 2017, disponible sur *https://free-group.eu*.

[59] MARIE-LAURE BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.* note 58, p. 11.

[60] Pour les références de tous ces instruments, v. ANTOINE GUERIN, *op. cit.* note 56, §§45-46.

parviennent ensuite plus ou moins bien à faire oublier[61]. Or, loin d'atténuer le contournement de la représentation nationale pour mener des politiques de commerce extérieur rejetées par les sociétés civiles et les populations, les Communautés puis l'Union européennes ont plutôt accentué cette pratique, en particulier depuis le milieu des années 2000. Malgré la compétence exclusive de l'UE en matière de commerce extérieur (a. 3.1 §e TFUE et auparavant a. 133 TCE), l'enlisement des négociations menées dans le cadre de l'OMC (échec du cycle de Doha) l'a en effet incité à conclure d'immenses accords bilatéraux de déréglementation commerciale touchant à des domaines distincts du commerce strictement entendu, et notamment à un très grand nombre de domaines de compétences théoriquement partagés par les États membres de l'Union avec cette dernière (agriculture et pêche, environnement, protection des consommateurs, transports, santé publique…).

Or, depuis très longtemps, la Commission et la Cour européennes ont travaillé de concert à empêcher les États membres et, par là même, les parlements nationaux, de se prononcer sur la conclusion d'accords externes touchant des domaines de compétences partagées. Par leurs interprétations unilatérales des traités, elles ont largement neutralisé la volonté des États membres expressément inscrite dans les traités et détaillée en leur sein, de distinguer entre compétences exclusives et compétences partagées. Par la fameuse jurisprudence *AETR*, la Cour de Luxembourg a considéré que l'Union européenne pouvait conclure *seule*, donc notamment sans consultation des parlements nationaux, des accords externes dans des domaines de compétence *partagée* entre l'Union et les États membres, dès lors qu'elle avait déjà exercé cette compétence « en interne »[62]. Récemment, cette condition elle-même a disparu. En 2017, la

[61] À ce sujet, v. FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, « La démocratie et le Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement », *Droits*, 2017, vol. 65, n°1, *Le tarif 2*, pp. 102 et s. V. également, pour l'étude détaillée d'un cas particulier : FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, « L'accord commercial entre l'UE et ses États membres d'une part, et le Pérou et la Colombie d'autre part : un révélateur de deux maladies du Droit international actuel », *RGDIP*, 2016, vol. 120, n°3, pp. 293-332, spéc. la première partie. Sur le cas particulier du GATT, v. JEAN-CHRISTOPHE GRAZ, *Aux sources de l'OMC – La Charte de La Havane 1941-1950*, Droz, « Publications d'histoire économique et sociale internationale », 1999, qui précise p. 277 « qu'à l'exception plutôt anecdotique du Liberia aucun parlement des États ayant participé à la conférence n'était prêt à ratifier l'accord avant de connaître l'issue qui lui serait réservée à Washington », c'est-à-dire au « processus de ratification américain ». Après le rejet de la Charte de la Havane par le Sénat des États-Unis, à la fin de l'année 1950, le Président Harry Truman déclara ne plus essayer de faire accepter la Charte par le Congrès. C'est ainsi que le texte du GATT censé être entièrement provisoire et ultérieurement contrebalancé par le reste des dispositions de la Charte de la Havane, réglementa – par la volonté du Sénat états-unien mais sans participation sérieuse des parlements de nombreux autres États parties – le commerce international jusqu'en 1994.

[62] CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil - Accord européen sur les transports routiers (AETR)*, aff. n°22-70, spéc. les motifs 17-19 qui s'appuient sur le « système du traité » au détriment de ses « dispositions matérielles » (§ 15) et, *in fine*, qui reposent sur l'idée que les traités européens organisent la mise en place, non d'une organisation internationale ordinaire mais pas non plus d'un État fédéral aux compétences clairement partagées avec les entités fédérées, mais plutôt d'un organisme destiné à transformer toutes les compétences partagées en compétences exclusives, et ainsi peu à peu à exercer l'entièreté du pouvoir politique, autrement dit à être entièrement centralisée (cf. not. §18 : « Qu'en effet, *au fur et à mesure de l'instauration de ces règles communes,*

Cour de Luxembourg a en effet considéré que l'Union européenne peut conclure un accord externe dans un domaine de compétence partagée, même lorsqu'elle n'a pas déjà exercé cette compétence en interne, dès lors qu'une décision du Conseil le permet[63]. Ainsi, il revient aux exécutifs nationaux, siégeant au Conseil dans une opacité remarquable et en s'appuyant essentiellement sur des considérations politiques[64], de décider si un accord doit être jugé mixte ou non, et donc si les parlements nationaux doivent être consultés. Autant dire que sans une grande vigilance et une pression suffisante des parlementaires nationaux, des citoyens européens et de la « société civile », les gouvernements nationaux s'abstiendront parfois bien volontiers de cette formalité susceptible de faire débattre – certes un peu tard, mais malgré tout de faire débattre – les parlementaires nationaux et les citoyens, de règles choisies pour eux mais bien loin d'eux.

À la suite de multiples manifestations d'opposition aux méga-accords négociés par la Commission européenne et à la non-consultation des parlements nationaux à propos de leur ratification, les gouvernements des États membres de l'UE ont réussi à exiger de certains de ces méga-accords qu'ils soient considérés comme mixtes, donc comme imposant une conclusion au niveau de l'UE mais également une ratification autorisée par le parlement au niveau de chaque État [65]. Alors que la Commission européenne s'opposait fermement à la mixité de tels accords, elle a fini par accepter de saisir la Cour de Luxembourg de la question de la mixité d'un accord envisagé avec Singapour. Dans son avis 2/15 sur l'accord UE-Singapour, la juridiction européenne a admis qu'au moins lorsque ces accords portaient sur des investissements indirects ou « de portefeuille », et lorsqu'ils soustrayaient des litiges

la Communauté seule est en mesure d'assumer et d'exécuter, avec effet pour l'ensemble du domaine d'application de l'ordre juridique communautaire, les engagements contractés à l'égard d'États tiers ; »).

[63] CJUE, 5 décembre 2017, *Allemagne c. Conseil*, aff. n°C-600/14, §§66 et 67.

[64] V. en ce sens : CHRISTINE KADDOUS, « Ch. 4 – Les accords mixtes », in ALOUPI, CATHERINE FLAESCH-MOUGIN, CHRISTINE KADDOUS, CECILE RAPOPORT, *Les accords internationaux de l'Union européenne*, éd. de l'Université de Bruxelles, Institut d'Études Européennes, coll. « Commentaire J. Mégret – Relations extérieures », 2019, 3ème éd., p. 301 §451, p. 302 §453, p. 303 §454, etc. Pour une remarque similaire concernant les accords d'association dont la quasi-totalité ont été jugés mixtes, v. CECILE RAPOPORT « Chapitre III – Les accords d'association », in *IBID.*, p. 251 §§358-359.

[65] Sur tout ce débat, nous nous permettons de renvoyer à notre article « L'épopée de la Wallonie et la signature de l'AECG/CETA », *Revue Générale de Droit International Public*, 2017, vol. 121, n°1, pp. 69-85 (+ documents pp. 277-287) et à nos notes publiées dans la Chronique des faits internationaux dirigée par le Professeur Denis Alland dans la *Revue générale de droit international public* : « La question de la ratification de l'Accord économique et commercial global (AECG) », *RGDIP*, 2016, n°4 ; « La conclusion du « partenariat transpacifique » le 5 octobre 2015 », *RGDIP*, 2016, n°1. Pour un avis divergent, très proche de celui de la Commission et de la Cour européennes, v. EMANUEL CASTELLARIN, « La négociation et la conclusion de l'Accord économique et commercial global avec le Canada (CETA) et des autres accords récents de libre-échange de l'Union européenne », *AFDI*, 2017, pp. 627-646, spéc. pp. 635-638.

d'investissement à la compétence des juridictions nationales pour les soumettre à des tribunaux arbitraux, ils devaient être considérés comme mixtes[66].

Afin que l'examen et la discussion, par les parlements nationaux et les citoyens européens, portent cependant sur le plus petit nombre possible de dispositions de ces traités, et aussi afin qu'un maximum de pression s'exercent sur eux pour qu'ils dédaignent l'analyse de ces textes et autorisent la ratification les yeux mi-clos, la Commission a principalement recouru, à la suite de l'avis 2/15 sur l'accord UE-Singapour, à deux techniques. Premièrement, elle a plusieurs fois dissocié un accord commercial dont elle peut organiser rapidement la conclusion et l'entrée en vigueur, et un accord de privilèges des investisseurs étrangers dont elle accepte – contrainte et forcée – qu'il soit soumis aux parlements nationaux et régionaux si c'est ce qu'exigent les constitutions des États membres. Deuxièmement, dans le but d'appliquer de manière urgente certaines règles avant que l'accord qui les contient ne soit ratifié par l'UE et ses États membres, l'Union européenne a eu recours à la technique de l'accord intérimaire, qui peut être conclu par simple décision du Conseil, et à celle de l'application provisoire, dont l'article 218.5 du TFUE prévoit qu'elle permet, grâce à un accord entre le négociateur et le Conseil, de prendre une décision sans approbation préalable du PE.

16. Signification des contournements – Dans l'Union européenne comme dans de nombreux États (dont la France, l'Italie…), le maintien de diverses pratiques de contournement du débat parlementaire peut surprendre dans la mesure où elles ne sont nullement nécessaires à « l'exécutif » pour agir exactement comme il l'entend, si l'on excepte la question du délai dans lequel la décision de ratifier peut être prise, et surtout la possible découverte de « lièvres » par les parlementaires ; et il est vrai que ces « lièvres » ont la fâcheuse tendance de sortir des assemblées et de disséminer l'envie de discuter des textes internationaux… Il faut donc en conclure que si les contournements persistent, c'est pour maintenir, au-delà du monopole de l'exécutif dans la détermination du contenu des traités, l'ignorance de leur contenu chez ceux

[66] Les articles 206 et 207 du TFUE tels que modifiés par le traité de Lisbonne ont uniquement conféré à l'Union une compétence en matière d'« investissements étrangers *directs* » (les italiques sont ajoutés). V. CJUE, Ass. plén., 16 mai 2017, §§276, 285-293, qui suit pour l'essentiel les conclusions de l'Avocat général ELEANOR SHARPSON : *http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-12/cp160147fr.pdf*. Sur les implications de cet avis et plus largement la question de la compétence de l'Union dans la conclusion des accords de commerce et d'investissement, v. NIKI ALOUPI, CATHERINE FLAESCH-MOUGIN, CHRISTINE KADDOUS, CECILE RAPOPORT, *op. cit.* note 64, not. les chapitres I (« Les compétences externes de l'Union européenne ») et IV (« Les accords mixtes »), et les articles d'ELEFETERIA NEFRAMI « L'Union européenne et les accords de libre-échange "nouvelle génération" », *AFRI*, 2018, pp. 517-535 et EMANUEL CASTELLARIN, *op. cit.* note 65. Plus anciennement sur cette difficile question, v. par ex. MARC BUNGENBERG, JOERN GRIEBEL, STEFFEN HINDELANG (Eds.), *Internationaler Investitionsschutz und Europarecht*, Nomos, coll. « Studien zum Internationalen Investitionsrecht », 2010, 292 p. ; ANGELOS DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, OUP, 2011, partie II.2.

auxquels ils s'appliqueront, et ainsi « éparpiller façon puzzle » toute contestation collective. Contestables en elles-mêmes, ces pratiques et plus largement « l'absence » du parlement dans les procédures conventionnelles sont devenus particulièrement problématiques au cours des dernières décennies.

II. L'aggravation de la toute-puissance de l'exécutif et de « l'absence » des parlements

17. L'aggravation du problème par l'importance conférée par les exécutifs aux traités dans l'ordre international – Depuis la conclusion de la Convention de Vienne en 1969, et plus encore depuis son entrée en vigueur en 1980, le problème du déséquilibre des pouvoirs respectifs du gouvernement et du parlement dans les procédures conventionnelles s'est tragiquement aggravé. En effet, en augmentant le champ des traités, leur nombre, leur ambition et leur capacité d'influence du Droit interne, les exécutifs se sont auto-attribué un immense pouvoir, en particulier en Europe où le développement et la pénétration des Droits international et européen ont été beaucoup plus forts que dans le reste du monde. Si la question des procédures conventionnelles, de leur caractère (peu) transparent et (peu) participatif est devenue si importante aujourd'hui[67], c'est ainsi surtout en raison des évolutions propres aux Droit international et européens[68]. Plus exactement, c'est en raison du choix de les faire évoluer ainsi, choix qui fut pris par ses principaux bénéficiaires – les exécutifs nationaux et les institutions internationales et européennes, et derrière les groupes de pression économiques et

[67] V. par ex. ARMAND DE MESTRAL, EVAN FOX-DECENT, « Rethinking the Relationship Between International and Domestic Law », *McGill Law Journal*, 2008, vol. 53, n°4, p. 614 (« (…) the growing sense of loss of control by citizens over an ever-expanding body of international treaty law that is made largely by governments rather than parliamentarians and with little public input. Leaving the treaty-making process mainly in the hands of the executive disregards the contribution civil society might make to the treaty-making process and raises suspicions that international law serves elites rather than the people. ») ou CAMPBELL MCLACHLAN, *op. cit.* note 30, p. 157 §5.25 qui note que « [t]he proposition that the exclusion of national parliaments from foreign affairs leads to a democratic deficit has gained contemporary currency from the unprecedented increase in the volume and density of treaty-making and its effect on domestic law-making » et que « global law-making (…) increases the challenge for democratic institutions ».

[68] Comp., soulignant l'importance de l'étude comparée des procédures de conclusion et de ratification au sein des États, étant donné ces évolutions : LUZIUS WILDHABER, *op. cit.* note 12, p. 1 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Conclusion des traités – Expression par les États du consentement à être liés par un traité*, 2001, *https://rm.coe.int/168004a7f2*, pp. 10-11 ; STEFAN A. RIESENFELD, FREDERICK M. ABBOTT, « The Scope of U.S. Senate Control over the Conclusion and Operation of Treaties – United States », in Symposium on Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties, *Chicago-Kent Law Review*, 1991, vol. 67, n°2, pp. 642-643 ; DUNCAN B. HOLLIS, « A Comparative Approach to Treaty Law and Practice », in *op. cit.* note 15, pp. 1-2 ; PIERRE-HUGUES VERDIER, MILA VERSTEEG, « International Law in National Legal Systems: An Empirical Investigation », in ANTHEA ROBERTS, PAUL B. STEPHAN, PIERRE-HUGUES VERDIER, MILA VERSTEEG (Eds.), *Comparative International Law*, OUP, 2018, p. 214.

les « experts » – selon des procédures globalement opaques et peu participatives. Une telle extension de la puissance des Droit international et européens n'a cessé, du moins à l'ouest de l'hémisphère, qu'avec une réaction adoptée de manière un peu erratique, à partir de la fin des années 2000 par l'Amérique latine (rejet d'un certain nombre de traités et d'institutions internationaux, en particulier dans le domaine économique), puis à partir du milieu des années 2010 par l'Occident, donc environ dix ans après le choc des « non » français et néerlandais au Traité établissant une Constitution pour l'Europe (2005) : *Brexit* à partir de 2016, politique étrangère de Donald Trump à partir de 2017, et également, à partir de 2015, relative réduction du champ de compétence et « re-publicisation » des tribunaux de protection des investisseurs étrangers par l'Union européenne ou le Canada (et par les États-Unis en ce qui concerne le premier point). Mais si les causes de cette aggravation sont connues (A), les réactions des parlementaires, de la société civile et des populations, plus rarement des exécutifs, n'en ont pas moins été relativement vaines (B).

A. Les causes de l'aggravation de la toute-puissance de l'exécutif et de « l'absence » des parlements

18. L'aggravation par l'importance subséquente conférée aux traités dans les Droits nationaux – Les organes internationaux établis par des traités que les parlements, en pratique, ne sont généralement pas à même de rejeter, adoptent fréquemment ensuite des textes non-formellement obligatoires et néanmoins très influents, et parfois des règles et des décisions sur le contenu desquelles les parlements nationaux n'ont pas davantage la main. Au moins dans les États européens, ces règles et décisions dérivées concurrencent directement les lois que les parlements adoptent et finissent généralement par primer sur elles (bien que les constitutions nationales ne le prévoyaient pas à l'origine), de sorte que les parlements ont non seulement « signé un chèque en blanc » mais encore « tendu le bâton pour se faire battre ». En particulier en Europe, l'établissement d'organismes internationaux et européens permanents chargés de mettre en œuvre et de faire respecter les règles conventionnelles et dérivées, et l'obtention croissante de moyens de pression et de sanction par ces organismes ont eu pour résultat d'accroître considérablement la portée que les agents étatiques ont reconnu à ces règles, à la fois en Droit, en fait et dans l'orientation générale des politiques étatiques. En effet, les exécutifs nationaux, les administrations nationales et les juges nationaux n'ont pas tardé – malgré les résistances de certains – à attribuer aux règles conventionnelles et dérivées des effets

juridiques de plus en plus puissants (reconnaissance de leur effet direct ou de leur primauté notamment) dans les droits nationaux, et ainsi à réduire leur propre marge de manœuvre politique…et celle des parlements nationaux.

Aussi, l'essentiel des observateurs s'accordent aujourd'hui pour dire qu'en Europe mais également dans le reste du « monde occidental », la parlementarisation lente, chaotique et généralement cosmétique des règles et pratiques relatives à la négociation, à la conclusion, la ratification et la dénonciation des traités n'a pas suffi à maintenir le « niveau démocratique » des ordres juridiques occidentaux[69]. L'idée que les règles qui doivent primer sur les autres doivent être les plus démocratiques a été battue en brèche. Alors que les constitutions des États européens faisaient déjà souvent primer les règles conventionnelles sur les lois, l'ensemble des acteurs publics nationaux ont progressivement été poussés, ces trois dernières décennies, à faire primer « en pratique » non seulement les règles conventionnelles mais encore les règles internationales et européennes dérivées, et non seulement à les substituer en pratique aux lois mais également, sans le dire, aux règles constitutionnelles[70]. En grande partie parce qu'elle fût initiée, non par des populations ou des parlements élus mais – formellement – par des pouvoirs « exécutifs » nationaux et – matériellement – par des « experts » et des lobbyistes de grands acteurs transnationaux privés, la substitution des normes dominantes qui s'est opérée dans les Droits nationaux, a eu lieu sans qu'aucune révolution de l'ampleur des Révolutions française, américaine ou russe ne vienne démocratiser les procédures.

Cette évolution a surtout concerné les États monistes, mais ce n'est pas à dire que les États dualistes en ait été tout à fait exclu. Chez ces derniers également, la tendance croissante des juridictions et des administrations à se référer aux traités internationaux a été un argument fréquemment avancé par les parlements afin de revendiquer un rôle plus important dans la conduite des négociations, avant le stade de la ratification[71].

---

[69] Pour un exemple parmi beaucoup d'autres, v. le constat particulièrement lucide qui en est tire dans un rapport néo-zélandais sur la question : Law Commission, « The Treaty Making Process Reform and the Role of Parliament », décembre 1997, *Report 45*, n°E 31AG, disponible sur : *https://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/projectAvailableFormats/R45-TreatyMaking.pdf*, p. 2 §3 (« As yet our institutions have failed to adapt to these changes. We maintain the practice stated definitively by the Privy Council 6 decades ago »).

[70] Pour une vue panoramique et particulièrement profonde de ce processus, v. CONSTANTIN YANNAKOPOULOS, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, préf. de MASSIMO LUCIANI, Sakkoulas Publications, pp. 22-42 §§20-31.

[71] V. par ex., pour le Royaume-Uni : House of Lords/House of Commons Joint Committee on Human Rights, « Legislative scrutiny: Constitutional Reform and Governance Bill; Video Recordings Bill », 20 juillet 2009, HC Bill 4, § 1.35 (« As a human rights committee, we have a particular interest in the opportunities which exist for effective parliamentary scrutiny of international treaties prior to their ratification. As our predecessor Committee explained in 2004, the problem of lack of effective parliamentary scrutiny of international treaties is particularly

19. L'aggravation par l'accroissement de la pression exercée sur les parlements pour qu'ils autorisent la ratification des traités – Il est rare que les gouvernements mais également les parlements aient eu pleinement conscience, ou aient accordé suffisamment d'importance à cette régression rapide des pouvoirs d'action et de contrôle des électeurs sur le Droit s'appliquant à eux. Mais les parlementaires semblent même ne pas avoir prêté un très grande attention, ou véritablement fait face au problème qu'en autorisant certains traités ou accords à la ratification, ils établissaient des concurrents internationaux ou européens durables au niveau de l'édiction des règles (cas des institutions de l'UE mais également, par exemple, des tribunaux arbitraux d'investissement et des « comités d'harmonisation législative » prévus dans les méga-accords de commerce et d'investissement) et même parfois de *nouveaux* moyens, pour les exécutifs, de contourner l'autorisation parlementaire de ratifier des traités. Pourtant, c'est bien ce que permettent, par exemple, les clauses de flexibilité et les clauses passerelles dans le cadre de l'Union européenne. Celles-ci autorisent en effet les exécutifs nationaux à décider, sans approbation expresse des parlements nationaux, de transférer à l'UE l'exercice de compétences non-transférées par les traités (a. 352 du TFUE), ou de faire passer la réglementation d'un domaine, d'une procédure exigeant l'unanimité des États membres à une procédure exigeant seulement une majorité qualifiée, ou d'une procédure spéciale à la procédure législative ordinaire (a. 48.7, al. 1 et 2 du TUE).

La combinaison de la faiblesse constitutionnellement organisée des parlements, des pressions intérieures et extérieures, et du poids des structures institutionnelles et normatives internationales et européennes déjà établies, explique aisément pourquoi chaque parlement national est chaque fois mis au pied du mur : ou, en refusant d'autoriser la ratification d'un traité ou l'approbation d'un accord, il désavoue « l'exécutif » au regard de ses partenaires, il ruine – certes temporairement et de manière limitée, mais indéniablement – la réputation de partenaire fiable de son État[72], il se hasarde aussi parfois à créer une situation internationale instable ou incertaine juridiquement (un « vide juridique »), et enfin, plus grave, les

pressing in relation to human rights treaties, because it is now well established that UK courts will have regard to such treaties in a wide range of circumstances, whether or not they have been incorporated into UK law, and the Executive and administration also routinely have regard to such treaties in both policy-making and decision-making. Given the significant status which international human rights treaties have attained in our domestic legal system, it is particularly important that Parliament be more involved in scrutinizing treaties which incur human rights obligations on behalf of the UK, before their ratification by the Executive, in order to enhance their democratic legitimacy ») ; pour l'Australie : Senate, Legal and Constitutional References Committee, « Australia, Trick or treaty ? Commonwealth power to make and implement treaties », novembre 1995, §6.27 (« This increasing impact of treaties is, in itself, reason for greater parliamentary involvement prior to the ratification of treaties »).

[72] Insistant sur ce point, v. par ex. l'intervention d'ANTHONY MORRIS dans le rapport « Trick or treaty? », *op. cit.* note 71, §14.17.

parlementaires qui protestent prennent le risque d'être sanctionnés par leur parti et/ou par le gouvernement et le chef de l'État ; ou bien, seconde possibilité, ils se couchent face aux projets de l'exécutif, y compris face à un traité ou un accord avec lequel ils sont fondamentalement en désaccord ou qui paraît rejeté par l'immense majorité de la population[73]. On ne peut pas être surpris, dans ces circonstances, que ce soit la seconde option qu'aient systématiquement choisi les parlementaires français sous la Vème République…et ceux de la plupart des États.

On notera au surplus que le moment extrêmement tardif où les parlements interviennent (et où les citoyens, les associations ou les syndicats découvrent en général les traités), d'un côté tend à leur interdire de jouer un rôle quelconque dans la confection des textes et donne la fausse impression qu'ils co-décident de l'engagement définitif de l'État, et de l'autre les stigmatisent à tort (de même, encore une fois, que les citoyens, les associations ou les syndicats) comme des « empêcheurs de tourner en rond », incapables de dépasser l'esprit de clocher et de faire preuve d'une approche constructive en matière internationale. Cette image de l'attitude des parlements, de la société civile et des populations, très courante mais injuste, renforce les titulaires du pouvoir exécutif, les négociateurs, les groupes de pression et les « experts » dans leur conviction qu'il convient surtout d'éviter de les consulter. Ils invoquent alors généralement une hypothétique nécessité d'aller vite, voire une véritable urgence de négocier, conclure et ratifier les traités.

20. La justification gouvernementale de la pression : la rhétorique de l'urgence et du ralentissement (ou de la complication) – De même que l'exclusion des citoyens, de la société civile et des parlementaires de la phase de négociation des traités repose presque toujours sur une rhétorique des vertus du *secret* des négociations (rhétorique pourtant massivement contredite tant par la théorie que par la pratique de la Démocratie délibérative et de divers exemples de négociations « ouvertes »[74]), le refus d'un examen « normal » des textes

[73] Pour des détails sur cette contrainte extrêmement forte pesant sur les parlementaires, v. FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, « L'accord commercial entre l'UE et ses États membres d'une part, et le Pérou et la Colombie d'autre part », *op. cit.* note 61, pp. 305-306.

[74] V. en particulier sur l'argument du secret et le fait qu'au moins en apparence, il ignore ce qui est le mieux établi par la théorie de la Démocratie délibérative, v. SIMONE CHAMBERS, « Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy and the Quality of Deliberation », *The Journal of Political Philosophy*, 2004, vol. 12, n°4, pp. 389-410. En pratique, des négociations multilatérales aussi importantes que celles de l'OMC ou de l'OMPI ont par exemple pu être menées sur la base de documents consolidées régulièrement publiés. Le traité de Marrakech sur les aveugles (traité visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, conclu le 27 juin 2013) fit par exemple l'objet d'une négociation filmée, incluant largement les associations. Il y eût bien entendu des points de friction durant la négociation mais, sans surprise, le traité final fût accueilli avec enthousiasme par tous ceux qui y avaient participé, à savoir les États mais également, chose rare, à la fois par les principales associations et les principales entreprises concernées. V. SEAN FLYNN, « WIPO Treaty for the Blind shows that Transparency can work (and is necessary) », 26 juin 2013, *http://infojustice.org/archives/30027*. On peut également penser – si l'on cherche un exemple en dehors de

conventionnels par le parlement ou de l'application de procédures de Droit commun aux débats au sein des chambres (possibilité de déposer des amendements, procédure non-accélérée, examen autre que simplifié, etc.), est presque toujours justifié par une rhétorique de *l'urgence*. Même si un simple coup d'œil sur la majorité des conventions ou même des conventions importantes conclues par les États ou par l'Union européenne montre que l'invocation d'une urgence de ratifier est presque toujours sans rapport avec une appréciation sereine et objective de la chose, il est frappant qu'au moins les gouvernements des États européens (et, dans l'Union européenne la Commission ou le Conseil) semblent complètement prisonniers de cette obsession : aller vite. D'une façon comparable aux pratiques adoptées au nom de l'état d'urgence terroriste ou sanitaire (mais étrangement pas écologique…), la tyrannie de l'urgence dans le domaine des traités justifie d'un côté la mise en œuvre provisoire ou anticipée de dispositions dont on voit souvent mal en quoi il est urgent de les appliquer (et dont l'application s'avère dans bien des cas définitive) et d'un autre côté des examens simplifiés, des rapports synthétiques, des informations insuffisantes et des débats inaboutis, autrement dit un bâclage généralisé.

En France par exemple, alors que le nombre et l'importance des traités et accords que les parlementaires sont invités à examiner ont beaucoup cru ces dernières décennies, on constate que dans presque 90% des cas[75], la Conférence des présidents choisit une procédure d'*examen simplifié* permettant la mise aux voix du projet sans qu'aucun parlementaire ne s'exprime en séance publique, donc sans qu'aucun débat n'ait lieu publiquement dans un cénacle officiel ; lorsque la procédure normale est exceptionnellement préférée à la procédure simplifiée, elle

l'économie et qui touche de manière directe à l'exercice de la souveraineté – à la confection de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) qui n'est certes pas un traité mais n'en est pas moins un jalon essentiel de la protection de ces peuples. En effet, il était ici impensable qu'un texte équilibré émane d'autre chose que d'une interaction constante entre représentants des États et représentants des peuples autochtones et de leurs intérêts. Ce sont des négociations caractérisées par cette interaction, et par ailleurs remarquablement longues, qui permirent l'adoption d'un texte de qualité largement soutenu par les peuples concernés et les États (seuls quatre États votèrent contre l'adoption du texte à l'Assemblée générale des Nations Unies : l'Australie, le Canada, les États-Unis et la Nouvelle-Zélande). V. not. JEREMIE GILBERT, « Indigenous Rights in the Making: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », *International Journal on Minority and Group Rights*, 2007, vol. 14, pp. 212-215, ou DELPHINE COUVEINHES MATSUMOTO, *Les droits des peuples autochtones et l'exploitation des ressources en Amérique latine*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2016, pp. 39-40.

[75] Durant la XIVème législature, seuls 23 instruments sur 179 (soit 12,8%) ont fait l'objet d'un débat en séance publique. Dans environ 87% des cas, l'article 103 du Règlement de l'Assemblée nationale a été mis en œuvre, donc la procédure d'examen simplifiée préférée à la procédure normale. La charge d'imposer la normalité, à savoir un débat public, repose ainsi sur une demande spécifique formulée par le président de la commission ou par un président de groupe (a. 104, al. 3 du Règlement de l'Assemblée nationale), une demande politiquement coûteuse pour celui qui la requiert (surtout pour le président de groupe) tant elle consiste à exiger, un peu inutilement, davantage de travail de la part des autres parlementaires.

n'en est pas moins presque toujours *accélérée* (une seule lecture par chambre)[76], comme si tous les traités requérait une urgence particulière ; les parlementaires sont *tardivement informés* du contenu et du contexte de ces conventions (des études d'impact étant réalisées et transmises au tout dernier moment plutôt qu'avant le début de la négociation, et juste avant la conclusion du traité) ; *les avis du Conseil d'État* sur les projets de loi de ratification des traités ou d'approbation des accords *ne sont pas publiés*[77] ; le rapporteur de la seconde chambre saisie ne présente généralement qu'un « rapport *synthétique* » à la commission spécialisée ; le *temps consacré* à l'examen des textes est *incroyablement bref*[78], même pour les traités importants[79] ; *les rapporteurs connaissent parfois mal les conventions* qu'ils ont pour charge de présenter aux autres parlementaires[80] ; *de plus en plus de projets de loi portent sur la ratification de deux ou de plusieurs accords ou traités*, ce qui accentue mécaniquement la superficialité de l'examen des textes. Bref, l'examen des textes est bâclé et il l'est essentiellement au nom de l'urgence.

---

[76] Durant l'année parlementaire 2018-2019 par exemple, la procédure appliquée a été normale uniquement dans trois cas, et dans ces trois cas, la procédure a été accélérée.

[77] Alors que la publication des « avis sur les principaux projets de lois » (Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, sur le rôle du Conseil d'État, à Paris le 22 mars 2017) devrait mener à en publier un certain nombre.

[78] Durant la même année parlementaire, le temps passé à l'examen de vingt conventions au Sénat était de 5h42 (Direction de la séance, *La séance plénière et l'activité du Sénat (1er octobre 2018-30 septembre 2019) – Rapport présenté à M. le Président du Sénat par BERTRAND FOLLIN, Directeur de la Séance*, t. II – Statistiques, p. 45), soit une moyenne de…17 minutes par convention !

[79] V. par ex., à propos de l'accord commercial euro-andin, un accord mixte de l'UE (donc examiné par le PE mais aussi par les parlements de chaque État membre lorsque le Droit de ce dernier le prévoit) : FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, *op. cit.* note 61, spéc. pp. 302-307. Pour ce traité soulevant de graves questions agricoles mais également sanitaires et de droits de l'homme (travail des enfants à l'origine des produits exportés notamment), aucune audition de personnes extérieures n'a été jugée utile par l'Assemblée nationale, et le débat en commission a été si bref qu'il est résumé en moins de trois pages et demi dans le compte-rendu officiel qui en a été fait. Après adoption du texte en commission, l'Assemblée nationale l'a adopté en première lecture et sans débat le 17 septembre 2015. Au Sénat, le texte a été examiné le 17 décembre de la même année par la seule Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées. Seules trois personnes, exclusivement issues de ministères français ont été auditionnées, et les débats ont cette fois été si brefs qu'ils ont pu être résumés en moins d'une page. Le rapporteur a même répondu aux membres de sa commission posant des questions gênantes que la « commission [en vérité plutôt lui-même…] insist[ait] (…) sur la nécessité d'une ratification plus rapide par la France des traités internationaux » (examen du Rapport de Jeanny Lorgeoux, au nom de la Commission sénatoriale des affaires étrangères, de la défense et des forces armées, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, autorisant la ratification de l'accord commercial, 09/12/15, n°235, p. 11 *in fine*) ! Le texte a ainsi été adopté en première lecture, sans débat en séance plénière et sans modification (Session ordinaire, 2015-2016, n°59).

[80] Si l'on reprend l'illustration proposée à la note précédente, on peut mentionner par exemple qu'« à la question d'un député relative aux garanties fournies par l'accord aux filières "commerce équitable", le rapporteur a simplement répondu que "[f]ormellement, il [lui] semble qu'il n'y a pas de référence au commerce équitable dans l'accord". Or, c'est faux : dans l'article 324, al. 2, c), "les parties conviennent d'accorder une importance particulière aux initiatives de coopération visant à (…) favoriser un commerce juste et équitable (…)". La raison de l'erreur tient probablement principalement au fait que cette information ne se trouve pas dans la présentation de l'accord et l'étude d'impact du MAEDI, ou dans les descriptions de l'accord par la Commission européenne » (*ID.*, p. 307). Des exemples de ce type d'erreurs et de dialogues pourraient être multipliés, non en raison d'une incompétence quelconque, mais du fait des procédures appliquées et surtout de la conscience des parlementaires de n'avoir en réalité aucune influence sur la convention qu'ils examinent et sur la décision de l'exécutif à ce sujet.

Le présupposé du discours de l'urgence de la part des ministères des affaires étrangères (ou de leurs équivalents) semble être que la vie internationale étant leur chasse gardée, tout ce qu'un parlement peut faire est retarder ce qui a déjà été fixé, discrétionnairement, par les « exécutifs » et les « techniciens » à un niveau « supérieur ». Il est aussi que tout ce qui vient du « monde international » est nécessairement bon[81], et – reproduisant au plan « interétatique » un positivisme hobbésien initialement appliqué à l'État – qu'il est à ce point bon de s'accorder sur le plan international, que l'opportunité des règles contenues dans un traité est finalement un point secondaire, qui ne doit pas conditionner sa reconnaissance comme juridiquement obligatoire.

21. Conséquence : l'aggravation du déficit démocratique et la perte de confiance des citoyens dans le système politique – L'implication croissante du parlement dans les procédures conventionnelles a été comprise, depuis la fin de l'Ancien Régime, comme une *démocratisation* de ces procédures[82] ; inversement, le recul de cette implication et des capacités d'action du parlement dans ce domaine (typique, en France, des retours à l'autoritarisme impérial en 1802 et monarchique en 1830, mais aussi d'un exécutif puissant en 1958 et de l'accroissement de ses pouvoirs en la matière ces dernières années[83]) a été perçu et critiqué comme un *recul démocratique*. Aujourd'hui, il est généralement admis[84] que la perpétuation

---

[81] Sur celui-ci, v. DENIS ALLAND, *Anzilotti et le droit international public – Un essai* (Paris, Pedone, 2013 [1ère éd. : 2012], pp. 14 *in fine*-15.

[82] V. pour divers exemples en ce sens : LUZIUS WILDHABER, *op. cit.* note 12, chap. 1 (« On the History of the "Democratization" of the Treaty-Making Power »), pp. 9-14 ; PATRICK RAMBAUD, *op. cit.* note 37, p. 620 (démocratisation de « l'élaboration de la politique internationale » de manière plus large) ; ÉLISABETH ZOLLER, *op. cit.* note 1, pp. 188-190 §§ 155-156 (pour la France) KATHARINA MEISSNER, « Democratizing EU External Relations: The European Parliament's Informal Role in SWIFT, ACTA, and TTIP », *European Foreign Affairs Review*, 2016, vol. 21, p. 270 (pour le Parlement européen) ; JOANNA HARRINGTON, « Scrutiny and Approval: The Role for Westminster-Style Parliaments in Treaty-Making », *International & Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, nº 1, p. 143 (intention de démocratiser la procédure et de faciliter l'incorporation des traités en Droit national, à l'origine de l'implication du Parlement dans le cadre du nouveau régime sud-africain).

[83] Pour une compréhension en ce sens du cas français, à partir de la IIIème République, v. THIBAUD MULIER, *Les relations extérieures de l'État en droit constitutionnel français*, thèse sous la dir. de Michel Verpeaux, Université Panthéon-Sorbonne, 3 juillet 2018, pp. 668 et s. Pour une appréciation plus globale et plus critique, v. ROMAIN LE BŒUF, *op. cit.* note 5, pp. 616 et s. ; LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, « Article 53 » in FRANÇOIS LUCHAIRE, GERARD CONAC, XAVIER PRETOT, *La Constitution de la République française – Analyses et commentaires*, Économica, 2008, pp. 1308 et s. Pour de nombreuses références bibliographiques sur ces périodes, v. les notes des premières pages de LUC SAÏDJ, *Le Parlement et les traités – La loi relative à la ratification ou à l'approbation des engagements internationaux*, LGDJ, 1979.

[84] V. par ex., en général : CAMPBELL MCLACHLAN *op. cit.* note 30, pp. 156-157 §§5.22-§5.25, p. 165 §5.49 et les références, ou ROBERT SCHÜTZE, *op. cit.* note 2, pp. 7-13 ou, pour l'Union européenne : STUART TREW, « Correcting the democratic deficit in the CETA negotiations: Civil society engagement in the provinces, municipalities and Europe », *International Law Journal*, 2012-2013, vol. 68, n°4, pp. 568-575 ; pour le Canada : JOANNA HARRINGTON, « Redressing the Democratic Deficit in Treaty Law Making: (Re-)Establishing a Role for Parliament », *Revue de droit de MacGill*, 2005, vol. 50, pp. 465-509 (l'article faisait alors la même remarque pour l'Australie ou le Royaume-Uni mais notait les réformes en cours) ; HUGO CYR et ARMAND DE MESTRAL, « Chapter 28 – International Treaty-Making and Treaty Implementation », in PETER OLIVER, PATRICK MACKLEM ET NATHALIE DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University UP, 2017,

de pratiques autoritaires d'origine monarchiste pour adopter des instruments parmi les plus influents des ordres juridiques nationaux a conduit à un *déficit démocratique* abyssal, à la fois très inquiétant en lui-même, et par rebond du fait qu'il entraîne dans son sillage une crise de confiance et une instabilité politique chronique des États les plus engagés dans la voie de l'internationalisation.

Concrètement, il a été remarqué dans la période contemporaine, et d'abord pour l'Union européenne[85], que « decision making has become increasingly removed from the control of citizens and their representative institutions as more powers have been transferred to the political institutions of the European Union »[86], puis dans le même esprit pour l'Australie[87], le *Commonwealth*[88] et en réalité pour tous les États du monde, que « [w]hen power passes from nation-states to international agencies, the (…) elector risks becoming increasingly unimportant, and increasingly isolated from influence over affairs that may be of direct concern to him or her »[89]. Pourtant, même si en apparence les exécutifs nationaux et européens ont réagi aux spécificités des traités établissant de puissantes institutions internationales, ou encore aux traités d'effet direct, en prévoyant formellement l'intervention de parlements avant leur ratification, les pratiques et les rapports de force n'ont pas changé. Les exécutifs ont continué à considérer la négociation, la conclusion et la ratification de ces traités comme leur chasse gardée, sont passés outre les résistances et demandes parlementaires (et civiles et citoyennes) de participation accrue à leur négociation ou même à la ratification.

---

pp. 599 et 612 ; pour la Nouvelle-Zélande : Law Commission, « The Treaty Making Process Reform and the Role of Parliament », décembre 1997, *Report 45*, n°E 31AG, disponible sur : *https://www.lawcom.govt.nz*, pp. 24-25 §§57-58, etc.

[85] V. not. SVEIN S. ANDERSEN, KJELL A. ELIASSEN (Eds.), *The European Union: How Democratic Is It?*, SAGE, 1996, not. pp. 115, 119, 187 et s., 214, 227, qui s'intéresse essentiellement aux failles de l'architecture institutionnelle de l'Union à l'époque, ou encore, soulignant plutôt, de son côté, le manque de soutien populaire aux politiques menées par l'Union : DAVID MCKAY, « Policy Legitimacy and Institutional Design: Comparative Lessons for the European Union », *Journal of Common Market Studies*, 2000, vol. 38, n°1, pp. 25-44. Plus anciennement encore, v. la tentative d'élargir la réflexion relative au déficit démocratique de l'Union proposée par JOSEPH H. H. WEILER, ULRICH HALTERN et FRANZ MAYER dans « European Democracy and its Critique – Five Uneasy Pieces », EUI Working paper RSC n°95/11, 1995 ou in JACK HAYWARD (Ed.) *The Crisis of Representation in Europe*, Routledge, 1996, pp. 4-39.

[86] ANN CAPLING, KIM RICHARD NOSSAL, « Parliament and the democratization of foreign policy: the case of Australia's Joint Standing Committee on Treaties », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 2003, vol. 36, n°4, p. 835.

[87] Le chapitre 14 du rapport « Trick or treaty? », *op. cit.* note 71, est entièrement consacré à ce problème du déficit démocratique. Il est disponible directement sur une page du site internet du Parlement australien : *https://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/senate/legal_and_constitutional_affairs/completed_inquiries/pre1996/treaty/report/c14*.

[88] V. par ex. CAMPBELL MCLACHLAN, *op. cit.* note 30, pp. 156-157 §5.23.

[89] NINIAN STEPHEN, « Making rules for the world », *Australian Lawyers*, 1995, vol. 30, n°2, p. 14, cité dans le rapport « Trick or treaty? », *op. cit.* note 71, §14.7.

B. Les réactions à l'aggravation de la toute-puissance de l'exécutif et de « l'absence » des parlements

22. La frustration et les réactions des parlementaires – L'impuissance des parlements concernant les traités et accords qui leur sont soumis entraîne une grande frustration chez les parlementaires. Dans le cas français au moins, même les parlementaires appartenant à la majorité présidentielle disent souvent leur lassitude et leur mécontentement – en général en indiquant que, pour l'exprimer, ils ne participeront pas au vote ou…qu'ils voteront le texte mais uniquement « au nom du principe de réalité ». Parfois, ils affirment ouvertement regretter de ne pas pouvoir « examiner de façon plus influente et plus en amont les conventions internationales »[90], de sorte qu'ils doivent régulièrement faire face – sans être en situation de s'y opposer ou de les réviser – à des conventions scandaleuses comme en 2015 celle relative à l'indemnisation de certaines victimes de la Shoah déportées depuis la France[91].

Les traités les plus contestés par les parlementaires sont ceux à l'égard desquels ils sont spécialement impuissants, à savoir les traités bilatéraux et plurilatéraux. En effet, les négociations des traités bilatéraux et plurilatéraux, même très importants, sont encore plus opaques et encore moins participatives[92] que les négociations de traités multilatéraux à vocation universelle (y compris dans le domaine économique). Ainsi, c'est le scandale d'un accord bilatéral de sécurité conclu par le Gouvernement australien, sans même que le Parlement en ait été informé, avec une Indonésie occupant toujours le Timor voisin[93], qui a mené à une réforme

---

[90] V. par ex. l'intervention de M. JEAN-MARIE BOCKEL (Gauche moderne/UDI) lors de l'examen en commission des affaires étrangères du Sénat, le 1er juillet 2015, du projet de loi mentionné dans la note suivante (*http://www.senat.fr/rap/l14-584/l14-58411.html#toc130*) : « Je partage les réticences exprimées. Je regrette que l'on ne puisse pas examiner de façon plus influente et plus en amont les conventions internationales. Je voterai néanmoins le texte au nom du principe de réalité ».

[91] Cet accord était en effet jugé particulièrement insupportable, à la fois parce qu'il était conclu en vue de répondre à des procédures juridictionnelles injustifiées et des pressions politiques issues de fausses informations de la part des États-Unis, parce qu'il créait un fond abondé par la France mais unilatéralement géré par le Gouvernement des États-Unis, et parce qu'il faisait une distinction entre les déportés – les déportés juifs ayant droit à indemnisation mais pas les déportés tziganes, les déportés communistes ou francs-maçons, les déportés à raison de leur religion ou de leur orientation sexuelle. V. les rapports et comptes-rendus de séances dans le dossier législatif du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur l'indemnisation de certaines victimes de la Shoah déportées depuis la France, non couvertes par des programmes français, n° 2705, déposé le 8 avril 2015, *http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/accord_USA_indemnisation_victimes_Shoah.asp*.

[92] Admettant clairement ce caractère secret des négociations bilatérales mais le justifiant de manière incompréhensible (ou ignorante des types de traités suscitant des oppositions) par le fait qu'une grande partie des traités négociées de manière confidentielles sont des traités de commerce, d'extradition et de protection des investisseurs étrangers et donc…n'ont rien de politiquement sensible (!), v. la contribution de Mme Linehan, du département des affaires étrangères et du commerce, dans « Trick or treaty? », *op. cit.* note 71, §16.95.

[93] Sur les réactions politiques à ce traité secrètement négocié, v. GARY BROWN, FRANK FROST AND STEPHEN SHERLOCK (Foreign Affairs, Defence and Trade Group), « The Australian-Indonesian Security Agreement - Issues and Implications », Research Paper 25 1995-96, disponible sur le site du Parlement australien : *https://www.aph.gov.au/*.

de la procédure en 1996. De même, c'est la contestation de l'accord bilatéral conclu en 2015 avec le Japon par l'ancienne présidente sud-coréenne Park Geun-hye à propos des esclaves sexuelles de l'armée japonaise (« femmes de réconfort ») qui mena le nouveau chef de l'État Moon Jae-in à dénoncer en 2017 l'accord comme « injuste » à raison de son contenu et de son mode de négociation, et à demander un rapport d'enquête qui révéla effectivement que l'accord reflétait essentiellement les positions du Gouvernement sans que celui-ci « ait suffisamment écouté et incorporé les opinions des victimes » dans le texte[94].

Si ce sont ces accords qui, en Australie et en Corée du sud, ont mené à une certaine prise de conscience des problèmes posés par des procédures conventionnelles entièrement aux mains des gouvernements, il est remarquable qu'autant en Amérique latine que plus tard aux États-Unis, au Canada et en Europe, cela ait été (bien davantage que des accords de sécurité, de réparation de crimes de guerre ou encore des accords relatifs aux migrations) les accords ou chapitres d'accords relatifs à la protection des investisseurs étrangers, qui aient joué ce rôle. En Amérique latine, les accords de ce type – souvent conclus aux États-Unis, avec les États-Unis, ou établissant des institutions siégeant aux États-Unis – furent contestés dans les années 2000 par les nouveaux partis de gauche arrivés au pouvoir[95].

Leur remise en cause n'eut lieu, en Europe, au Canada et aux États-Unis, que dans les années 2010. La principale raison pour laquelle la réaction occidentale fût plus tardive est que ce n'est qu'après l'échec du cycle de négociations multilatérales de Doha, au milieu des années 2000, que les exécutifs des États occidentaux décidèrent de négocier *entre eux* des accords reprenant les dispositions qu'ils imposaient jusque-là surtout, pour protéger leurs investisseurs, aux *autres* États, en général plus faibles et non-occidentaux, et notamment aux États latino-américains. Dès que les négociations des plus grands de ces traités, en particulier avec les États-Unis – TAFTA ou PTCI/TTIP – et avec le Canada – AECG/CETA – (l'accord UE-Colombie-Pérou, conclu en 2012, ayant moins attiré l'attention) ont commencé à aboutir, les accords de ce type envisagés par l'UE ont fait l'objet d'un rejet massif de la part des citoyens européens (manifestations à répétition, 1 800 villes se déclarant « hors-TTIP », plus grande initiative

[94] *Report on the Review of the Korea-Japan Agreement of December 28, 2015 on the Issue of "Comfort Women" Victims*, 27 décembre 2017) de la *Task Force* mis en place par l'administration de M. Moon Jae-in le 31 juillet 2017, disponible sur *www.mofa.go.kr*, p. 24 (notre trad.).

[95] Leur élection fut rendue possible par le « retrait » du soutien des États-Unis aux partis et régimes « amis », souvent autoritaires et anti-communistes, et de ce fait par l'effritement de la « lutte » de ces partis et régimes contre les revendications des peuples autochtones sur leurs terres et leurs ressources, terres et ressources faisant précisément l'objet de l'intérêt des investisseurs étrangers. Le retrait états-unien rendit possible l'arrivée démocratique au pouvoir de chefs d'États « indigènes » ou plus favorables aux revendications autochtones et donc, logiquement, à la remise en cause des traités ou mécanismes de protection des investisseurs étrangers acceptés par les régimes précédents.

citoyenne européenne jamais déposée, soit 3,4 millions de citoyens), par leurs syndicats (déclarations communes des fédérations américaines et européennes de syndicats par exemple) et leurs associations de part et d'autres de l'Atlantique. À cette époque, ces négociations ont également fait l'objet de demandes expresses de la part des gouvernements et des parlements nationaux que de tels accords soient considéré comme mixtes – donc comme exigeant une ratification au niveau national, autorisée par chaque parlement. Cette demande a été portée à l'attention du commissaire au commerce extérieur de l'époque, Karel de Gucht, par des gouvernements des États membres à travers le COREPER[96], et par les présidents des commissions des Affaires étrangères et européennes de pas moins de vingt-et-un parlements provenant de dix-sept États membres, dans un courrier en date du 25 juin 2014[97]. Cette position fut réitérée par la suite, notamment dans le rapport de la Conférence des Organes Spécialisés dans les Affaires Communautaires (COSAC) du 6 mai 2015, où l'immense majorité des parlements des États membres plaidèrent par ailleurs pour davantage de transparence dans les négociations, pour un accroissement du rôle des parlementaires nationaux dans leur conduite, et où ils firent diverses propositions à cet égard[98]. Le destinataire de la lettre du 25 juin 2014 ne daigna pas répondre, mais le vice-président de la Commission européenne de l'époque, Maroš Šefčovič, répondit le 16 novembre 2014…qu'il ne pouvait pas répondre positivement à la sollicitation des parlements tant que le texte de l'accord n'était pas finalisé, et qu'en tout état de cause, la démarche des institutions de l'Union européenne offrait toutes les garanties démocratiques. Pour logique qu'il paraisse formellement, l'argument de l'impossibilité de qualifier l'instrument de mixte ou d'exclusivement européen avant la finalisation de son texte dissimule l'essentiel. Dans une optique démocratique en effet, le contenu et les limites du mandat de négociation donné par le Conseil à une institution non-élue et quasiment incontrôlée comme la Commission européenne doivent impérativement dépendre de la possibilité laissée ou non aux parlements élus de chaque État membre de se prononcer en aval sur l'opportunité d'une ratification du texte final. Ce sont les pouvoirs de négociation et marges de manœuvre de la Commission dans la négociation qui doivent dépendre de l'existence d'un contrôle démocratique, léger ou plus approfondi du texte finalement obtenu, et non le niveau de contrôle

[96] V. le *Briefing* de janvier 2016 du Parlement européen à ce sujet, *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/573929/EPRS_BRI(2016)573929_EN.pdf*, p. 3.
[97] V. la lettre sur la page https://secure.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COM20140153/huors.do.
[98] Twenty-third Bi-annual Report: Developements in European Union Procedures and Practices Relevant to Parliamentary Scrutiny, disponible sur *http://www.cosac.eu/documents/bi-annual-reports-of-cosac/*, spéc. pp. 54-56.

démocratique du texte qui doit dépendre des choix souverains de la Commission concernant le contenu de l'accord.

Tout comme dans les cas du traité de sécurité australo-indonésien et de l'accord nippo-coréen sur les esclaves sexuelles, les critiques du *contenu* des méga-traités de commerce et d'investissements et celles de leurs *modes de négociation, conclusion et ratification* étaient liées. Ici, elles l'étaient à au moins deux titres. Premièrement, ces accords étaient et restent traditionnellement très favorables aux investisseurs étrangers et aux acteurs commerciaux transnationaux parce que ceux-ci avaient et ont toujours, du moins pour les plus fortunés d'entre eux et pour leurs représentants, une influence directe sur la négociation des traités, alors que les parlements, populations et associations et syndicats des États d'accueil n'avaient et n'ont généralement qu'une influence très limitée sur elles (sachant en outre que les membres négociant du gouvernement de l'État d'accueil ne se montrent pas toujours sensibles à ces intérêts ou n'ont simplement pas la capacité de les faire valoir dans le cadre d'un rapport de force bilatéral souvent déséquilibré). Deuxièmement, la reprise mimétique des dispositions traditionnelles des accords de dérèglementation commerciale et de protection des investisseurs dans le cadre de relations intra-occidentales a pu être comprise comme une conséquence directe des caractères technocratique et bureaucratique, autrement dit plus routinier que politisé, des procédures de négociation, rédaction et conclusion des traités.

Bien qu'on puisse noter un certain nombre d'évolutions (la révision du rôle des parlementaires en Australie en 1996, le changement de la pratique canadienne en 2008, le renforcement des compétences du Parlement européen en 2009 et la révision du modèle européen de tribunaux d'investissement en 2015), ce qui frappe est que, dans l'immense majorité des États et dans l'UE, les problèmes soulevés n'ont pas été réglés ni même affrontés, et ne l'ont *a fortiori* pas été avant que les exécutifs soient forcés à le faire. Il en va ainsi pour des raisons structurelles.

23. Les raisons structurelles de la surdité de l'exécutif aux demandes parlementaires (civiles et populaires), et de la rareté des réformes – La principale raison de la surdité globale des exécutifs et donc de la rareté des réformes tient au fait que c'est leur propre pouvoir que les exécutifs étatiques et européens ont augmenté unilatéralement et quasi-discrétionnairement en augmentant le champ d'application matériel des traités, le nombre de ces instruments, leur ambition et leur capacité d'influence du Droit interne (de même que, matériellement, les institutions internationales et européennes, les groupes de pression et les « experts » en ont bénéficié et ont donc poussé les exécutifs en ce sens). De ce fait, réviser les procédures et les pratiques conventionnelles afin de faire une plus grande place aux parlements ou à d'autres

acteurs revient pour les exécutifs nationaux, non seulement à renoncer à un pouvoir qu'ils détiennent de manière ancestrale et sans qu'ils n'aient à rougir d'une comparaison avec la plupart de leurs voisins, mais encore à tout ce qu'ils ont établi depuis la Charte des Nations Unies et le Traité de Rome, depuis les accords de l'OMC et le Traité de Maastricht, et qui a incroyablement accru leur capacité d'influencer les sociétés qu'ils dirigent. À la fois en raison de la dissimulation ordinaire des pratiques internationales, de la nouveauté de l'importance conférée aux règles internationales et régionales, et du caractère apparemment « secondaire » ou « lointain » des questions internationales et européennes pour les citoyens ordinaires, les exécutifs n'ont généralement eu qu'à invoquer de vagues « nécessités de la vie internationale » ou un hypothétique « besoin d'aller vite », ou encore à se contenter de dénoncer l'ignorance, « l'esprit de clocher » ou l'irréalisme des parlementaires, des corps intermédiaires et des citoyens, pour justifier des pratiques datant de l'Ancien Régime, pourtant manifestement inadaptées à la « mondialisation ». Pour le dire sous un autre angle : si ces pratiques désuètes n'ont pas été réformées en profondeur, c'est parce que dans l'écrasante majorité des États, aucune réforme n'est possible si elle n'est pas initiée ou fortement soutenue par le pouvoir exécutif, et parce que les titulaires de ce pouvoir ont un intérêt *personnel*, un intérêt *corporatiste* (ou fonctionnel) et un intérêt *de classe* très puissant à ce qu'aucune réforme substantielle ne soit engagée. Tous ces intérêts les poussent en revanche à essayer de donner l'impression, contre la réalité, que les pouvoirs gouvernemental et parlementaire interviennent tous deux dans les procédures, et que les citoyens et les corps intermédiaires sont bien inclus dans le processus.

Conclusion :

24. L'avenir : le passage d'un « contrôle » formel de l'exécutif par le parlement, à sa participation substantielle aux fonctions normatives internationales – Ces dernières remarques peuvent sembler pessimistes. Elles doivent cependant être contrebalancées par l'observation en quelque sorte « symétrique », selon laquelle, dans les États où le parlementarisme ou la Démocratie joue un grand rôle, comme le Royaume-Uni ou la Suisse, une parlementarisation et/ou une démocratisation substantielles et relativement rapides des fonctions normatives internationales ont été menées à bien ces deux ou trois dernières décennies. Ce contraste entre des États maintenant un modèle de législation internationale autoritaire, et dans lesquels les tensions sociales et politiques ne cessent de s'accroître et de déstabiliser la société, et des États renforçant un modèle parlementaire ou démocratique et où

ces tensions, en trouvant un débouché politique, s'apaisent ou dynamisent la discussion et la vie politiques, pose néanmoins une série de questions. En particulier, est-ce que conférer une place importante au(x) parlement(s) et à la population d'un État dans les procédures conventionnelles n'est pas susceptible de renforcer *d'une manière générale* leur place dans le fonctionnement de l'État et ainsi de pousser ce dernier à se démocratiser ? Cette hypothèse qui, logiquement, a toutes les chances d'être vraie, semble en pratique confirmée par deux faits : d'abord, l'accroissement des pouvoirs des parlements a très généralement rapidement augmenté la transparence des négociations et l'accès aux documents de négociation, *donc* la capacité des parlementaires, des populations et de la société civile à s'informer et à agir politiquement. L'exemple du Parlement européen après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne est topique à cet égard. En même temps qu'il a acquis la possibilité effective de mettre son veto à un projet de conclusion d'un accord, de conditionner son autorisation de conclure[99], de suspendre l'application provisoire d'un accord[100], d'avoir recours à la justice (pour faire respecter ses prérogatives, pour vérifier la conformité du projet de traité avec un texte de base, ou pour exiger la transparence des négociations), et d'autres outils encore[101], le Parlement européen a souvent permis ou fortement incité à prendre les décisions de publier des « mandats de négociation »[102], d'augmenter le nombre des comptes-rendus de négociation, de rendre disponible des documents consolidées de négociation, de consulter des « parties prenantes », etc. Ensuite, lorsque les parlements ont revendiqué des pouvoirs supplémentaires (en Corée du Sud, en Australie, au Royaume-Uni, au Canada ou dans l'Union européenne) et surtout lorsqu'ils ont efficacement fait pression sur l'exécutif (notamment dans le cas du Parlement européen et des traités SWIFT, ACTA, PTCI et AECG[103]), ils se sont indéniablement fait les relais efficaces de revendications

[99] C'est ce que fit le PE, à travers une résolution, dans le cas de l'accord de l'UE avec la Colombie et le Pérou : Résolution n°2628 (n°2012/2628(RSP)), n°P7_7A (2012) 0249, §15. Sur cette question, v. FLORIAN COUVEINHES MATSUMOTO, *op. cit.* note 61, p. 300. Le PE tenta de le faire dans le cas de l'accord avec le Vietnam mais sans y parvenir. V. *IBID.*, p. 299.

[100] Comme le PE parvint à le faire pour l'accord UE-Corée du sud.

[101] On peut penser, dans le cas européen, au médiateur européen qui fût saisi par le PE afin de réclamer davantage de transparence dans la négociation du PTCI/TTIP.

[102] C'est par exemple le PE qui obtint de la Commission la publication du mandat de négociation de l'ACTA (mais uniquement après le rejet de l'accord) et de celui du PTCI/TTIP (en menaçant de refuser d'autoriser la conclusion de l'accord).

[103] C'est à la suite de l'activisme de parlementaires européens verts dans leur relation avec la Commission, devant la Cour de Luxembourg, et aux côtés d'associations et de syndicats, à propos de l'Accord commercial international anti-contrefaçon (ACTA) entre 2008 et 2012, que des manifestations massives se tinrent en janvier 2012 en Pologne et dans d'autres États. Or, ce sont des manifestations qui attirèrent l'attention des populations européennes sur l'Accord et qui poussèrent l'*ensemble* des parlementaires européens à s'intéresser à lui et une partie d'entre eux (en particulier chez les Libéraux et les Conservateurs) à adopter à son propos des positions plus critiques qu'auparavant. Après avoir rejeté l'accord intérimaire SWIFT et l'ACTA, et là encore à la suite d'une forte mobilisation populaire, syndicale, associative puis nationale (parlementaires et gouvernements), le PE menaça explicitement la Commission de refuser l'autorisation de conclure le PTCI/TTIP et l'AECG/CETA si la Commission ne modifiait pas radicalement le modèle de tribunaux de protection des investisseurs étrangers qui

populaires, associatives et syndicales massives que les exécutifs ne souhaitaient pas entendre. En interagissant ainsi avec la société civile et avec les populations qu'ils avaient la charge de représenter, ils ont accru le niveau démocratique de la décision politique quel que soit par ailleurs l'équilibre global des pouvoirs.

Ainsi, même dans des États où la parlementarisation ou la Démocratie ont reculé ces dernières décennies, une parlementarisation ou une démocratisation des procédures nationales de négociation, conclusion et ratification des traités est envisageable et pourrait, non seulement améliorer directement l'équité réelle et perçue des traités internationaux et donc leur acceptabilité, mais encore participer à un progrès plus général des États vers la parlementarisation ou la démocratisation. Il est difficile de prédire quelles conséquences exactes aurait le passage de l'idée d'un *contrôle* parlementaire et populaire (jusqu'ici largement hypothétique) de l'action d'un exécutif censé être *responsable* (mais dont mille exemples montrent qu'il répond très peu à la fois de ses actes et aux questions qu'on lui pose) à l'idée d'une *participation* parlementaire et populaire aux fonctions normatives internationales. Mais la manière dont se réaliserait un tel passage peut être anticipée à partir d'exemples très rassurants et même assez enthousiasmants, dans le domaine des traités et également, notamment, dans celui de la saisine des juridictions internationales[104].

En faisant passer les parlements et les populations du statut de spectateurs passifs et mécontents à celui d'acteurs attentifs et responsables, une telle parlementarisation ou démocratisation, non seulement neutraliserait efficacement la démagogie anti-internationale et anti-européenne, mais

s'y trouvait. Montrant que le PE rappelle fréquemment à la Commission qu'il dispose de cette capacité de blocage et qu'il est prêt à s'en servir, et que les parlementaires, les membres du Conseil et les hauts fonctionnaires de l'UE en général ont en tête ce fait structurant, v. spéc. l'étude fondée sur des entretiens menée par KATHARINA MEISSNER, *op. cit.* note 82, pp. 273-274, 283. L'auteur montre également que sans les interactions décrites ci-dessus entre activisme de l'opposition parlementaire et « société civile », et entre « société civile » et majorité parlementaire, l'ACTA n'aurait pas fait l'objet d'un vote de rejet en juillet 2012.

[104] V. en effet la saisine de la Cour internationale de Justice par le Guatemala et le Belize, le 7 juin 2019, fondé sur un compromis renvoyant dans son article 7 à l'approbation d'une saisine de la Cour par chacune des deux populations concernées, interrogées par référendum. En 2018 et 2019, les deux populations décidèrent d'autoriser leurs gouvernements respectifs à saisir la Cour, par voie de compromis, d'un différend concernant la revendication territoriale, insulaire et maritime du Guatemala (Communiqué de presse de la Cour, « La Cour saisie d'un différend entre le Guatemala et le Belize », n°2019/25, 12 juin 2019). Cette « démarche démocratique et participative », comme l'a qualifié le Président de la Cour (discours devant l'Assemblée générale des Nations Unies, Communiqué de presse de la Cour, n°2019/45, 30 octobre 2019) a indéniablement permis la – souvent difficile – juridictionnalisation du différend, et on peut espérer qu'elle permettra l'exécution de l'arrêt que la Cour rendra – exécution qui, dans le domaine du contentieux territorial, s'avère souvent délicate. Dans une certaine mesure, on peut comparer un tel compromis aux *disclosure agreements* par lesquels chaque partie à une négociation conventionnelle accepte que les autres rendent publics tout ou partie de la négociation et engagent ainsi un véritable dialogue avec ses parlementaires, sa population et sa société civile.

transformerait, dans un sens très désirable selon nous, à la fois le contenu des Droits international et européen, et la relation à « l'international » des parlements et des populations.